John Hammond

Contrat

OEUVRES

COMPLÈTES

DE POTHIER.

TOME VINGT-UNIÈME.

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

OEUVRES

COMPLÈTES

DE POTHIER.

NOUVELLE ÉDITION.

TRAITÉ

DES SUCCESSIONS.

A PARIS,

CHEZ THOMINE ET FORTIC, LIBRAIRES,

RUE SAINT-ANDRÉ-DES-ARTS, N° 59.

M. DCCCXXI.

TRAITÉ
DES SUCCESSIONS.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

La succession est la transmission des droits actifs et passifs d'un défunt en la personne de son héritier.

Un héritier est celui qui succède à tous ces droits par la mort de celui en la personne duquel ils compétoient.

L'universalité des droits actifs et passifs, considérée indépendamment de la transmission qui s'en fait en la personne de l'héritier, s'appelle aussi succession. S'il n'y a aucun héritier en la personne de qui elle se transmette, cette universalité des droits actifs et passifs du défunt s'appelle en ce cas succession vacante.

Par le droit romain, il y a deux espèces de successions, la testamentaire et la légitime. Suivant ce droit, chacun peut se choisir ses successeurs à ses droits actifs et passifs, en les instituant ses héritiers par son testament.

Au premier cas, la transmission qui se fait des droits actifs et passifs du défunt s'appelle *succession testamentaire*.

La succession légitime ou *ab intestat* est au contraire la transmission que la loi fait des droits actifs et passifs d'un défunt en la personne de ceux de ses parents qu'elle appelle à sa succession.

Suivant le droit romain, cette succession n'avoit lieu qu'a défaut d'héritier testamentaire.

Le droit coutumier n'admet que la succession légitime.

La coutume de Paris, art. 299, d'Orléans, art. 287, et plusieurs autres, s'en expliquent en ces termes: *Institution d'héritier n'a lieu.*

Pour procéder avec ordre dans la matière des successions, nous traiterons, dans un premier chapitre, des personnes qui ont le droit de les transmettre, de celles qui sont capables de succéder; dans un second, de l'ordre des successions; dans un troisième, de leur ouverture, de leur acceptation ou répudiation; dans un quatrième, du partage des successions, des rapports qui s'y font, et de l'incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire; dans un cinquième, des dettes et autres charges des successions; enfin, dans un sixième, nous traiterons des successions irrégulières.

CHAPITRE PREMIER.

Des personnes qui sont capables de transmettre leur succession, et de celles qui sont capables de succéder.

SECTION PREMIÈRE.

Des personnes qui sont capables de transmettre leur succession.

Le droit de succession, tant active que passive, est du droit civil; car c'est la loi civile qui défère la succession des défunts, et qui appelle les personnes qui doivent la recueillir. De là il suit qu'il n'y a que les citoyens qui jouissent de la vie civile, qui aient le droit de transmettre leur succession.

Il y a deux espèces de citoyens qui ont, les uns et les autres, le droit de transmettre leur succession; savoir, les François naturels, et ceux que le prince a bien voulu naturaliser.

Les François naturels sont ceux qui sont nés en France ou dans quelques pays sujets à l'obéissance du roi, tels que sont ceux qui sont nés dans les colonies françoises et dans les pays où les François ont des établissements. Ceux qui sont nés dans un pays conquis par le roi, soit avant, soit depuis la conquête, sont françois; et ils ne cessent point de l'être, quoique par les traités de paix ce pays ait été rendu, s'ils n'y sont pas restés depuis qu'il a été rendu, et qu'ils se soient établis dans les états de la domination du roi.

Il en est autrement de ceux qui ne sont nés que depuis le traité par lequel le pays a été rendu, car ils n'ont jamais été sujets du roi.

Ceux qui sont nés en pays étrangers, mais d'un père françois qui n'y étoit point établi, et qui n'avoit point perdu l'esprit de retour en France, sont aussi, par leur origine, François.

Les naturalisés sont les étrangers établis dans le royaume, qui ont obtenu du roi les droits de François naturels.

L'établissement de domicile que fait un étranger en France, quelque long temps qu'il y ait demeuré, ne le naturalise point, ni même le mariage qu'il y contracte avec une femme françoise; il ne peut être naturalisé que par des lettres-patentes du roi, obtenues en grande-chancellerie, et enregistrées en la cour du parlement et en la chambre des comptes dans le ressort desquelles est son domicile.

Les lettres-patentes par lesquelles le roi accorde à quelqu'un le droit de posséder un office ou bénéfice, n'équipollent point à des lettres de naturalisation.

Par un privilége particulier accordé aux étrangers qui servent le roi dans sa marine, ces personnes établies en France sont, après un service de vingt ans, naturalisées, et jouissent de tous les droits des naturels François, sans avoir besoin d'obtenir des lettres de naturalisation.

Pour avoir le droit de transmettre sa succession, il est indifférent d'être né en légitime mariage ou bâtard. Un bâtard a, par lui-même en sa qualité de citoyen, le droit de transmettre sa succession, et il la transmet

effectivement à ses enfants, et, à défaut d'enfants, à la veuve; ou si c'est une bâtarde, à son mari. Si un bâtard ne peut avoir d'autres héritiers que ces personnes, ce n'est pas par défaut de capacité en sa personne pour la transmettre, mais c'est qu'un bâtard n'a point d'autres parents pour la recueillir.

Par les principes que nous venons d'établir touchant les qualités qu'il faut avoir pour transmettre sa succession, il est facile de connoître les personnes qui n'ont pas ce droit. Ce sont: 1° les étrangers ou aubains non naturalisés; 2° les François qui ont perdu les droits de citoyen par une abdication de leur patrie, et l'établissement en pays étranger; 3° ceux qui ont perdu la vie civile par une condamnation à une peine capitale; 4° les religieux; 5° les serfs mortaillables.

§. I. Des étrangers ou aubains non naturalisés.

Nous avons vu ci-dessus qui sont ceux qui sont françois naturels; toutes les autres personnes sont appelées étrangers ou aubains, *quasi alibi nati.*

Régulièrement les étrangers ou aubains non naturalisés n'ont pas le droit de transmettre leur succession. Le roi a celui de s'emparer, après leur mort, de tous leurs biens, meubles, et immeubles, qui se trouvent dans le royaume: c'est ce qu'on appelle droit d'aubaine. Cette régle reçoit plusieurs exceptions.

La première, qui est générale et commune à tous les aubains, c'est qu'un aubain, quoique non naturalisé, qui a un enfant né et établi dans le royaume ou autres états de sa majesté, peut lui transmettre sa succession.

Cette exception est fondée sur la faveur que méritent les enfants. La raison naturelle qui destine aux enfants les biens de leur père, pourvu qu'ils aient la capacité de les recevoir, l'a emporté sur la raison tirée du droit qui rend incapables les étrangers de transmettre leur succession.

Il ne suffit pas que les enfants de l'étranger non naturalisé soient établis dans le royaume, pour qu'il puisse leur transmettre sa succession, il faut qu'ils y soient nés.

Néanmoins, quoiqu'ils ne soient pas nés en France, s'ils sont naturalisés, leurs père et mère non naturalisés pourront leur transmettre leur succession, comme ils peuvent la transmettre aux enfants nés en France; car la naturalisation de ces enfants leur donne les mêmes droits que s'ils étoient nés en France; c'est l'avis de Bacquet.

Une seconde exception, qui est aussi commune à tous les étrangers, concerne les rentes que le roi a créées, à la charge qu'elles seroient exemptes du droit d'aubaine. Les étrangers qui en sont propriétaires peuvent transmettre leur succession à leurs enfants, pour raison desdites rentes seulement.

La troisième concerne les sujets de certaines nations, qui, par des traités faits avec le roi et leur nation, sont exempts du droit d'aubaine, et peuvent par conséquent transmettre à leurs parents la succession de leurs biens-meubles, lorsqu'ils meurent en France; il faut, à cet égard, suivre ce qui est porté par ces différents traités.

Cette exception du droit d'aubaine doit cesser dans

les cas de guerre avec ces nations; car la déclaration de guerre rompt tous les traités.

Pour que ce privilége revive lors de la paix, il faut le stipuler lors du traité de paix.

La quatrième concerne les marchands fréquentant les foires de Lyon, lesquels transmettent à leurs parents leur succession mobiliaire, s'ils meurent en venant auxdites foires, ou en s'en retournant, ou pendant le séjour qu'ils y font; mais cette exemption du droit d'aubaine ne s'étend pas aux rentes constituées qui leur appartiendroient, ni encore moins aux héritages.

La cinquième concerne les ambassadeurs, envoyés, résidents, ministres étrangers et gens de leur suite, lesquels peuvent transmettre la succession de leurs meubles seulement, lorsqu'ils demeurent en France; c'est l'avis de Bacquet.

La sixième concerne les docteurs-régents et écoliers des universités, lesquels sont aussi exempts du droit d'aubaine pour la succession de leurs meubles; néanmoins Bacquet conteste ce privilége.

§. II. Des François qui ont perdu les droits de citoyen par une abdication de leur patrie, et établissement en pays étranger.

Le François qui a abdiqué sa patrie par un établissement en pays étranger, perd ses droits de citoyen, et est incapable de transmettre à ses enfants ou autres parents la succession des biens qu'il a en France, et le roi a droit de s'en emparer, comme des biens d'un aubain.

Il est vrai que Bacquet rapporte un arrêt contraire

à cette proposition, qui a jugé, contre le procureur du roi, en faveur des parents d'un nommé Lucain. La succession de ce Lucain, qui, pendant les troubles, s'étoit retiré dans les Pays-Bas, où il étoit mort pourvu d'une cure, fut déférée à ses parents. Mais, depuis, l'édit de 1669 a fait défenses à tous les sujets du roi de s'établir sans sa permission dans les pays étrangers, par mariage, acquisitions d'immeubles, transport de leur famille et biens, pour y prendre un établissement stable et sans retour, à peine de confiscation de corps et de biens, et d'être réputés étrangers.

Ces peines ne s'encourent pas à la vérité *ipso facto;* et quelque marque qu'un homme ait donnée de sa volonté de s'établir pour perpétuelle demeure en pays étranger, s'il revient en France avant qu'on ait intenté contre lui l'accusation de désertion, il conserve tous les droits de régnicoles.

Mais si, après avoir formé quelqu'un des susdits établissements en pays étranger, sans avoir depuis donné aucune marque d'esprit de retour, il vient à y mourir, je pense qu'il ne peut y être regardé comme François, ni par conséquent comme capable de transmettre sa succession, et que le roi peut s'emparer de ses biens qui sont en France.

Il n'est pas douteux que les François qui forment des établissements de commerce dans les états du grand-seigneur, sous la protection des consuls françois qui y résident, quoiqu'ils s'y marient, ou y acquièrent quelques immeubles, ne sont point censés pour cela abdiquer leur patrie, mais plutôt n'y rester que pour leur commerce, et avec l'esprit de retour,

lorsqu'ils cesseront de commercer; c'est pourquoi ils ne sont point sujets aux peines de l'édit de 1669; et, s'ils meurent dans lesdits états, ils transmettent à leurs parents la succession de leurs biens. Il en seroit autrement s'ils avoient embrassé le mahométisme; c'est une preuve non équivoque qu'ils ont perdu l'esprit de retour.

§. III. De ceux qui ont perdu la vie civile par une condamnation à une peine capitale.

Les condamnations à une peine capitale, lorsqu'elles sont prononcées par un jugement contradictoire en dernier ressort, ou confirmées par arrêts ou par jugements par défaut, lorsque le condamné est mort après les cinq ans du jour de l'exécution du jugement par effigie ou tableau, sans s'être représenté, emportent mort civile et confiscation des biens du condamné, et par conséquent le rendent incapable de transmettre sa succession.

Ces peines sont celles de la mort naturelle, des galères à perpétuité, du bannissement perpétuel hors le royaume. Les condamnations à mort pour délits militaires, par sentence de conseil de guerre, n'emportent point mort civile ni confiscation, et par conséquent le condamné transmet sa succession.

Il y a des provinces où la confiscation n'a pas lieu. Le condamné à peine capitale transmet la succession des biens qu'il a situés dans ces provinces.

§. IV. Des religieux.

Celui qui fait profession religieuse est censé jouir encore de la vie civile au moment qu'il l'abdique volontairement par la profession, et, par une fiction semblable à celle de la loi *Cornelia*, il est censé mourir en cet instant auquel il jouit encore de la vie civile ; il est par conséquent encore capable de transmettre sa succession. C'est pourquoi sa profession donne lieu à sa succession ; mais quand une fois il est religieux, et a fait profession, il n'est plus capable de transmettre à ses parents la succession de ce qu'il peut acquérir par la suite : 1° parce qu'il ne jouit plus de l'état civil, ni par conséquent du droit de transmettre ses biens par succession, qui en fait partie ; 2° parceque sa qualité de religieux l'empêchant de pouvoir avoir rien en propre, tout ce qu'il acquiert il est censé l'acquérir à son monastère, de même que, par le droit romain, ceux qui étoient sous la puissance d'autrui acquéroient à ceux sous la puissance desquels ils étoient tout ce qu'ils acquéroient ; il est donc censé n'avoir que l'usufruit ou l'administration de toutes les choses qu'il acquiert ; il ne peut donc les transmettre par succession ; le monastère les retient *jure peculii*.

Il faut excepter de cette décision le religieux-évêque : l'éminence de cette dignité lui rend la vie civile, et l'affranchit de la puissance des supérieurs monastiques ; c'est pourquoi il transmet à ses parents sa succession.

§. V. Des serfs mortaillables.

Il y a dans quelques coutumes des gens d'une certaine condition, dont les biens appartiennent, après leur mort, à leurs seigneurs, et qui ne les peuvent par conséquent transmettre par succession, si ce n'est à leurs enfants ou parents avec lesquels ils vivoient en communauté. On appelle ces gens *de corps-mortaillables*. Nous en avons parlé au *traité de la Division des personnes*. Nous y renvoyons.

SECTION II.

Des personnes qui peuvent succéder.

Pour pouvoir succéder, il faut : 1° exister lors de l'ouverture de la sucession; 2° il faut jouir de la vie civile; 3° il faut être parent du défunt au degré requis par l'ordre que la loi a établi pour les successions.

ARTICLE PREMIER.

De l'existence nécessaire pour succéder.

Le néant ne peut avoir aucune propriété : c'est pourquoi il est évident qu'il faut avant toutes choses exister pour être capable de succéder; et comme la capacité de succéder est requise précisément au temps de l'ouverture de la succession, parceque, suivant la régle *le mort saisit le vif*, c'est dans ce temps que l'héritier est saisi de la succession, et qu'il ne peut être saisi de la succession s'il n'est alors capable de succéder; il s'ensuit que personne ne peut prétendre avoir succédé à

quelqu'un, s'il n'existoit pas lors de l'ouverture de la succession.

De là il suit que celui qui n'étoit ni né ni conçu lors de l'ouverture de la succession du défunt ne peut prétendre la succession; c'est pourquoi si une personne, lors de sa mort, avoit un fils et des cousins, que ce fils ait renoncé à la succession, qu'un an après la mort du défunt il soit né de ce fils un enfant pour lequel on réclame la succession de son aïeul, qui s'est depuis manifestée être avantageuse, par l'arrivée d'un vaisseau sur lequel le défunt avoit un gros intérêt, et qu'on croyoit perdu, ce petit-fils ne sera point recevable dans la demande qu'il fait de la succession de son aïeul, parceque n'étant ni né ni conçu lors de la mort de son aïeul, il n'étoit point capable de lui succéder; les cousins du défunt, par la renonciation du fils, sont censés avoir été saisis de la succession dès l'instant de la mort du défunt.

On doit suivre la même décision, même vis-à-vis du fisc, à défaut de parents du défunt. Ce petit-fils, n'étant ni né ni conçu lors de l'ouverture de la succession, ne peut y avoir aucun droit; les biens ont été, comme vacants, déférés au fisc.

Il faut décider autrement à l'égard des posthumes. L'enfant ou autre parent du défunt qui n'étoit pas encore né, à la vérité, lors de la mort du défunt qui a donné ouverture à sa succession, mais qui étoit au moins conçu, succéde au défunt, lorsqu'il naît, comme s'il fût déja né lors de l'ouverture de la succession, suivant cette régle de droit, *qui in utero est pro jam nato habetur quoties de ejus commodo agitur*. Le temps de

sa naissance a, en ce cas, un effet rétroactif au temps de sa conception.

Pour que le posthume puisse être réputé avoir succédé, il faut qu'il soit né vivant; car celui qui naît mort n'a jamais été au monde, et par conséquent n'a jamais pu être capable de succéder. *Qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur, quia nunquàm liberi appellari potuerunt;* l. 129, ff. *de verb. signif.* Cela est conforme à la loi 3, §. 9, ff. *de suis et legit. hæred.: Utiquè ex lege duodecim tabularum ad legitimam hæreditatem is qui in utero fuit, admittitur, si fuerit editus.*

Il faut aussi qu'il soit né à terme. Un avorton, quand même il auroit quelque instant de vie, n'est pas censé né, ni avoir été capable de succéder.

Au reste, l'enfant qui naît dans le septième mois, est censé né à terme, suivant la constitution d'Antonin-le-Pieux et le sentiment d'Hippocrate; l. 9, §. 12, *de suis et legit. hæred.*

Lorsqu'il est incertain si le posthume est venu vivant, et par conséquent s'il a été héritier, c'est à ceux qui ont intérêt qu'il l'ait été à le justifier, suivant la maxime: *Incumbit onus probandi ei qui dicit.*

Cette question peut avoir lieu entre une veuve qui est accouchée après la mort de son mari et les parents collatéraux de son mari. C'est à la veuve qui prétend la succession de son mari, comme ayant succédé à son enfant qui avoit succédé à son père, à prouver que son enfant a vécu pour pouvoir succéder à son père; faute par elle de le prouver, les biens mobiliers de son mari appartiendront aux parents collatéraux de son mari.

Des principes que nous avons établis il résulte la décision de la question suivante. Pierre, lors de sa mort, a laissé pour son héritier Philippe, son cousin-germain et plus proche parent. Les enfants de Jacques, qui étoit aussi cousin-germain du défunt, et qui s'est absenté avant la mort du défunt sans qu'on ait eu aucune nouvelle de lui, et qu'on ait su ce qu'il est devenu, prétendent que Jacques, leur père, doit être présumé vivant, et avoir, conjointement avec Philippe, succédé à Pierre : et, en conséquence, s'étant fait envoyer en possession des biens de leur père, comme absent, ils demandent à partager avec Philippe les biens de Pierre. Y sont-ils bien fondés? Il faut, suivant les principes établis ci-dessus, décider qu'ils n'y sont pas fondés; car, pour que Jacques, leur père, ait succédé à Pierre, il faut qu'il ait existé, qu'il ait été vivant lors de la mort de Pierre. Dans l'incertitude où l'on est s'il étoit vivant ou non pour lors, et si, en conséquence, il a succédé, c'est à ses enfants qui le soutiennent à le prouver, suivant la maxime : *Incumbit onus probandi ei qui dicit;* faute de pouvoir le prouver, Philippe doit avoir congé de leur demande.

Les enfants de Jacques, pour établir leur demande, allégueront une prétendue maxime qui se trouve à la tête du *Recueil* de Lacombe, qu'un homme est présumé vivre cent ans. La réponse est que cette maxime est très fausse, et que les lois sur lesquelles les praticiens de qui il l'a empruntée ont coutume de la fonder sont très mal appliquées. Les présomptions se tirent de ce qui arrive ordinairement; *præsumptio ex eo quod plerumquè fit.* Cujac., *in Paratit. ad tit. de probatio. et*

præsumptio. D'où il suit que, pour qu'un homme dût être présumé vivre cent ans, il faudroit que le temps de cent ans fût la durée ordinaire des hommes; il faudroit qu'il n'arrivât que très rarement qu'un homme mourût avant l'âge de cent ans : or, l'expérience nous convainc du contraire. Il est donc faux qu'un homme doive être présumé vivre cent ans. Les lois que les praticiens allèguent pour établir cette maxime sont la loi 56, ff. *de usuf.*, la loi 23, *cod. de sacro sanct. Eccles.*, et autres, où il est dit que le temps de cent ans est le temps de la vie des hommes qui vivent le plus longtemps; *is finis longævi hominis*. Mais ces lois n'établissent point leur maxime, mais une très différente; savoir, qu'un homme est présumé ne pas vivre plus de cent ans, ce qui est différent de ce qu'ils disent, qu'un homme est présumé vivre cent ans. Qu'un homme soit présumé ne pas vivre plus de cent ans, cela est conforme à la nature des présomptions; *præsumptio ex eo quod plerumquè fit*. C'est pourquoi, quoiqu'il y ait quelques hommes qui vivent au-delà de cent ans, le cas en est très rare, et il arrive au contraire très communément que les hommes meurent avant cet âge; toutes les fois donc qu'un demandeur sera obligé de prouver la mort d'une personne pour fonder sa demande, comme s'il demande un profit qu'il prétend lui être dû par la mort de cette personne, qui lui a été donnée pour vicaire; s'il demande un legs qui lui a été fait sous condition de la mort d'une personne; en ces cas, et autres semblables, le demandeur, en justifiant par le rapport de l'extrait baptistaire de cette personne qu'il s'est écoulé cent ans depuis sa naissance, sera

dispensé de prouver sa mort; car elle sera présumée, parcequ'un homme est présumé ne pas vivre plus de cent ans; mais s'il ne s'est pas écoulé le temps de cent ans depuis sa naissance, la vie ou la mort de cet homme sont choses également incertaines; il n'y a de présomption ni pour l'une ni pour l'autre; et de même qu'en ce cas, lorsque la mort de cet absent, survenue avant qu'il ait atteint l'âge de cent ans, sert de fondement à une demande, le demandeur est obligé de fonder sa demande en justifiant de sa mort; de même, lorsque la vie de cet absent sert de fondement, comme dans l'espéce ci-dessus proposée, le demandeur doit pareillement justifier de sa vie.

ARTICLE II.

De la vie civile nécessaire pour succéder.

Les successions étant du droit civil, comme nous l'avons déja observé, il s'ensuit que, pour être capable de succéder, il faut avoir l'état civil, il faut jouir de la vie civile; de là il suit que ni les aubains qui ne sont pas naturalisés, ni les François qui ont abdiqué leur patrie par un établissement en pays étranger, ni ceux qui ont perdu la vie civile par une condamnation à peine capitale, ni les religieux, ne peuvent succéder.

§. I. Des aubains.

Les aubains qui ne sont pas naturalisés, n'ayant pas l'état civil, ne sont capables d'aucune succession en France, ni directe, ni collatérale.

Cette règle souffre une première exception dans le

dispensé de prouver sa mort; car elle sera présumée, parcequ'un homme est présumé ne pas vivre plus de cent ans; mais s'il ne s'est pas écoulé le temps de cent ans depuis sa naissance, la vie ou la mort de cet homme sont choses également incertaines; il n'y a de présomption ni pour l'une ni pour l'autre; et de même qu'en ce cas, lorsque la mort de cet absent, survenue avant qu'il ait atteint l'âge de cent ans, sert de fondement à une demande, le demandeur est obligé de fonder sa demande en justifiant de sa mort; de même, lorsque la vie de cet absent sert de fondement, comme dans l'espéce ci-dessus proposée, le demandeur doit pareillement justifier de sa vie.

ARTICLE II.

De la vie civile nécessaire pour succéder.

Les successions étant du droit civil, comme nous l'avons déja observé, il s'ensuit que, pour être capable de succéder, il faut avoir l'état civil, il faut jouir de la vie civile; de là il suit que ni les aubains qui ne sont pas naturalisés, ni les François qui ont abdiqué leur patrie par un établissement en pays étranger, ni ceux qui ont perdu la vie civile par une condamnation à peine capitale, ni les religieux, ne peuvent succéder.

§. I. Des aubains.

Les aubains qui ne sont pas naturalisés, n'ayant pas l'état civil, ne sont capables d'aucune succession en France, ni directe, ni collatérale.

Cette règle souffre une première exception dans le

cas auquel des enfants aubains, non naturalisés, pourvu néanmoins qu'ils soient domiciliés dans le royaume, se trouvent concourir à la succession de leur père ou mère, ou autres ascendants, avec d'autres enfants qui sont françois ou naturalisés; en ce cas, ces enfants non naturalisés, lesquels, s'ils eussent été seuls, n'eussent pu être admis à la succession de leurs père ou mère, ou autres ascendants, sont admis à y concourir avec les autres enfants qui en sont capables, la capacité qu'ils ont n'étant pas de leur chef. *Nec enim novum in jure quod quis ex personâ suâ non habet, ex alterius personæ concursu et beneficio id habeat.* tit., ff. *de bonor. possess. cont. tabul.*

La raison de ceci est que le droit d'aubaine du roi étant exclus par les enfants françois ou naturalisés, le roi est mis hors d'intérêt. Il n'a plus d'intérêt d'opposer aux enfants aubains leur qualité d'aubain, et leur incapacité à cette succession, puisque cette succession ne le peut regarder. Il n'y a donc plus que les enfants françois ou naturalisés qui pourroient opposer à ceux qui ne le sont pas cette qualité d'aubain; mais il a paru qu'il ne seroit pas équitable qu'on les reçût à vouloir exclure leurs frères d'une succession que la nature même leur défère aussi bien qu'à eux. Cette décision a lieu, soit que les enfants françois soient de la même branche que les aubains, soit qu'ils soient de différentes branches.

Hors ce cas de la succession directe, les aubains, non naturalisés, sont exclus de la succession de leurs parents, non seulement par le roi, mais par les parents françois du défunt.

La régle que les aubains ne succédent point en France souffre une seconde exception à l'égard de la succession des personnes, qui, soit en conséquence des traités faits avec la nation, soit à cause de leur qualité d'ambassadeurs, résidents, etc., de fréquentants les foires de Lyon, d'écoliers de droit, etc., sont exempts du droit d'aubaine; car les parents de ces personnes, quoique étrangères, quoique domiciliées hors le royaume, leur succédent, au moins aux choses pour lesquelles leur succession est exempte du droit d'aubaine.

Au reste, quoique par un traité les sujets d'une certaine nation soient exempts du droit d'aubaine en France, cela ne leur donne que le droit de succession passive; s'ils décédent en France, ils n'ont pas pour cela le droit de succession active, à moins que le traité ne comprenne expressément les droits de l'une et de l'autre succcession.

Une troisième exception regarde les rentes que le roi a créées exemptes du droit d'aubaine, auxquelles les parents étrangers, et non domiciliés dans le royaume, succédent à l'étranger propriétaire desdites rentes.

§. II. Des personnes établies en pays étranger.

Il est certain que le François qui abdique sa patrie perd les droits de naturel François, et par conséquent le droit de succéder en France; mais tant qu'on ne lui a pas fait son procès pour crime de désertion, et qu'il n'est point intervenu de sentence contre lui, quelque marque qu'il ait donné d'établissement en pays étran-

ger, son retour en France doit faire présumer qu'il n'a point abdiqué sa patrie; et en conséquence il doit être admis aux successions de ses parents, même à celles qui seroient échues avant son retour, pourvu qu'il affirme qu'il entend demeurer en France.

Comme cette déclaration peut être suspecte, on a quelquefois, en pareil cas, admis un héritier à la succession, sous la condition qu'il ne pourroit en aliéner les biens.

Lorsqu'un François est mort dans le pays étranger, après avoir donné quelque marque qui fait présumer l'esprit d'un établissement perpétuel en pays étranger, et d'une abdication de sa patrie, il ne peut pas être réputé avoir succédé à ses parents morts pendant qu'il étoit dans le pays étranger.

Que s'il n'a donné aucune de ces marques d'établissement en pays étranger, quelque long temps qu'il y ait demeuré, et quoiqu'il y soit mort sans revenir, il aura succédé à ses parents morts en France pendant qu'il étoit en pays étranger.

§. III. De ceux qui ont perdu la vie civile par une condamnation à une peine capitale.

Ceux qui ont perdu la vie civile par une condamnation à une peine capitale sont incapables de succéder.

Pour que la condamnation à une peine capitale fasse perdre à quelqu'un la vie civile et le droit de succéder, il faut que cette condamnation soit prononcée par un jugement contradictoire en dernier ressort, ou qui ait été confirmé par arrêt; ou, si elle a été portée par un jugement rendu par contumace, il faut qu'il se soit écoulé

cinq ans depuis l'exécution de ce jugement, par effigie ou tableau, sans que le condamné se soit représenté.

De là il suit que celui qui est accusé d'un crime capital est capable de succéder, tant qu'il n'est point encore condamné, et qu'il succéde effectivement à ses parents morts depuis l'accusation intentée contre lui, quand même il seroit par la suite condamné.

A l'égard de celui qui a été condamné par un jugement contradictoire qui n'est pas en dernier ressort, son état civil, ou sa capacité de succéder, est en suspens depuis ce jugement, et par conséquent, s'il est confirmé, il a été incapable de succéder à ses parents qui seroient morts depuis ce jugement.

Si, au contraire, le jugement a été infirmé, ou si le condamné est mort pendant l'appel, le jugement étant, en l'un et l'autre cas, privé de tout effet, le condamné sera toujours censé avoir conservé son état civil, et aura, par conséquent, succédé à ses parents morts depuis ce jugement.

Si l'arrêt qui a infirmé le premier jugement portoit aussi condamnation d'une peine différente, à la vérité, de celle portée par le premier jugement, mais pareillement capitale, comme si quelqu'un avoit été condamné à mort par le premier jugement, et par l'arrêt à la peine des galères à perpétuité, *aut vice versâ;* en l'un et l'autre cas, je pense qu'il a conservé l'état civil jusqu'au jour de l'arrêt, et qu'en conséquence il a été capable de succéder à ses parents morts dans le temps intermédiaire du premier jugement et de l'arrêt; car ce n'est pas la condamnation portée par le premier jugement qui a pu lui faire perdre la vie civile, puisqu'elle n'a

pas eu lieu, c'est la condamnation portée par l'arrêt; ce n'est donc que l'arrêt qui lui a fait perdre la vie civile, il ne l'a pas perdu plus tôt, et par conséquent, il a été jusqu'à ce temps capable de succéder.

Il en seroit autrement si le premier jugement n'étoit infirmé que par rapport à la demande ou à l'intérêt civil, et si l'arrêt avoit laissé subsister la condamnation de la peine capitale portée par le premier jugement, il sera en ce cas réputé avoir perdu l'état civil par le premier jugement; et par conséquent avoir été, dès ce temps, incapable de succéder.

Observez aussi que ce qui a été dit que le condamné à une peine capitale qui meurt pendant l'appel est réputé n'avoir jamais perdu l'état civil, reçoit exception dans le cas du crime de lèse-majesté au premier chef; car comme l'accusation de ce crime, et par conséquent l'appel, peuvent se poursuivre après la mort, il faudra attendre l'événement de l'appel.

L'état civil de celui qui a été condamné à une peine capitale par un jugement rendu par contumace, est pareillement en suspens. S'il meurt après le terme de cinq ans qui lui est donné pour se représenter, et qui se compte du jour de l'exécution de ce jugement faite par tableau, sans qu'il se soit représenté, ou qu'il ait été constitué prisonnier; il est censé avoir perdu son état civil du jour de l'exécution du jugement, et par conséquent, il n'a pu succéder à ses parents morts depuis.

Que s'il est mort avant le terme de cinq ans expiré, il est censé n'avoir jamais perdu son état civil, et par conséquent, il a toujours été capable de succéder.

Il en est de même s'il s'est représenté, ou s'il a été constitué prisonnier, quoique après les cinq ans; car par sa représentation le jugement de contumace est mis à néant, comme s'il n'y en avoit jamais eu, et, par conséquent, il est censé avoir toujours conservé son état civil et sa capacité de succéder.

Cette décision a-t-elle lieu, même dans le cas auquel le condamné, qui s'est représenté ou constitué prisonnier, auroit été de nouveau condamné à une peine capitale par jugement contradictoire? Il semble que la décision doit avoir lieu, même en ce cas; car la contumace ayant été mise à néant, ce n'est point, même en ce cas, par le jugement rendu par contumace que le condamné a perdu la vie civile, mais par le jugement contradictoire intervenu depuis: ce n'est point une simple confirmation de celui qui a été rendu par contumace; car ayant été mis à néant, il ne peut être confirmé. Le condamné n'ayant perdu l'état civil que par le jugement contradictoire, il s'ensuit qu'il a été capable de succéder jusqu'à ce temps; néanmoins Lebrun cite des arrêts qui ont jugé que le condamné qui ne s'est représenté qu'après les cinq ans étoit réputé avoir perdu la vie civile dès le temps de l'exécution de la sentence par contumace, à moins qu'il ne fût absous par le jugement contradictoire. Voyez les arrêts.

§. IV. Des religieux.

Les religieux qui ont fait profession, selon les régles du royaume que nous avons expliquées au titre de la division des personnes, sont incapables de succéder.

Cette incapacité vient de deux causes, dont cha-

cune est suffisante pour les rendre incapables de succéder. La première est la perte qu'ils font de l'état civil par la profession religieuse. La seconde est le vœu de pauvreté qui les rend incapables d'acquérir des immeubles, et par conséquent de recueillir aucune succession, ne fût-ce qu'une succession mobiliaire, *quia universitas mobilium sapit quid immobile.*

C'est par cette seconde raison que les religieux, quoique restitués à la vie civile par l'épiscopat, demeurent néanmoins incapables de succéder à leurs parents.

Le religieux, quoique dispensé de ses vœux par le pape, demeure incapable de succéder; car la puissance du pape, qui est toute spirituelle, ne peut lui rendre la vie civile qu'il a perdue.

Les jésuites, après les premiers vœux, sont vrais religieux, et, par conséquent, ne jouissant pas de l'état civil, ils sont donc incapables de succéder pendant qu'ils sont dans la société: mais comme ils peuvent être congédiés de la société, leur état civil est plutôt en suspens qu'il n'est perdu; car s'ils sont congédiés et retournent au siécle, ils sont censés ne l'avoir jamais perdu par une fiction semblable à celle *juris post liminii*, par laquelle, selon le droit romain, un Romain pris par les ennemis, lorsqu'il étoit de retour, étoit censé n'avoir jamais été en captivité, et n'avoir jamais perdu la vie civile. En conséquence de cette fiction, le jésuite congédié est censé avoir succédé à ses parents morts pendant qu'il étoit jésuite; et ceux qui ont recueilli cette succession doivent la lui rendre, ou en total s'il étoit le plus proche héritier, ou pour la partie à laquelle il est censé avoir succédé; mais ils ne

sont pas tenus envers lui à aucune restitution des fruits de cette succession. C'est ce qui est porté par la déclaration du roi, du mois de juillet 1715.

Observez aussi que suivant cette déclaration, il faut que le jésuite soit congédié avant l'âge de trente-trois ans, pour avoir droit à ces successions; autrement, non seulement il n'a point de droit aux successions de ses parents morts pendant qu'il étoit jésuite, il est même, suivant cette déclaration, incapable des successions qui écherroient depuis: ce qui a été établi pour le repos des familles, dans lesquelles on a pu prendre des engagements relatifs au juste sujet qu'on avoit de croire qu'ils ne retourneroient pas au siècle. Voyez ce qui a été dit au titre de la division des personnes.

Les chevaliers de Malte, lorsqu'ils ont fait leurs vœux, sont de vrais religieux, et par conséquent ils sont incapables de succéder à leurs parents; mais la jurisprudence a établi qu'ils puissent demander des pensions alimentaires, pour en jouir seulement jusqu'à ce qu'ils soient pourvus d'une commanderie.

Les brefs que le pape accorde quelquefois à ces chevaliers pour pouvoir succéder n'ont aucun effet en France; car le pape n'y a aucun pouvoir pour toutes les choses qui sont de l'ordre politique et séculier, tel qu'est le droit de succéder. Les François connoissent trop l'importance des fonctions du souverain pontife et les bornes que le doigt de Dieu a mises à sa puissance, pour le voir indifféremment s'immiscer dans l'administration des affaires temporelles. Ils sont inviolablement attachés à ce principe: *Jus dicens extra*

territorium, *jus non dicit*. C'est pourquoi ses décisions en matières civiles ne sont d'aucun poids chez nous.

ARTICLE III.

De la parenté.

Il faut être parent du défunt pour être capable de lui succéder, sauf qu'à défaut de parents, la veuve du défunt ou le veuf de la défunte soient admis à lui succéder.

§. I. Ce que c'est que parenté.

On appelle parents des personnes dont l'une descend de l'autre, ou qui descendent d'une même souche commune. Les premiers, c'est-à-dire les personnes dont l'une descend de l'autre, sont parents en ligne directe; les autres, c'est-à-dire ceux qui descendent d'une souche commune, sont parents en ligne collatérale. Par exemple, un père et un fils sont parents; un aïeul et un petit-fils sont parents; car l'une de ces personnes descend de l'autre: le fils descend de son père, le petit-fils descend de son aïeul. Deux frères sont parents, un oncle et un neveu sont parents, deux cousins sont parents; car toutes ces personnes descendent d'une souche commune. Les frères descendent d'un même père ou d'une même mère; l'oncle et le neveu descendent d'une même personne, qui est le père ou la mère de l'oncle ou l'aïeul du neveu; les cousins descendent aussi d'une même personne, d'un même

territorium, *jus non dicit*. C'est pourquoi ses décisions en matières civiles ne sont d'aucun poids chez nous.

ARTICLE III.

De la parenté.

Il faut être parent du défunt pour être capable de lui succéder, sauf qu'à défaut de parents, la veuve du défunt ou le veuf de la défunte soient admis à lui succéder.

§. I. Ce que c'est que parenté.

On appelle parents des personnes dont l'une descend de l'autre, ou qui descendent d'une même souche commune. Les premiers, c'est-à-dire les personnes dont l'une descend de l'autre, sont parents en ligne directe; les autres, c'est-à-dire ceux qui descendent d'une souche commune, sont parents en ligne collatérale. Par exemple, un père et un fils sont parents; un aïeul et un petit-fils sont parents; car l'une de ces personnes descend de l'autre: le fils descend de son père, le petit-fils descend de son aïeul. Deux frères sont parents, un oncle et un neveu sont parents, deux cousins sont parents; car toutes ces personnes descendent d'une souche commune. Les frères descendent d'un même père ou d'une même mère; l'oncle et le neveu descendent d'une même personne, qui est le père ou la mère de l'oncle ou l'aïeul du neveu; les cousins descendent aussi d'une même personne, d'un même

aïeul, ou d'un même bisaïeul, ou d'un autre ascendant plus éloigné.

La parenté est donc une liaison entre deux personnes dont l'une descend de l'autre, ou qui descendent l'une et l'autre d'une même souche commune.

§. II. Des lignes et degrés de parenté.

La parenté que chaque personne peut avoir avec ses différents parents se divise en trois lignes : la directe descendante, la directe ascendante, et la collatérale.

La parenté de ligne directe descendante est celle que j'ai avec ceux qui descendent de moi ; celle de la ligne directe ascendante est celle que j'ai avec ceux de qui je descends ; celle de la ligne collatérale, est celle que j'ai avec ceux qui descendent d'une même souche que moi.

La parenté se forme par une ou plusieurs générations ; et c'est le nombre de ces générations qui fait le nombre du degré de parenté.

La parenté qui est entre un père et une mère, et leur fils ou fille, est une parenté qui se forme par une seule génération, et, par conséquent, est une parenté au premier degré.

La parenté entre un aïeul et son petit-fils est une parenté au second degré ; car c'est par deux générations que le petit-fils descend de son aïeul : par la même raison, la parenté du bisaïeul avec son arrière-petit-fils est au troisième degré ; ainsi des autres.

Pour compter les degrés de parenté en ligne collatérale, il faut compter le nombre des générations qu'il

y a eu depuis l'un de ces parents jusqu'à la souche commune d'où ils descendent, et depuis cette souche commune, jusqu'à l'autre parent.

Suivant cette manière de parler, il n'y a point de premier degré de parenté en ligne collatérale.

Les frères sont au second degré; car il faut deux générations pour former la parenté qui est entre eux.

L'oncle et la tante sont au troisième degré avec le neveu ou la niéce; car il faut trois générations pour former cette parenté; savoir, deux pour monter de la personne du neveu jusqu'à la souche commune, qui est son aïeul, et une pour descendre depuis cette souche commune jusqu'à l'oncle, qui est fils de la personne qui fait la souche commune. Les cousins germains sont au quatrième degré; car il faut quatre générations, deux pour monter de l'un des cousins germains à leur aïeul, qui est la souche commune, et deux pour descendre depuis cette souche commune jusqu'à l'autre cousin germain.

Suivant la même régle, deux cousins, dont l'un a le germain sur l'autre, c'est-à-dire dont l'un étoit cousin germain du père ou de la mère de l'autre, sont entre eux au cinquième degré de parenté; deux cousins issus de germain sont au sixième; ainsi des autres.

C'est cette manière de compter les degrés en collatérale, tirée du droit civil, que nous suivons dans l'ordre des successions; mais il est à propos d'observer qu'il y a une autre manière de les compter, tirée du droit canonique, qui est suivie dans les autres matières pour les degrés de parenté qui forment un empê-

chement au mariage, ou qui forment une cause de récusation de juges ou de témoins.

Au lieu que par la computation du droit civil, on compte les générations de l'une et l'autre personne de la parenté desquelles il s'agit; au contraire, selon la computation du droit canonique, on ne compte les générations que de l'une de ces personnes, suivant cette règle: *In lineâ collaterali æquali quoto quæque persona gradu distat à communi stipite, eodem gradu distant inter se.* Par exemple, suivant cette règle, les frères sont au premier degré de parenté, les cousins germains sont au second, les issus des germains au troisième, *et sic de cæteris gradibus.*

Si l'un des deux parents est plus éloigné que l'autre de la souche commune, on compte les générations de la personne la plus éloignée de la souche, selon cette autre règle: *In lineâ collaterali inæquali quoto gradu persona remotior distat à communi stipite, eodem gradu distant inter se.* Par exemple, l'oncle et le neveu sont entre eux au second degré, parceque le neveu, qui est la personne la plus éloignée de la souche commune, en est éloigné de deux générations.

Il paroît que cette computation du droit canonique est peu exacte; aussi, comme nous venons de le dire, nous ne la suivons pas pour les successions, mais celle du droit civil, qui a été ci-dessus expliquée.

§. III. Quelle parenté donne droit de succéder.

Toute parenté ne donne pas droit de succéder; il faut que deux choses concourent touchant la parenté: 1° qu'elle soit légitime; 2° qu'elle soit au degré au-

quel, selon l'ordre prescrit par la loi, la succession est déférée.

Nous remettons à parler de cet ordre au chapitre suivant.

Le principe que nous avançons, qu'il n'y a que la parenté légitime qui donne droit de succéder, se trouve écrit dans notre coutume, art. 310.

Le droit romain faisoit une distinction entre le père et la mère; il n'y avoit que la parenté légitime qui donnât le droit de succéder entre le père et les enfants, parcequ'ils ne reconnoissent pour père que celui qui l'est par le mariage: *Pater is est quem nuptiæ demonstrant.* Mais la parenté purement naturelle suffisoit pour établir le droit de succession entre la mère et ses enfants bâtards, entre les enfants et leurs parents naturels, parceque *mater semper est certa.* Cette distinction n'a pas lieu dans notre droit françois; il ne reconnoît aucune autre parenté qui puisse donner droit de succéder; c'est pourqnoi notre coutume dit indistinctement, *enfants bâtards ne succèdent.*

Ils ne succèdent pas plus à leur mère et à leurs parents naturels qu'à leur père.

Pareillement leur père et leur mère ne leur succèdent point, parceque la parenté qui est entre eux étant formée par une conjonction illégitime, n'est point une parenté légitime qui puisse donner droit de succéder.

Mais un bâtard peut succéder à ses enfants qu'il a eus d'un légitime mariage, parceque la parenté qui est entre lui et ses enfants est une parenté légitime, puisqu'elle procède d'un légitime mariage.

Lorsqu'une parenté est formée par plusieurs générations, il faut, pour qu'elle soit légitime, et qu'elle donne le droit de succéder, que toutes ces générations proviennent d'une conjonction légitime; s'il y en a une seule qui provienne d'une conjonction illégitime, la parenté n'est pas légitime, et ne peut donner ce droit de succéder.

Suivant ce principe, si j'ai eu un bâtard qui ait eu un fils né de légitime mariage, la parenté qui est entre mon petit-fils et moi n'est pas une parenté légitime qui puisse nous donner droit de succéder l'un à l'autre, parceque des deux générations dont elle est formée, il y en a une qui provient d'une conjonction illégitime.

Par la même raison, si, outre ce bâtard, j'ai eu un autre fils né de légitime mariage, qui est l'oncle du fils du bâtard, cet oncle ne sera pas habile à succéder à son neuveu, ni le neveu à son oncle, parceque des trois générations qui forment la parenté entre cet oncle et ce neveu, il y en a une qui provient d'une conjonction illégitime.

§. IV. Quelles conjonctions sont légitimes.

Il n'y a de légitime conjonction que le mariage valablement et légitimement contracté.

Un mariage dans lequel se rencontre un empêchement dirimant ne peut donc pas former une parenté légitime; *putà*, s'il péche dans la forme, n'ayant pas été contracté en face d'Église, si l'une des parties étoit engagée dans les ordres sacrés ou dans la profession religieuse, etc. Ce n'est pas ici le lieu de rapporter les différents empêchements dirimants qui peuvent an-

nuler les mariages; nous les avons détaillés dans un Traité particulier du mariage.

Quoiqu'un mariage nul ne soit pas une conjonction légitime, néanmoins quelquefois il équipolle à une conjonction légitime, à cause de la bonne foi des parties; car, tant qu'elles ont une juste cause d'ignorance de l'empêchement dirimant, le mariage, quoiqu'il soit illégitime, équipolle à une conjonction légitime, et forme une parenté légitime : par exemple, si on a cru un homme péri dans un naufrage, et que sa femme, sur un certificat en bonne forme de la mort de son mari, en ait épousé un autre, et que son premier mari, qu'on croyoit péri, étant échappé du naufrage, vienne à reparoître, il est certain que le second mariage de la femme est nul; néanmoins, à cause de la bonne foi des parties, il équipollera à une conjonction légitime, et ses enfants, qui en sont nés, pourvu qu'ils aient été connus pendant que la bonne foi duroit, c'est-à-dire avant le retour du premier mari, qu'on croyoit mort, seront réputés légitimes.

Il ne faut même que la bonne foi de l'une des parties pour donner à un mariage nul les effets d'une conjonction légitime : par exemple, si une femme épouse un homme qu'elle ignore être engagé dans les ordres sacrés, ou dans la profession religieuse, ce mariage, quoique nul en soi, aura, à cause de la bonne foi de la femme, les effets d'une conjonction légitime, et formera une parenté légitime : les enfants succéderont à leurs parents; mais je ne pense pas que le père, qui étoit en mauvaise foi, dût leur succéder, car il en est indigne.

Ce que nous venons d'établir est fondé sur le chapitre, *cum inhibitis; §. si quis*, tiré du concile de Latran, sous Innocent III, au titre des Décrétales, *de clandestinâ despons. Proles illegitima censeatur si ambo parentes impedimentum scientes ..... contrahere præsumpserunt.* Au contraire, ils sont légitimes s'ils l'ont ignoré. Cela est encore établi par les Décrétales; *capit. ex tenore X. Qui filii sunt legitimi.* Lebrun rapporte des arrêts qui ont adopté ces dispositions canoniques.

Il y a des mariages qui, quoique valables, sont privés des effets civils par nos lois; ces mariages sont valablement contractés, mais ils ne sont pas légitimement contractés; il ne sont pas une conjonction légitime, et par conséquent ne forment point de parenté légitime qui puisse donner le droit de succéder. Tels sont les mariages qui, ayant été contractés dans la forme prescrite par les lois, ont néanmoins été tenus cachés jusqu'à la mort de l'un des conjoints. L'ordonnance de 1639, art. 3, prive ces mariages des effets civils : *Déclarons que les enfants qui naîtront de ces mariages que les parties ont tenus ou tiendront cachés durant leur vie, qui ressentent plutôt la honte d'un concubinage que la dignité d'un mariage, soient incapables de toute succession, aussi-bien que leur postérité.*

On prouve qu'un mariage a été tenu secret, lorsqu'il paroît par des actes que la femme n'a pas pris le nom de son mari; comme aussi, lorsque les parties ont eu des habitations séparées, lorsqu'une servante que son maître a épousée est demeurée dans son état de servante.

L'ordonnance de 1639, article 6, prive des effets

civils une autre espéce de mariage : *Nous voulons que la même peine (de l'incapacité de succéder) ait lieu contre les enfants nés de femmes que les pères ont entretenues, et qu'ils épousent lorsqu'ils sont à l'extrémité de la vie.*

L'édit de 1697 a étendu cet article aux mariages des femmes qui, à l'extrémité de la vie, épouseroient des hommes avec qui elles auroient vécu dans le libertinage.

Il faut le concours de deux choses pour qu'un mariage soit privé des effets civils, suivant la disposition de ces lois : 1° qu'il ait été contracté à l'extrémité de la vie; 2° qu'il ait été précédé d'un concubinage ou mauvais commerce entre les parties.

Il ne suffiroit pas qu'il y eût des soupçons de ce mauvais commerce; il faut des preuves positives : c'est ce qui est établi par un arrêt du 8 juillet 1675, rapporté au premier volume du *Journal du Palais,* qui a jugé qu'un mariage fait *in extremis*, dans la chambre du malade, avec la dispense de publication de bans, devoit avoir les effets civils, faute de preuve positive de mauvais commerce qui eût précédé entre les parties, quoiqu'il y eût eu des présomptions.

Un mariage seroit-il censé fait *à l'extrémité de la vie,* si un des contractants, qui étoit en santé lors de la célébration, mouroit subitement le lendemain ou le jour même? Non; l'ordonnance entend par mariage fait à l'extrémité de la vie, celui qui a été contracté par celui qui savoit toucher à sa fin, et qui étoit malade de la dernière maladie dont il est mort. L'ordonnance a voulu punir ceux qui attendoient à l'extrémité de la vie

à réparer le scandale d'un mauvais commerce par un mariage légitime. Celui qui étoit en pleine santé, quoique à la veille de sa mort, qu'il n'avoit pas sujet de croire si prochaine, n'a pas eu la volonté d'attendre à la fin de sa vie à réparer le scandale, puisqu'il l'a réparé dans un temps où il n'avoit aucun sujet de croire qu'il fût à l'extrémité de sa vie, et par conséquent le mariage qu'il a contracté ne doit point être sujet aux peines de l'ordonnance.

Il paroît y avoir un peu de difficulté lorsqu'une femme, la veille de ses couches, épouse un homme avec qui elle a vécu depuis long-temps en libertinage, et meurt ensuite en couches; néanmoins il a été jugé, par arrêt du 5 septembre 1655, rapporté au *Journal du Palais,* que ce mariage n'étoit point censé fait à l'extrémité de la vie, et avoit les effets civils. Car, quoique l'état de grossesse soit un état qui mette la femme en danger de sa vie, néanmoins c'est un état naturel; la grossesse n'est point une maladie; la femme est dans le cas de craindre, mais non de désespérer de sa vie.

Lorsque le mariage a été contracté pendant la dernière maladie de l'un des conjoints, qui, dès le temps de la célébration avoit un trait prochain à la mort, le mariage est sujet à la peine de l'ordonnance. Au reste, la jurisprudence n'a point fixé l'intervalle du temps qu'il falloit qu'il y eût en ce cas entre la célébration et la mort.

Il a été jugé, par un arrêt du 28 février 1672, rapporté au premier volume du *Journal du Palais,* qu'un mariage contracté par un homme blessé à mort avec

sa concubine, étoit sujet aux peines de l'ordonnance, quoiqu'il eût survécu cinquante-quatre jours.

Le troisième cas auquel un mariage, quoique valablement contracté, n'a pas les effets civils et ne peut former une parenté légitime, c'est lorsqu'un des contractants est mort civilement. La raison en est évidente: les personnes mortes civilement ne participent point à l'état civil; elles sont donc incapables d'une conjonction civile; le mariage qu'elles contractent ne peut donc être qu'un mariage naturel, et non pas un mariage qui ait les effets civils. Cela est établi par l'ordonnance de 1639, art. 6, qui prononce la peine de l'incapacité de succéder contre les enfants procréés par ceux qui se marient après avoir été condamnés à mort, même par sentence rendue par défaut, si, avant leur décès, ils n'ont été remis dans leur premier état. Ces termes de l'ordonnance, *condamnés à mort*, ne s'entendent pas seulement de la condamnation à mort naturelle, mais de la condamnation à une peine qui emporte mort civile, telle qu'est celle des galères à perpétuité, du bannissement perpétuel hors le royaume. Ceux qui sont condamnés à ces peines, perdant, par la condamnation, l'état civil, sont incapables d'un mariage qui ait les effets civils. Lebrun rapporte un arrêt qui l'a jugé à l'égard d'un nommé Tillon, qui avoit contracté mariage après avoir été banni hors du royaume.

Si le condamné qui, depuis la condamnation par contumace, a contracté mariage, est mort dans les cinq ans qui sont accordés pour se représenter, son mariage aura-t-il les effets civils? Oui; car il meurt *integri statûs*. Son état, qui étoit en suspens par la sentence, est

confirmé par sa mort, arrivée dans les cinq ans, comme nous l'avons vu en la section première; il est censé n'avoir jamais perdu l'état civil, et par conséquent son mariage doit avoir les effets civils; les termes de l'ordonnance, *même par sentence rendue par défaut*, doivent être restreints au cas auquel il mourroit après les cinq ans. Cela paroît même par les termes qui suivent, *si avant leur décès ils n'ont été remis au premier état;* puisque les condamnés par défaut, lorsqu'ils meurent pendant les cinq ans, sont non seulement remis en leur état civil, mais sont censés ne l'avoir jamais perdu.

Ces termes, *s'ils n'ont été remis au premier état*, etc., font connoître que si le condamné obtient, depuis son mariage, des lettres d'abolition qui lui rendent l'état civil, cette réhabilitation de sa personne réhabilite le mariage qu'il a contracté, lui rend les effets civils, et donne aux enfants qui en sont nés, quoique avant les lettres d'abolition, les droits de parenté légitime, et la capacité de succéder.

Si la personne que le condamné à mort a épousée ignoroit l'état de ce condamné, sa bonne foi purgeroit-elle le vice de ce mariage, et donneroit-elle aux enfants les droits de parenté légitime? Lebrun décide pour l'affirmative, et son avis me paroît juste; car, si la bonne foi purge le vice d'un mariage absolument nul, et donne aux enfants qui en sont nés les droits de parenté légitime, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus, cette bonne foi doit, par la même raison, produire le même effet à l'égard d'un mariage qui n'est nul que quant aux effets civils. Il est vrai que, par une raison particulière, ces enfants ne peuvent succéder à celui qui a été condamné;

et cette raison est, qu'il est incapable de transmettre sa succession; mais ils pourroient succéder, et à l'autre conjoint, et à tous leurs parents, même à ceux du côté du condamné, ainsi que cela a été jugé à l'égard des enfants du sieur de la Rocheboisseau, nés du mariage par lui contracté depuis sa condamnation. Lebrun rapporte ce fait d'après Henrys.

L'ordonnance ne parle que du mariage que le condamné a contracté depuis sa condamnation; la condamnation ne dissout pas celui qu'il a contracté auparavant; et je pense que les enfants qui en naissent, quoique depuis la condamnation, ont les droits de parenté civile, non pour succéder au condamné, qui est incapable de transmettre sa succession, mais pour succéder à ses autres parents.

Il est évident que les conjonctions entre personnes qui n'ont contracté aucun mariage ensemble, telles que sont le concubinage, la fornication, ne sont pas des conjonctions légitimes; mais le vice de ces conjonctions peut être purgé par un mariage légitime que les personnes contractent par la suite ensemble; c'est ce qui s'appelle légitimation par mariage subséquent.

§. V. De la légitimation par mariage subséquent.

Cette espèce de légitimation tire son origine d'une constitution de Constantin, abrogée par Zénon, l. 5, cod. *de natur. lib.;* renouvelée par Justinien, legib. 10 et 11, codice d. t°....., et beaucoup augmentée par la novelle 18, cap. ult., et par la novelle 78, cap. 4 du même empereur. Sur cette légitimation il y a quatre questions principales : 1° quelles sont les conjonctions

illégitimes dont le vice peut être purgé par le mariage subséquent; 2° quel mariage peut purger ce vice; 3° s'il faut pour cela un instrument et des conventions de mariage; 4° quel est l'effet de cette légitimation.

QUESTION PREMIÈRE.

Quelles sont les conjonctions illégitimes dont le vice peut être purgé par le mariage subséquent.

La légitimation a été inventée pour légitimer les enfants nés *ex concubinatu.* Ce *concubinatus* étoit un vrai mariage naturel auquel il ne manquoit que les effets civils, et qui étoit permis par les lois; *per leges nomen assumpsit;* l. 3, §. 1, ff. *de concubin.*

Quoique par nos mœurs le concubinage soit très différent, qu'il ne soit point un vrai mariage, mais une conjonction illicite, néanmoins le vice de cette conjonction peut être purgé par le mariage subséquent, et les enfants qui en sont nés rendus légitimes.

Il en est de même d'une simple conjonction passagère d'un homme avec une fille; s'il l'épouse par la suite, le mariage purgera le vice de cette conjonction, et rendra légitime l'enfant qui en est né; s'il y avoit une parenté collatérale entre le garçon et la fille qui ont habitude ensemble, le mariage célébré par la suite entre ces personnes légitimera-t-il les enfants nés de cette habitude? La raison de douter est que cette conjonction est entachée d'un vice d'inceste, qui la rend plus criminelle; néanmoins il faut décider que les en-

fants sont légitimés : la dispense obtenue depuis a un effet rétroactif qui purge ce vice d'inceste.

Le vice d'une conjonction adultérine ne peut être purgé; les enfants qui en sont nés ne peuvent être légitimés par un mariage subséquent. C'est la disposition du *chap. tanta est vis. 7, qui filii sunt legitimi*, que nous suivons. *Finge*, un homme marié a eu, pendant son mariage, une habitude avec une fille, et de ce mariage est né un enfant; le mariage qu'il contractera par la suite avec cette fille, après la mort de sa femme, ne pourra légitimer cet enfant, parceque le vice d'une conjonction adultérine est trop considérable pour pouvoir être purgé.

Si j'ai eu pendant mon mariage habitude avec une fille, et que l'enfant conçu de cette habitude ne soit né que depuis la mort de ma femme, cet enfant pourra-t-il être légitimé par le mariage que je contracterai avec cette fille? Non; car, quoique ma femme soit morte avant la naissance de cet enfant, la conjonction dont il est procréé n'en est pas moins une conjonction adultérine; je n'en aurois pas proposé la question, si je n'avois vu que Lebrun est d'avis contraire. Il cite les lois 18 et 19, ff. *de stat. homi.*, qui n'ont aucune application. Ces lois décident qu'un enfant naît libre si sa mère étoit libre, soit au temps de la conception, soit au temps de sa naissance, parceque la condition de sa mère, dont dépend la sienne, pouvant être considérée en ces différents temps, doit être considérée dans le temps le plus favorable pour l'enfant; mais le vice d'adultère, qui rend l'enfant qui en est provenu adul-

térin, ne peut être considéré que dans le temps que l'adultère se commet, dans le temps de la conjonction; le temps de la naissance de l'enfant est indifférent à cet égard.

Par cette même raison, quoique l'enfant que j'ai eu d'une habitude avec une fille soit né pendant mon mariage avec une autre femme, il ne sera pas adultérin si la conjonction dont il a été procréé a précédé le mariage; car la conjonction n'a pas été adultérine, et par conséquent il pourra être légitimé par le mariage que je contracterai avec sa mère après la mort de ma femme.

Si la personne dont j'ai eu un enfant étoit mariée, mais avoit une juste cause de croire que son mari n'étoit plus, ayant eu des certificats de sa mort, l'enfant pourroit-il être légitimé par le mariage que je contracterois avec elle après la mort de son mari? Je le pense; car cette conjonction n'est pas adultérine. *Adulterium sine dolo malo non committitur;* l. 43, chap. 11, §. 12; l. 12, ff. *ad leg. Jul. de adult.*

QUESTION SECONDE.

Quel mariage peut purger le vice d'une conjonction illégitime.

Le mariage qui peut purger le vice d'une conjonction illégitime doit être un mariage légitime. Un mariage fait *in extremis,* ou tenu secret jusqu'à la mort, ou fait après une condamnation capitale, ne peut donc pas avoir cet effet; car ce mariage n'ayant pas lui-même les effets civils, ne peut les communiquer à la conjonction qui le précéde.

Si un mariage valable, mais privé seulement des effets civils, ne peut pas avoir l'effet de purger le vice de la conjonction qui le précède, à plus forte raison un mariage absolument nul ne peut avoir cet effet.

Quid, si c'étoit un mariage nul, à la vérité, mais auquel la bonne foi des contractants donne les effets civils, et légitime les enfants qui en sont procréés; pourra-t-il purger le vice de la conjonction qui le précède? *Finge*, un jeune homme et une fille ont eu commerce ensemble, et de ce commerce est né un enfant: la fille se marie depuis; on répand dans le public que le mari est mort; elle a des certificats de sa mort; dans la bonne foi elle se remarie à ce jeune homme avec qui elle avoit eu commerce, le premier mari revient, ce mariage purgera-t-il le vice du commerce que ces personnes ont eu auparavant, et l'enfant né auparavant deviendra-t-il par-là légitimé? Non; *nec obstat*, que les enfants nés de ce mariage, quoique nul, sont légitimés à cause de la bonne foi des contractants; cette bonne foi peut bien légitimer les enfants nés de cette conjonction qui a été faite de bonne foi; mais l'enfant né d'une conjonction précédente, qui n'a pas été faite de bonne foi, ne peut devenir légitime qu'en vertu d'un vrai et valable mariage, qui seul peut purger le vice de cette conjonction; c'est ce qui a été jugé dans l'affaire de Maillard.

QUESTION TROISIÈME.

S'il est nécessaire que le mariage soit accompagné d'un contrat devant notaire pour opérer la légitimation.

La constitution de Constantin et celle de Justinien requièrent, pour la légitimation des enfants, que le mariage contracté avec leur mère, soit accompagné d'un instrument qui contienne les conventions matrimoniales; *tabulis dotalibus intervenientibus.* Cet instrument étoit requis pour constater le mariage, afin qu'il n'y eût aucun doute que l'homme avoit élevé sa concubine à la dignité de femme légitime, ce qui n'étoit pas toujours facile à distinguer, *cùm uxor et concubina solâ animi affectione differant;* l. ff. *de concub. junct. Paul. sentent.;* tit. 20. Cette raison ne peut avoir d'application dans notre droit françois; le mariage n'ayant pas besoin d'être constaté par un contrat de mariage, et l'étant beaucoup mieux par la célébration qui se fait en face de l'Église, et par l'acte de cette célébration inscrit dans les registres de la paroisse. C'est pourquoi il n'est plus douteux aujourd'hui que le contrat de mariage n'est plus nécessaire pour les légitimations, quoique quelques anciens arrêts, s'attachant trop scrupuleusement à la lettre du droit romain, l'eussent jugé nécessaire.

QUESTION QUATRIÈME.

Quel est l'effet de cette légitimation, qu'on appelle *per subsequens matrimonium.*

La légitimation qu'opère le mariage purge tellement le vice de la conjonction illégitime dont l'enfant a été procréé, qu'elle donne à cet enfant même droit de parenté légitime qu'il auroit, s'il fût né du mariage même; il est réputé en être né par anticipation; ce droit de parenté légitime lui communique la noblesse de son père, lui donne le droit de succéder à son père et à sa mère, et à tous ses parents, tant paternels que maternels, et de leur transmettre sa succession; enfin, généralement tous les droits attachés à la parenté légitime, comme le droit de retrait lignager, de manière qu'il n'est en rien différent des enfants nés durant le mariage; cela est si vrai que, l'enfant procréé de conjonction illégitime, par le mariage, a le droit d'aînesse sur les enfants nés du mariage. L'a-t-il sur les enfants d'un mariage intermédiaire? Dumoulin décide que non; les raisons de cette décision sont sensibles; l'effet de la légitimation, par le mariage, est de donner à l'enfant né d'une conjonction illicite avant le mariage, les mêmes droits qu'il auroit eus, s'il fût né durant le mariage; la fiction de la légitimation consiste à feindre qu'il est né du mariage : or, le mariage que son père a contracté avec sa mère étant le second mariage de son père, il s'ensuit qu'il ne peut être regardé que comme un enfant de son second mariage : or, il répugne que l'enfant du second mariage soit l'aîné des enfants du

premier; d'ailleurs la loi, en donnant au mariage la vertu de purger les vices de la conjonction qui l'a précédé, et de légitimer l'enfant qui en est né, n'a pas entendu préjudicier aux droits de personne; la loi n'accorde point ses graces aux dépens d'autrui; elle ne préjudicie point aux enfants qui naîtront de ce mariage, parcequ'ils n'existent pas encore; ils ne sont pas capables de recevoir aucun préjudice; et que d'ailleurs c'est aux enfants nés avant le mariage qu'ils sont redevables du mariage qui leur a procuré la naissance : *gratias agere fratribus suis posteriores debent, quorum beneficiis ipsi sunt justi filii;* l. 10, *cod. de natur. liber.* Mais si l'enfant légitimé par le second mariage avoit le droit d'aînesse sur les enfants du mariage intermédiaire, cette légitimation se feroit au préjudice du droit acquis à l'aîné du premier mariage; elle le dépouilleroit du droit d'aînesse, du premier rang dans la famille de son père, dont il se trouve en possession, ce qui résiste à tous les principes.

Il n'y a aucun inconvénient que l'aîné du premier mariage soit l'aîné d'un frère plus âgé que lui : car, par rapport aux droits de famille, on ne doit compter ses années que du jour qu'il est entré en la famille, et par conséquent seulement du mariage de sa mère. Lebrun est d'un avis contraire à celui de Dumoulin; mais il se fonde sur des raisons si futiles, qu'elles ne méritent pas de réponse.

L'effet qu'a le mariage de purger le vice de la conjonction illégitime que l'homme a eue auparavant avec sa femme, ne se borne pas seulement aux enfants qui en ont été procréés; il s'étend à leur postérité légi-

time; c'est pourquoi, si j'ai eu d'une fille un bâtard qui ait laissé à sa mort des enfants légitimes, et qu'ensuite j'épouse cette fille, le mariage que je contracte avec elle, en purgeant le vice de la conjonction dont mon bâtard a été procréé, donnera aux enfants qu'il a laissés le droit de parenté légitime avec moi, qu'ils n'auroient point eu sans cela.

§. VI. De la légitimation par lettres.

La légitimation par lettres-patentes du roi ne donne aux bâtards que le droit de porter le nom de leur père et de porter les armes de sa maison avec une brisure de gauche à droite; mais elle ne donne pas le droit de parenté légitime, ni même le droit de succéder, à défaut de parents légitimes; les lettres de légitimation avec la clause de succéder ne sont plus d'usage.

ARTICLE IV.

Des causes qui peuvent exclure un parent du droit de succéder.

Nous ne parlons pas en cet article de la vie civile, dont il a été parlé en l'article second, mais des causes qui, sans donner atteinte à l'état civil d'un parent, le privent du droit de succéder.

Ces causes sont l'exhérédation, l'indignité, la renonciation au droit de succéder; en certaines coutumes, les filles dotées sont exclues de succéder.

§. I. De l'exhérédation.

L'exhérédation est un acte par lequel une personne

time; c'est pourquoi, si j'ai eu d'une fille un bâtard qui ait laissé à sa mort des enfants légitimes, et qu'ensuite j'épouse cette fille, le mariage que je contracte avec elle, en purgeant le vice de la conjonction dont mon bâtard a été procréé, donnera aux enfants qu'il a laissés le droit de parenté légitime avec moi, qu'ils n'auroient point eu sans cela.

§. VI. De la légitimation par lettres.

La légitimation par lettres-patentes du roi ne donne aux bâtards que le droit de porter le nom de leur père et de porter les armes de sa maison avec une brisure de gauche à droite; mais elle ne donne pas le droit de parenté légitime, ni même le droit de succéder, à défaut de parents légitimes; les lettres de légitimation avec la clause de succéder ne sont plus d'usage.

ARTICLE IV.

Des causes qui peuvent exclure un parent du droit de succéder.

Nous ne parlons pas en cet article de la vie civile, dont il a été parlé en l'article second, mais des causes qui, sans donner atteinte à l'état civil d'un parent, le privent du droit de succéder.

Ces causes sont l'exhérédation, l'indignité, la renonciation au droit de succéder; en certaines coutumes, les filles dotées sont exclues de succéder.

§. I. De l'exhérédation.

L'exhérédation est un acte par lequel une personne

exclut de sa succession, pour une juste raison, quelqu'un de ses enfants ou autres parents.

Quoiqu'il n'y ait que la loi, par notre droit coutumier, qui fasse les héritiers, et qu'elle les fasse indépendamment de la volonté du défunt, elle lui laisse néanmoins la faculté d'exclure de sa succession ceux qui s'en sont rendus indignes, et elle ne fait point héritiers ceux qui, par un juste jugement du défunt, ont été exhérédés.

Il y a six principales questions touchant l'exhérédation : 1° qui peut-on exhéréder, et pour quelles causes; 2° comment se fait l'exhérédation; 3° à qui est-ce à prouver la justice ou l'injustice de l'exhérédation; 4° quels en sont les effets; 5° si elle s'étend aux enfants de l'exhérédé; 6° quand est-elle censée révoquée.

QUESTION PREMIÈRE.

Qui peut-on exhéréder, et pour quelles causes.

Quelque droit qu'aient par la nature nos enfants à notre succession, néanmoins nous pouvons les exclure par l'exhérédation.

L'ancien droit romain donnoit à cet égard aux pères une puissance absolue; ils pouvoient exhéréder leurs enfants sans rendre aucune raison de leur volonté, qui seule suffisoit pour l'exhérédation.

Ce droit avoit été tempéré par la loi *Glicia*, dont nous ne savons pas l'époque, qui avoit accordé aux enfants exhérédés sans sujet la querelle d'inofficiosité contre le testament de leur père; le préteur présumoit

que le testateur qui exhérédoit ses enfants sans sujet n'avoit pas l'usage de la raison nécessaire pour tester, et, sur ce prétexte, cassoit son testament, *quasi furor sit proprio sanguini succensere.*

Notre droit n'a point laissé aux parents cette liberté d'exhéréder leurs enfants; il la leur accorde seulement pour quatorze causes très graves, qui sont exprimées par la novelle 115, cap. 3; savoir, 1° si un enfant a porté la main sur ses père et mère: *si parentibus suis impias manus intulerit.* 2° A plus forte raison, s'il a attenté à leur vie par le poison ou autrement: *si vitæ parentum per venenum aut alio modo insidiatus fuerit.* 3° S'il a été leur dénonciateur de quelque crime: *si in criminalibus causis accusaverit.*

La novelle en excepte le crime de lèse-majesté; car il est permis aux enfants d'être en ce cas dénonciateurs de leur père, leur patrie devant leur être plus chère que lui. *Major esse debet pietas erga patriam quàm erga parentes.*

4° Si, par ses délations, il les a fait condamner à de grosses amendes: *si per suam delationem gravia dispendia eos fecerit sustinere.* 5° S'il a commis envers eux quelque injure atroce: *si gravem et inhonestam eis injuriam fecerit.* 6° S'il a eu l'habitude charnelle avec sa belle-mère: *si novercæ suæ aut concubinæ patris filius se immiscuerit.* Notre droit françois ne reconnoît pas de concubines.

7° S'il a empêché ses père et mère de tester. 8° S'il n'a voulu être leur caution pour les faire sortir de prison, étant en état de le faire. Justinien veut que ce refus ne soit cause d'exhérédation qu'à l'égard des

garçons. Les filles, dans notre droit, étant également capables d'être caution, il semble qu'il n'y a aucune différence à faire.

9° Si un père ou une mère ayant été fait captif par les Algériens ou autres, l'enfant, ayant le moyen, a refusé de payer sa rançon : *si liberi non festinaverint eum redimere.* 10° Si un père ou une mère étant tombé en démence, ses enfants n'ont pas eu soin de lui pendant qu'il étoit en cet état, il peut pour cette raison, s'il revient en son bon sens, les exhéréder : *si furiosus fuerit et ejus liberi curam competentem ei non præbuerint.* 11° Si un enfant s'est associé à des malfaiteurs, comme s'il a été arrêté avec des voleurs ou des vagabonds : *si cum maleficis hominibus sese sociaverit ut maleficia faceret.* 12° S'il est gladiateur ou bateleur, à moins que le père ne fût de la même profession : *si præter voluntatem patris inter arenarios vel mimos sese sociaverit et in hac professione permanserit, nisi pater ejusdem professionis fuerit.* 13° Si une fille, que ses parents ont voulu marier et doter, a préféré de mener une vie débauchée : *si volenti suæ filiæ vel nepti maritum dare et dotem, illa non consenserit, sed luxuriosam vitam degere elegerit.* Que si les parents ont différé de la marier jusqu'à vingt-cinq ans, Justinien veut qu'elle ne puisse être exhérédée pour forfait à son honneur, parceque c'est la faute de ses parents de ne l'avoir pas mariée.

Selon nos mœurs, je ne crois pas qu'une fille pût être exhérédée pour s'être laissé séduire une ou deux fois, mais seulement dans le cas auquel elle se seroit prostituée publiquement, et auroit fait le métier de

courtisane, et qu'on ne doit pas distinguer si les parents ont voulu la marier ou non.

14° C'étoit une clause d'exhérédation, si l'enfant d'un catholique se faisoit hérétique. Comme il n'y a plus en France qu'une seule religion, cette dernière exhérédation ne peut, parmi nous, avoir d'application.

Nos ordonnances ont ajouté une autre cause d'exhérédation contre les enfants qui se marient sans le consentement de leurs père et mère. Une fille qui, avant l'âge de vingt-cinq ans, un garçon qui, avant l'âge de trente ans, se marient sans le consentement de leurs père et mère, sont sujets à la peine de l'exhérédation. Après cet âge, ils peuvent se marier malgré leurs père et mère, pourvu qu'ils aient requis leur consentement par des sommations respectueuses faites en présence de notaire, qui leur en donne acte; faute de quoi, ils seroient pareillement sujets à la peine de l'exhérédation. Voyez l'ordonnance de Henri II de 1556; celle de Blois, art. 41; la déclaration de 1639.

C'est une question sur laquelle se sont partagés les interprétes : Si un père et une mère peuvent exhéréder leurs enfants pour d'autres causes que celles exprimées par la novelle 115, c. 3. Lorsque ces causes sont également *graves* que celles qui y sont exprimées; *putà,* si un fils n'a pas attenté lui-même à la vie de son père ou de sa mère, mais si, ayant su qu'un autre y attentoit, il ne le leur ait pas découvert, et les ait mis, par ce silence affecté, en danger de leur vie, on doit décider la même chose : c'est le sentiment de plusieurs bons auteurs.

Quoique l'exhérédation s'emploie plus communément contre les enfants, elle peut, à plus forte rai-

son, être employée contre les collatéraux, lorsqu'ils se sont rendus indignes de la succession du défunt, soit en attentant à sa vie, soit en lui faisant quelque injure atroce; cette exhérédation est nécessaire pour leur ôter, en les privant de la qualité d'héritiers, la portion des propres que les coutumes affectent à l'héritier, et qu'on appelle légitime coutumière.

De ce que nous avons dit que l'exhérédation ne peut être faite que pour de justes causes, il suit que, par notre droit, les posthumes ne peuvent être exhérédés, puisque, n'étant pas encore nés, ils n'ont pu rien faire qui méritât l'exhérédation.

QUESTION SECONDE.

Comment se doit faire l'exhérédation.

Par le droit romain, l'exhérédation ne pouvoit se faire que par le testament, suivant cette maxime : *Hæreditas codicillis neque dari neque adimi potest.*

Notre droit n'ayant pas prescrit de forme pour l'exhérédation, elle peut se faire, non seulement par testament, mais par un simple acte par-devant notaire, par lequel un père déclare que, pour telle raison, il exhéréde un tel; Ricard en rapporte des arrêts, et atteste que tel est l'usage; part. 3, chap. 8, sect. 4, n. 971. Il veut pourtant que cet acte soit un acte authentique; *ibid.*, n. 942. Cette exhérédation doit être expresse, c'est-à-dire qu'elle doit se faire en termes clairs et formels. Elle doit contenir l'expression de la cause pour laquelle l'exhérédation est faite. La nov. 113, cap. 3.

Celui qui exhéréde quelqu'un de ses enfants, ou

autres parents, peut apporter quelque modification à l'exhérédation, en laissant à l'exhérédé une pension alimentaire, ou quelque effet de la succession.

QUESTION TROISIÈME.

A qui est-ce à prouver la justice ou l'injustice de l'exhérédation.

Par la constitution de Constantin, qui est en la loi 28, *cod. de inoff. testam.*, c'étoit à l'enfant exhérédé à prouver l'injustice de l'exhérédation, pour réussir en la querelle d'inofficiosité : *liberi querelam contra testamentum paternum moventes, probationem debent præstare quod obsequium debitum jugiter parentibus adhibuerint.* La nov. de Justinien 115, ch. 3, PP. *et in fine*, a changé cette disposition. En même temps qu'elle ordonne que les causes de l'exhérédation seront exprimées par l'acte d'exhérédation, elle charge aussi l'héritier de prouver la vérité au moins de l'une des causes qui ont été exprimées. Cette disposition de la novelle est adoptée par nos usages, ainsi que l'atteste Ricard, *loco citato.*

QUESTION QUATRIÈME.

Quels sont les effets de l'exhérédation.

L'effet de l'exhérédation est de priver l'enfant ou autre parent exhérédé du droit de succéder au défunt qui l'a exhérédé; mais l'exhérédation ne s'étend pas jusqu'à dépouiller la personne de l'exhérédé des autres droits de famille.

L'exhérédé étant privé du droit de succéder au défunt qui l'a exhérédé, il ne peut pas, s'il est l'aîné de ses enfants, prétendre le droit d'aînesse dans les biens de sa succession; car ce droit d'aînesse ne peut être prétendu qu'à titre d'héritier, et l'exhérédation le dépouille de ce titre: donc il ne peut prétendre exercer ce droit dans les biens de la succession du défunt.

L'enfant exhérédé par son père peut-il prétendre douaire dans les biens de son père? La raison de douter est qu'on est douairier sans être héritier: la raison de décider qu'il ne le peut prétendre est que l'exhérédation l'exclut généralement des biens de son père; elle l'exclut d'y succéder à titre de douairier aussi bien qu'à titre d'héritier: le douaire est une espèce de légitime que la loi municipale, ou celle du contrat de mariage, accorde aux enfants dans les biens de leur père; mais un exhérédé ne doit point avoir de légitime. L'exhérédation de la mère ne prive point l'exhérédé du douaire; car les biens dans lesquels l'enfant prend son douaire sont les biens du père; la mère n'en a que l'usufruit, comme douairière; la mère, en exhérédant son fils, ne peut l'exclure que de ses biens.

L'exhérédation ne prive pas l'exhérédé des biens substitués que le défunt, par qui il a été exhérédé, étoit chargé de lui restituer après sa mort; car il ne les tient pas de celui par qui il a été exhérédé, et qui a été chargé de les lui restituer; il les tient de l'auteur de la substitution. La restitution de ces biens est une dette du défunt envers cet exhérédé; l'exhérédation dépouille bien l'exhérédé du droit de succéder au défunt, mais non pas des créances qu'il a contre le défunt. L'exhéré-

dation n'ôtant à l'exhérédé que le droit de succéder au défunt par qui il a été exhérédé, et non pas les autres droits de famille, il s'ensuit qu'il peut succéder à ses autres parents, même à ceux du côté de celui qui l'a exhérédé.

L'enfant exhérédé peut succéder à ses frères et sœurs, quoiqu'il trouve dans leur succession les biens de ses père et mère par qui il a été exhérédé; l'exhérédation ne le prive que du droit de succéder directement à ses père et mère qui l'ont exhérédé, et n'empêche point qu'il ne puisse en profiter indirectement, et du chef d'autres personnes dont il devient par la suite héritier.

L'exhérédation ne faisant pas perdre les droits de famille, il paroît s'ensuivre que si un enfant, aîné de la famille, est exhérédé, il ne perd pas pour cela les droits d'être le chef de sa famille, et d'avoir, en cette qualité, le dépôt des titres de famille, et des portraits de ses ancêtres, à moins que l'ignominie de l'état qu'il auroit embrassé ne le fît juger indigne de cet honneur.

Les droits de sépulture sont des droits de famille, que l'exhérédation ne fait point perdre; l. 6, ff. *de relig. vide leg.* 5, ff. *eodem.*

QUESTION CINQUIÈME.

Si l'effet de l'exhérédation s'étend aux enfants de l'exhérédé.

L'exhérédation ne doit pas s'étendre aux enfants de l'exhérédé; la raison est tirée de ce principe de droit: *Nullum patris delictum innocenti filio pœna est.*

D'où il suit que l'exhérédation, qui est la peine de la faute commise par l'exhérédé, ne doit pas être étendue aux enfants de cet exhérédé, qui, n'étant point coupables de la faute de leur père, n'en doivent pas porter la peine.

Quelques auteurs en exceptent le cas auquel un enfant auroit été exhérédé pour s'être marié sans requérir le consentement de ses père et mère, et ils prétendent qu'en ce cas, l'exhérédation de cet enfant s'étend aux enfants nés de ce mariage, parcequ'ils sont nés du mariage qui a donné la cause à l'exhérédation. D'autres pensent que, même en ce cas, l'exhérédation ne doit pas s'étendre aux enfants de l'exhérédé, parceque le mariage étant valable, les enfants ayant le droit de parenté légitime avec leur aïeul, et par conséquent le droit de lui succéder, ils ne peuvent pas en être dépouillés par la faute de leur père.

QUESTION SIXIÈME.

Quand l'exhérédation est-elle censée révoquée.

Par le droit romain, l'exhérédation ne pouvoit être révoquée que par un testament qui révoquât celui dans lequel elle étoit contenue; cela résultoit des principes du droit romain, qu'un testament ne peut être révoqué que par un autre testament, et qu'on ne peut disposer de son hérédité, la donner, ou ôter, que par un testament; *testamentum rumpitur per aliud testamentum æquè perfectum; hæreditas nec dari, nec adimi potest nisi testamento:* ces principes ne sont pas admis parmi nous; c'est pourquoi l'exhérédation peut

être révoquée par la seule et nue volonté de celui qui l'a faite.

Si celui qui l'a faite déclare ensuite, par son testament, ou par quelque autre acte, qu'il pardonne à son fils, cet acte vaut une révocation d'exhérédation.

Il n'est pas même nécessaire qu'il y ait un acte par écrit, il suffit que l'exhérédé puisse prouver que celui qui l'a faite a donné des marques de réconciliation, *putà*, qu'il l'a logé chez lui, qu'il a souffert qu'il lui rendît de fréquentes visites. L'injure est tellement présumée pardonnée, qu'on n'ajouteroit pas foi à la déclaration que feroit par la suite le père par son testament, qu'en recevant son fils chez lui, il n'a pas entendu révoquer l'exhérédation. Si un fils, depuis l'exhérédation, avoit rendu quelque service signalé à son père, comme s'il lui avoit sauvé la vie aux dépens de la sienne, l'exhérédation doit être présumée révoquée; l'importance du service est une réparation qui doit effacer l'offense qui donne lieu à l'exhérédation.

§. II. De l'indignité.

Un enfant ou autre parent peut perdre le droit de succéder à son père, sa mère, ou autre parent, par son indignité.

Les mêmes causes pour lesquelles j'aurois pu être exhérédé par quelqu'un de mes parents, si elles fussent venues à sa connoissance, et qu'il eût eu le temps de faire cette exhérédation, me rendent indigne de sa succession, si elles ne sont pas venues à sa connoissance, ou s'il n'a pas eu un temps suffisant.

Que s'il s'est passé un temps considérable depuis

qu'il en a eu connoissance, sans qu'il m'ait exhérédé, son silence doit passer pour une remise de l'offense que j'ai commise, laquelle étant éteinte par le pardon présumé du défunt, il ne subsiste plus en ma personne aucune cause d'indignité qui puisse m'exclure de sa succession; Lebrun, liv. 3, chap. 9, n. 14.

La principale cause qui rend un parent indigne de la succession de son parent, c'est lorsqu'il est coupable de sa mort; car son crime ne doit pas lui procurer l'avantage d'une succession. Cette décision doit avoir lieu, quoique l'homicide ait obtenu des lettres d'abolition qu'il ait fait intériner.

Elle a pareillement lieu, quoiqu'il n'ait été fait aucune poursuite contre lui pendant le temps de vingt années, par lequel les crimes se prescrivent; car les lettres d'abolition, ainsi que la prescription, mettent bien le criminel à couvert de la peine publique, mais ne purgent pas le vice d'indignité, qui, ayant été une fois encouru, subsiste toujours.

L'homicide ne doit rendre indigne de la succession de l'homicidé celui qui l'a commis, que lorsqu'il a été commis par sa faute; que s'il a été commis par un cas fortuit ou par la nécessité d'une juste défense, il n'en doit résulter aucune indignité; car l'indignité est une peine, et il ne doit point y avoir de peine où il n'y a point de faute; c'est pourquoi si un enfant a tué quelqu'un de ses parents, cela ne doit pas le rendre indigne de sa succession, *cùm nulla sit infantis voluntas, cùm infans culpæ capax non sit.*

Lebrun prétend que l'indignité de l'homicide descend à ses enfants, et il en rapporte quelques arrêts:

ce qui me paroît souffrir quelque difficulté, les enfants ne devant pas être punis pour la faute du père.

C'étoit une cause d'indignité par le droit romain, si l'héritier n'avoit pas vengé la mort du défunt; mais je ne pense pas qu'elle le soit parmi nous, le soin de la vengeance du défunt étant, selon nos usages, remis au ministère public plutôt qu'aux héritiers.

C'étoit une cause d'indignité par le droit romain, si l'héritier avoit disposé de la succession future de son parent avant sa mort; l. 2, §. *fin.* ff. *de his qui ut indigni;* l. 29, §. 2; et l. 30, ff. *de donat.* J'aurois de la peine à croire que c'en fût une parmi nous; il suffit que la convention soit nulle, comme contraire aux bonnes mœurs; il y a plusieurs autres causes d'indignité dans le droit romain qui ne sont point reçues par nos usages.

L'indignité n'a pas lieu de plein droit; elle doit être prononcée : c'est pourquoi, par le droit romain, l'indigne acquéroit l'hérédité; mais le fisc l'en dépouilloit lorsqu'il en avoit été déclaré indigne. Parmi nous, ce n'est point le fisc qui profite de l'indignité de l'héritier, mais ce sont les autres parents en degré de succéder avec lui.

§. III. Des renonciations aux successions futures.

Les renonciations aux successions futures sont contraires au principe qu'on ne peut répudier un droit qui n'est pas encore ouvert; *quod quis, si velit, habere non potest, id repudiare non potest;* l. 174, ff. *de reg. jur.*, et à cet autre principe qui rejette les conventions touchant la succession d'un homme vivant : néanmoins notre jurisprudence a admis ces renonciations dans

les contrats de mariage, qui, selon nos usages, sont susceptibles de toutes sortes de conventions.

La raison qui a fait établir ces renonciations a été pour conserver les biens dans la famille de celui à la succession de qui on fait renoncer les filles au profit des mâles, et soutenir, par ce moyen, la splendeur du nom.

QUESTION PREMIÈRE.

Qui sont ceux qui peuvent faire ces renonciations, et en faveur de qui.

Ce sont ordinairement les filles qui renoncent, par leur contrat de mariage, moyennant la dot qui leur est constituée, à la succession de leurs père et mère qui la leur constituent, au profit de leurs frères, ou au profit de leur frère aîné seulement.

Quelquefois aussi les mâles puînés renoncent au profit de leur frère aîné. La même raison de soutenir le nom, en conservant l'intégrité des biens à un seul, se rencontre dans ces renonciations, comme dans celles des filles.

Elles peuvent être faites par des enfants mineurs aussi bien que des majeurs, et ils ne sont point restituables contre ces renonciations.

C'est contre la fin pour laquelle ces renonciations ont été établies qu'un enfant mâle renonce au profit des filles, ou même une fille au profit d'une autre fille. C'est pourquoi Lebrun pense que ces renonciations ne doivent point être admises, ou que si elles le sont, elles ne doivent point avoir les priviléges accordés aux

renonciations faites au profit des mâles, et qu'en conséquence elles ne peuvent être faites que par des majeurs, et que du consentement de celui à la succession duquel la renonciation est faite, et qu'elle n'exclut point le renonçant de sa légitime.

La renonciation des enfants à la succession de leurs père et mère en faveur des collatéraux de leurs père ou mère, doit encore moins être admise, étant contre la nature de préférer les collatéraux à ses enfants.

QUESTION SECONDE.

Au profit de quelles personnes la renonciation est-elle présumée faite, lorsque cela n'est pas exprimé.

Lorsqu'une fille, par son contrat de mariage, a déclaré qu'elle renonçoit, au moyen de sa dot, à la succession de son père, sans exprimer au profit de qui elle faisoit cette renonciation, elle est censée l'avoir faite au profit de tous ses frères germains, enfants de celui à la succession de qui elle a renoncé.

Sera-t-elle pareillement censée avoir renoncé au profit de ses frères consanguins, que son père a eus d'un précédent ou d'un subséquent mariage? L'article 307 de la coutume de Bourbonnois, dit qu'elle n'est réputée faite qu'en faveur des frères germains. Hors ces coutumes, comme le motif de ces renonciations, qui est de soutenir la splendeur du nom, se rencontre à l'égard des frères germains, comme à l'égard des frères consanguins, il faut dire que la fille est censée avoir renoncé au profit des uns et des autres.

Lebrun excepte le cas auquel la fille renonceroit

avant le second mariage de son père; on peut soutenir en ce cas que cette fille, ne devant pas prévoir que son père se remarieroit, n'a renoncé qu'en faveur de ses frères du premier mariage, et non pas en faveur de ceux du second, auxquels elle n'a pas pensé.

Lorsque c'est à la succession de sa mère qu'une fille renonce, en ce cas elle n'est présumée renoncer qu'en faveur de ses frères germains, et non pas en faveur de ses frères utérins que sa mère auroit d'un précédent ou subséquent mariage; car ses frères ne portant pas son nom, étant d'une différente famille, le motif de ces renonciations cesse à leur égard.

Lorsqu'une fille a renoncé au profit d'un tel, son frère aîné, il n'est pas douteux que cette renonciation ne peut profiter à un autre par son décès; car la renonciation est restreinte à la personne désignée par son nom.

Quid, si elle a renoncé au profit de son frère aîné sans le nommer autrement? Lebrun pense que, même en ce cas, elle n'est censée avoir renoncé qu'au profit de celui qui étoit pour lors l'aîné. J'inclinerois plutôt pour le sentiment de Tiraqueau, qui pense qu'elle doit, en ce cas, être présumée avoir renoncé en faveur de celui qui se trouvera l'aîné lors de l'ouverture de la succession. Cette interprétation me paroît plus conforme, et aux termes de la renonciation, qui ne désignent aucune telle personne au profit de qui la renonciation se fasse, mais en général l'aîné, et au motif ordinaire de ces renonciations, qui n'est point fondé sur des affections personnelles, mais sur l'affection générale, pour la splendeur du nom qu'on veut main-

tenir, en conservant, par ces renonciations, l'intégrité des biens de la famille dans la personne de l'aîné.

QUESTION TROISIÈME.

A quelles successions futures se font ces renonciations.

Ces renonciations se font à la succession future du père ou de la mère qui fournit la dot à la fille qui renonce à l'une ou à l'autre succession. Lorsque le père et la mère dotent conjointement, ces renonciations se font, pour l'ordinaire, à l'une et à l'autre succession. On fait quelquefois renoncer les filles aux successions collatérales qui pourroient leur venir de leurs frères et sœurs, neveux et niéces des ascendants desdits père et mère.

Ces renonciations sont en effet, non seulement pour les biens qui seroient échus auxdits frères et sœurs du père commun, mais généralement pour tous leurs biens de quelque manière qu'ils les aient acquis ou qu'ils leur soient échus.

La renonciation qu'une fille fait aux successions de ses père et mère, même aux successions collatérales de ses frères et sœurs, comprend même les successions de ses autres sœurs, qui auroient renoncé comme elle à la succession de ses père et mère.

QUESTION QUATRIÈME.

Par quel acte et comment se font ces renonciations.

Ces renonciations se font ordinairement par le contrat de mariage de l'enfant, par lequel on lui donne

ou promet la dot, au moyen de laquelle elle renonce.

Elles ne se font pas même ailleurs que par le contrat, lorsque l'enfant qui renonce est mineur.

A l'égard des enfants majeurs, ils peuvent renoncer ailleurs que par le contrat de mariage; par exemple, des sœurs majeures peuvent intervenir au contrat de mariage de leur frère aîné, et renoncer en sa faveur, en considération du mariage, aux successions de leurs père et mère, moyennant certaines conditions.

Ces renonciations doivent être expresses; *est majoris momenti quàm ut*, dit d'Argentré, *actibus tacitis colligi ista renunciatio possit.*

C'est pourquoi si un père, mariant son fils et sa fille par un même contrat de mariage, avoit donné une certaine somme en dot à sa fille, et fait donation à son fils du surplus de ses biens présents et à venir, la souscription de la fille à ce double contrat, et le consentement qu'elle semble avoir donné à cette donation, ne passeront pas pour une renonciation à la succession future de son père, et ne l'excluront point de s'en porter héritière, et de demander, en cette qualité, contre son frère donataire, la portion légitime en sa succession.

De ce que la renonciation doit être expresse est née la question de savoir si une renonciation étoit valable, lorsqu'au lieu de dire que la fille a renoncé à la succession future, etc., il est dit qu'elle a promis d'y renoncer? La raison de douter est que promettre de faire une chose n'est pas la faire; d'où l'on concluoit que la promesse de renoncer n'étoit pas une renonciation ex-

presse. Néanmoins on a, avec raison, jugé qu'une telle promesse de renoncer étoit une renonciation valable. Voyez l'arrêt de Louet, lettre N.

La renonciation que fait un enfant, par son contrat de mariage, à la succession future de ses père et mère, ne peut être faite que moyennant une dot qui lui soit fournie par ses père et mère.

Les coutumes sont différentes sur cette dot. Il y en a où la moindre dot suffit; telles sont les coutumes de Touraine et d'Anjou. Il y en a qui veulent qu'elle égale au moins la légitime; telles sont les coutumes de Bourges, de Montargis; notre ancienne coutume d'Orléans en contenoit aussi une disposition; telle est aussi la jurisprudence dans le pays de droit écrit.

Dans les autres coutumes qui ne s'en expliquent pas, il n'est pas nécessaire que la dot fournie égale la légitime; néanmoins, dans ces coutumes, s'il y avoit une disproportion très grande entre la dot et la légitime que pourroit espérer la fille, eu égard à la fortune qu'avoit le père lors du contrat de mariage, Lebrun pense que la fille mineure seroit restituable contre sa renonciation à la succession future.

Cette dot doit être, ou payée comptant, ou payable dans un court délai. Si un père promettoit à sa fille, en la mariant, une dot payable après sa mort, la renonciation faite par la fille à la succession de son père, en conséquence de cette dot, ne seroit pas valable; car ces renonciations ne sont pas des donations; elles se font pour un avantage présent que la fille reçoit pour se dédommager de l'espérance de la succession à la-

quelle elle renonce; n'y ayant point d'avantage présent lorsque la dot n'est promise qu'après la mort, la renonciation ne peut subsister.

Que s'il y avoit une partie de la dot payée comptant, ou payable après un bref délai, le terme donné pour le surplus jusqu'à la mort n'empêcheroit pas la validité de la renonciation; car il y a un avantage présent pour la partie qui est payée comptant.

Lorsque la dot n'est pas fournie par le père et la mère, mais seulement par un des deux, la fille ne peut renoncer qu'à la succession de celui qui a fourni la dot, et non point à celle de l'autre conjoint qui ne l'a point fournie. *Nec obstat*, qu'on a admis la renonciation de la fille, même aux successions de ses frères et sœurs, quoiqu'elle ne reçoive aucune dot d'eux; car la renonciation à ces successions collatérales n'est qu'une extension de la renonciation aux successions des père et mère communs, qui suit des biens qui composent ces successions collatérales; au lieu que la succession de l'un des conjoints est absolument indépendante de celle de l'autre conjoint.

Il reste à observer que, lorsque les renonciations se font par le propre contrat de mariage de l'enfant qui renonce moyennant une dot, il n'est pas nécessaire que ses frères et sœurs, aux successions desquels on le fait renoncer, ainsi qu'à celle de ses père et mère, interviennent au contrat; quoique, hors ces cas, on ne puisse faire aucune renonciation, ni aucune convention touchant la succession d'une personne, sans qu'elle intervienne et y consente.

QUESTION CINQUIÈME.

Quand s'éteignent ces renonciations aux successions futures.

Les renonciations aux successions futures s'éteignent par différentes manières : 1° par l'inexécution de la promesse de la dot; c'est pourquoi, si le père ou la mère, à la succession desquels la fille a renoncé en conséquence de la dot qui lui a été promise, sont morts avant que d'avoir achevé de la payer, et après avoir été mis en demeure de le faire, la renonciation à leur succession devient sans effet, *deficiente causâ propter quam facta est.*

La moindre partie de la dot qui resteroit à payer, et qu'ils seroient en demeure de payer, feroit manquer la condition de la renonciation, et la rendroit sans effet.

Que si le père qui a promis la dot n'a point été mis en demeure de la payer par une interpellation judiciaire, sa mort, arrivée avant le paiement de la dot, n'éteint point la renonciation de la fille; la condition de la dot, sous laquelle elle a renoncé, n'est point censée avoir manqué tant qu'il n'a tenu qu'à elle de la recevoir; et il est censé n'avoir tenu qu'à elle d'être payée, tant qu'on ne lui en a fait aucun refus.

A plus forte raison la renonciation subsiste si le père qui a promis la dot est mort avant l'expiration du terme dans lequel il étoit convenu de la payer. *Nec enim ibi intelligitur ulla mora fieri, ubi nulla petitio est.*

Lorsque le père et la mère ont promis une dot, soit conjointement, soit séparément, à une fille qui a renoncé, en conséquence, à la succession de l'un et de

l'autre, la mort de l'un, en demeure de payer, éteint la renonciation à sa succession, sans donner atteinte à la renonciation à la succession du survivant qui paiera la dot par la suite.

Si le père et la mère ont doté conjointement, ou chacun séparément, et qu'en conséquence la fille ait renoncé à la succession de l'un et de l'autre, ou même aux successions collatérales de ses frères et sœurs, l'inexécution de la promesse de la dot par l'un des deux éteint en entier les renonciations aux successions collatérales, quand même l'autre conjoint auroit, de son côté, payé la dot par lui promise. La raison en est que le prix de la renonciation à ces successions collatérales est tant la dot de l'un que celle de l'autre : il suffit donc qu'il y ait eu inexécution par l'un des deux pour que la condition, sous laquelle la fille a renoncé à ces successions collatérales, n'ait pas été remplie, et pour que cette renonciation soit sans effet.

Il en seroit autrement si le père et la mère avoient en la dotant stipulé, chacun séparément, sa renonciation à leur succession et aux collatérales ; en ce cas l'inexécution de la promesse de la dot, de la part de l'un des conjoints, ne feroit pas tomber la renonciation de la fille aux successions collatérales de ses frères et sœurs ; parceque chacun des conjoints ayant stipulé d'elle séparément cette renonciation, elle y a renoncé pour le prix de la seule dot de chacun des conjoints ; l'une ou l'autre dot est le prix de cette renonciation et non pas l'une et l'autre ; et, par conséquent, il suffit qu'elle ait reçu l'une des deux pour que sa renonciation soit valable, quoique la promesse de l'autre n'ait pas eu son exécution.

La seconde manière dont s'éteint la renonciation aux successions futures est si la personne, à la succession de qui l'enfant a renoncé, meurt dans le temps intermédiaire entre le contrat de mariage et la célébration; car comme c'est le mariage qui confirme toutes les conventions contenues au contrat, comme il n'y a point encore proprement de dot avant le mariage, *dos sine matrimonio intelligi non potest,* il s'ensuit que, lors de la mort de cette personne qui a donné ouverture à sa succession, la renonciation que l'enfant auroit faite à sa succession n'ayant point encore reçu sa perfection, n'a pu l'exclure de cette succession, et qu'en conséquence l'enfant a été saisi de la succession, et que la renonciation qu'il a faite est demeurée sans effet. Cette décision est conforme à celle de Dumoulin sur l'art. 305 de Bourbonnois: *Mors parentis post tractatum sed ante celebratas nuptias facit deficere exclusionem consuetudinis.....* Voyez un arrêt rapporté au *Journal du Palais.*

Elle a lieu aussi quand même la dot auroit été payée d'avance lors du contrat, car les mêmes raisons subsistent. Elle n'étoit pas encore dot tant que le mariage n'étoit pas accompli; toutes les conventions n'avoient point encore reçu leur perfection; l'enfant ne s'est donc point trouvé exclus lors de l'ouverture de la succession, et par conséquent il a succédé.

La troisième manière dont s'éteint la renonciation aux successions futures, est par le décès de ceux au profit de qui la renonciation est faite, pourvu qu'ils prédécèdent sans laisser d'enfants; car leurs enfants les représentent dans ce droit qui leur est acquis par

la renonciation de leur sœur, ce droit étant une dépendance de celui de succéder. Par exemple, si une fille a renoncé en faveur de ses frères au droit de succéder aux biens de son père, si tous ses frères sont morts avant le père commun sans qu'aucun deux ait laissé d'enfants, la renonciation n'aura aucun effet; au contraire, elle sera valable si un seul a survécu ou si un seul a laissé quelques enfants.

Pareillement, si la renonciation a été faite au profit d'un tel son frère aîné, et que ce frère aîné soit prédécédé sans enfants, la renonciation n'aura aucun effet.

Enfin la quatrième manière dont s'éteint la renonciation est le rappel, lorsque celui à la succession future de qui un enfant a renoncé le rappelle à sa succession.

Ce rappel léve entièrement l'obstacle de la renonciation, et fait admettre l'enfant rappelé à la succession, de la même manière que s'il n'avoit pas renoncé.

Ce rappel est une ordonnance de dernière volonté; d'où il suit: 1° qu'il est révocable jusqu'à la mort; 2° qu'il se fait par la seule volonté du père ou de la mère, qui rappelle à sa succession l'enfant qui y avoit renoncé, sans qu'il soit besoin d'aucune acceptation de la part de cet enfant, ni même qu'il en ait connoissance.

Est-il besoin que le consentement des frères, au profit de qui la renonciation est faite, intervienne? Non; cela suit encore de ce que nous disons, que le rappel est une ordonnance de dernière volonté;

car il est de la nature des ordonnances de dernière volonté d'être l'ouvrage de la volonté d'un seul. D'ailleurs le père qui, par le contrat de mariage de sa fille, la fait renoncer à sa succession, n'ayant pas besoin, pour stipuler cette renonciation, du consentement de ses fils, au profit desquels elle est faite, il n'en doit pas non plus avoir besoin pour révoquer cette renonciation par le rappel; le droit qui naît au profit des mâles de la renonciation de la fille, ne se confirme que par la mort de la personne, à la succession de qui elle a renoncé; par conséquent, les mâles n'ayant aucun droit avant la mort, on n'a pas besoin de leur consentement. C'est la disposition de la coutume de Poitou, art. 22, qui, par les raisons ci-dessus rapportées, paroît devoir être suivie dans les coutumes qui n'ont point de dispositions contraires.

Cet acte de rappel n'est ni un legs ni une donation, mais une simple révocation de la renonciation; de telle manière que le rappelé succède vraiment à titre d'héritier, *remoto renuntiationis impedimento.*

De là il suit que ce rappel peut se faire non seulement par testament, mais par quelque acte par écrit que ce soit.

Lorsqu'un père, en mariant sa fille, la fait renoncer tant à sa succession qu'aux successions collatérales de ses frères et sœurs, le rappel fait par le père lui rend le droit de succéder, non seulement à son père, mais même à ses frères et sœurs; car ce rappel révoquant la renonciation à la succession du père, *sublato principali tollitur et accessorium.*

Quid, si la fille a renoncé aux successions de père et mère et collatérales, et qu'elle ait été rappelée seulement par le père, et non par la mère, ce rappel lui donnera-t-il le droit de succéder à ses frères et sœurs? On peut peut-être faire ici la même distinction qui a été faite ci-dessus, lorsque nous avons traité de la première manière dont s'éteignent ces renonciations. Si les père et mère ont stipulé, chacun séparément, la renonciation à leurs successions et aux successions collatérales, la renonciation aux successions collatérales étant en ce cas une dépendance de celle du père ou de la mère, il suffit que la renonciation à l'une desdites successions subsiste, pour faire subsister celle aux successions collatérales. Que si, au contraire, la renonciation aux successions collatérales a été stipulée par les père et mère conjointement, à la suite de la renonciation à leur succession, cette renonciation aux successions collatérales ayant en ce cas pour fondement, non celle à chacune des successions du père ou de la mère, mais celle aux successions de l'un et de l'autre, il paroît suffire que la renonciation à la succession de l'un des deux soit révoquée par le rappel, pour entamer la révocation de celle aux successions collatérales.

§. IV. De l'exclusion de succéder que donnent certaines coutumes aux filles mariées.

Les coutumes sont différentes sur ce point. A Paris et à Orléans, les filles mariées, quelque considérable que soit la dot qu'elles aient reçue, ne sont point pour cela excluses de succéder; elles sont seulement obli-

gées de rapporter la dot à la succession de celui qui la leur a donnée.

Quelques coutumes excluent les filles mariées dotées des successions directes et non des collatérales; d'autres les excluent même des collatérales. Il y en a qui les excluent, n'eussent-elles été dotées *que d'un chapel de rose*. La coutume de Normandie exclut les filles mariées de la succession de leur père, quand même elles n'auroient reçu aucune dot.

Dans quelques coutumes, il faut que ce soit le père qui ait marié; dans d'autres, il n'importe. Dans quelques coutumes, comme Tours, Anjou et le Maine, l'exclusion des filles mariées n'a lieu qu'à l'égard des nobles.

Dans d'autres, comme Bourbonnois, elle a lieu indistinctement à l'égard de toutes personnes.

Ces exclusions n'ayant pas lieu, comme nous avons dit, dans les coutumes de Paris et d'Orléans, auxquelles nous nous attachons particulièrement, nous traiterons très sommairement cette matière, et nous nous contenterons d'observer: 1° que pour que cette exclusion ait lieu, il faut que la fille ait été mariée avant l'ouverture de la succession; il ne suffiroit pas qu'elle eût été fiancée, que le contrat contenant les conventions de mariage eût été passé; car ce n'est que le contrat de mariage qui l'exclut.

2° Dans les coutumes qui requièrent qu'elles soient dotées, il faut que la fille se trouve avoir reçu sa dot avant la succession ouverte, si ce n'est dans celles qui déclarent expressément qu'il suffit qu'elle ait été promise.

3° Cette renonciation a lieu, et à l'égard de la fille qui l'a faite, et à l'égard de tous ses descendants qui viendront par représentation d'elle.

4° Cette exclusion est au profit des mâles, frères desdites filles mariées; c'est pourquoi cette exclusion cesse s'il ne se trouve, lors de l'ouverture de la succession, aucun mâle ni représentation de mâle qui veuille l'accepter.

5° Cette exclusion n'a pas lieu si la fille mariée a été réservée, par le contrat de mariage, à la succession de ses père et mère.

6° Quoique la fille n'ait pas été réservée à la succession de ses père et mère, elle peut y être rappelée, et ce rappel lui rend le droit de succéder; ce rappel a cela de moins que la réserve, que celle-ci est irrévocable, au lieu que le rappel est révocable.

Il y a des coutumes qui ne permettent ce rappel que du consentement des frères qui y ont intérêt.

SECTION III.

Des choses auxquelles on peut succéder.

On distingue parmi les choses auxquelles on succéde, les meubles des immeubles; car il y a certains héritiers qui succédent aux meubles et non aux immeubles

On distingue aussi entre les immeubles, les acquêts des propres; et entre les propres, on distingue aussi ceux des différentes lignes.

Nous avons vu au *traité de la Division des biens*, quels biens étoient meubles, et quels biens étoient immeu-

3° Cette renonciation a lieu, et à l'égard de la fille qui l'a faite, et à l'égard de tous ses descendants qui viendront par représentation d'elle.

4° Cette exclusion est au profit des mâles, frères desdites filles mariées; c'est pourquoi cette exclusion cesse s'il ne se trouve, lors de l'ouverture de la succession, aucun mâle ni représentation de mâle qui veuille l'accepter.

5° Cette exclusion n'a pas lieu si la fille mariée a été réservée, par le contrat de mariage, à la succession de ses père et mère.

6° Quoique la fille n'ait pas été réservée à la succession de ses père et mère, elle peut y être rappelée, et ce rappel lui rend le droit de succéder; ce rappel a cela de moins que la réserve, que celle-ci est irrévocable, au lieu que le rappel est révocable.

Il y a des coutumes qui ne permettent ce rappel que du consentement des frères qui y ont intérêt.

SECTION III.

Des choses auxquelles on peut succéder.

On distingue parmi les choses auxquelles on succéde, les meubles des immeubles; car il y a certains héritiers qui succédent aux meubles et non aux immeubles

On distingue aussi entre les immeubles, les acquêts des propres; et entre les propres, on distingue aussi ceux des différentes lignes.

Nous avons vu au *traité de la Division des biens*, quels biens étoient meubles, et quels biens étoient immeu-

bles, quels immeubles étoient acquêts, et quels immeubles étoient propres: nous y renvoyons. Nous verrons, dans le chapitre suivant, quelles sont les personnes qui succédent aux acquêts, quelles sont les personnes qui succédent aux propres.

CHAPITRE II.

De l'ordre de succéder.

Nos lois ont gardé un ordre entre les parents pour leur déférer la succession de leurs parents.

Elle défèrent la succession d'un défunt: premièrement à ses enfants et descendants, préférablement à tous les parents de la ligne ascendante et à tous les collatéraux.

A défaut d'enfants, elles appellent les parents de la ligne ascendante, quelquefois préférablement à tous ceux de la ligne collatérale, quelquefois concurremment avec certains collatéraux; quelquefois elles préfèrent certains collatéraux aux ascendants

SECTION PREMIÈRE.

De la succession de la ligne descendante du défunt.

Par la loi de la nature, dont nos coutumes ne se sont point écartées, les enfants d'un défunt sont appelés à sa succession, préférablement à tous les autres parents.

La loi appelant à la succession d'un défunt ses des-

cendants, observe entre eux la priorité du degré, et elle y appelle le fils ou la fille d'un défunt, avant les enfants ou autres descendants de ce fils ou de cette fille. Pareillement, à défaut du fils, le petit-fils y est appelé avant ses enfants, qui sont les arrière-petits-enfants du défunt, etc. Les enfants d'un fils ou d'une fille du défunt, sont, à la vérité, exclus de la succession par leur père ou mère lorsque leur père ou mère se trouve, lors de l'ouverture de la succession, occuper son degré; mais lorsque leur père ou leur mère ne l'occupe pas, ces enfants ne sont point exclus par les autres fils ou filles du défunt; parceque la loi les fait entrer dans le degré qu'avoit occupé leur père ou leur mère, lequel se trouve vacant, et les rapproche, par ce moyen, au même degré des autres fils ou filles du défunt; c'est ce qui s'appelle le droit de représentation, dont nous parlerons dans le premier article de la première section.

Tous les enfants qui sont au même degré, soit de leur chef, soit par le bénéfice de la représentation, sont appelés ensemble à la succession du défunt.

Il faut en excepter un petit nombre de coutumes qui défèrent la succession entière d'un défunt à son fils aîné, à la charge par lui de départir une certaine portion des biens à ses puînés; telle est, par exemple, la coutume de Ponthieu.

Quoique dans les autres coutumes tous les enfants soient ensemble appelés à la succession du défunt, néanmoins la plupart des coutumes accordent dans la succession certains avantages à l'aîné: nous en parlerons dans l'article second.

ARTICLE PREMIER.

Du droit de représentation en ligne directe.

Le droit de représentation, à l'effet de succéder, peut être défini, une fiction de la loi, par laquelle des enfants sont rapprochés et placés dans le degré de parenté qu'occupoit leur père ou mère, lorsqu'il se trouvoit vacant, pour succéder au défunt en leur place, avec les autres enfants du défunt.

Ce droit de représentation, dans la ligne directe descendante, a toujours été en usage chez les Romains. Il paroît qu'il n'avoit pas lieu autrefois dans les provinces septentrionales du royaume, et même qu'il n'a commencé à avoir lieu à Orléans, que lors de la rédaction de la coutume, qui fut faite en 1509, ce qui résulte de l'article 244 de notre ancienne coutume: *En ligne directe représentation aura lieu, soit qu'elle soit accordée ou non par les père et mère.* Lesquels termes *aura lieu* donnent à entendre qu'ils établissent un droit nouveau, et qu'auparavant la représentation n'avoit lieu que lorsqu'elle étoit accordée par les père et mère. La représentation n'a commencé pareillement à avoir lieu à Paris, que lors de la rédaction de cette coutume, en 1510.

Enfin la représentation a été universellement reçue, à l'exception de quatre coutumes, Ponthieu, Boulonnois, Artois et le Hainaut, qui la rejettent, même en ligne directe.

Nous parlerons de cette espèce de représentation dans les trois premiers paragraphes de cet article, où

nous verrons: 1° quelles sont les personnes qui peuvent succéder par ce droit de représentation; 2° quelles sont celles qui peuvent être représentées; 3° quel est l'effet de cette représentation.

La seconde espèce de représentation, à l'effet seulement de partager, est le droit par lequel des petits-enfants, issus de différentes souches, quoique en égal degré entre eux, partagent la succession par souches et non par personne; *in stirpes non in capita:* nous en parlerons dans le paragraphe dernier.

§. I. Quelles personnes peuvent succéder par représentation.

La représentation a lieu à l'infini dans la ligne directe descendante; c'est pourquoi, non seulement les petits-enfants, *nepotes,* entrent dans le degré et de leur père ou mère qui se trouve vacant par leur décès ou autrement; mais si quelqu'un de ces petits-enfants étoit lui-même prédécédé, les enfants de ce petit-enfant, *pronepotes,* entrent pareillement dans ce degré, comme leur père y seroit entré, et y tiennent la place qu'il y auroit tenue; et si l'arrière-petit-fils étoit lui-même prédécédé, et eût laissé un enfant, cet enfant y entreroit de même; *et sic in infinitum,* autant que la représentation peut s'étendre.

Il n'est requis autre chose dans la personne de l'enfant qui succède par représentation, sinon qu'il soit habile à succéder, et qu'il n'en soit exclus par aucune des causes rapportées au chapitre précédent, section deuxième.

Au reste, il n'est pas nécessaire que les enfants qui succèdent par représentation aient été héritiers de

leur père ou mère qu'ils représentent. Quoiqu'ils aient renoncé à leur succession, ils ne laissent pas de pouvoir les représenter en la succession de leur aïeul. La raison est que la représentation ne fait rien autre chose que placer les représentants dans le degré de la personne représentée, lequel se trouve vacant; placés dans ce degré, ils reçoivent directement du défunt leur part en la succession; elle ne leur est point transmise par la personne représentée, laquelle, par son décès, n'ayant pu elle-même être héritière, n'a pu rien transmettre de cette succession; il n'est donc pas nécessaire qu'ils aient été héritiers de la personne qu'ils représentent. La coutume de Paris, art. 308, et la nôtre, art. 307, le supposent clairement.

§. II. Qui peut-on représenter.

La représentation, selon la définition que nous en avons donnée, consiste à mettre les représentants dans le degré et place de la personne représentée lorsque ce degré se trouve vacant: de là il suit qu'on peut représenter celui qui n'occupe plus son degré, et qu'on ne peut représenter celui qui l'occupe encore: de là est née la maxime qu'on ne peut représenter un homme vivant: *repræsentatio nunquàm est de personâ vivente;* Molin., *in not.* sur Maine 241. De là il suit que si un père laisse deux fils dont l'un accepte la succession et l'autre y renonce, les enfants de celui qui y a renoncé ne peuvent pas venir avec leur oncle à cette succession, par représentation de celui qui y a renoncé; ils ne peuvent représenter un homme vivant qui occupe son degré dans la famille.

Observez qu'on entend ici par un homme *vivant*, celui qui jouit de l'état civil; ceux qui l'ont perdu, soit par la profession religieuse, soit par une peine capitale, étant morts civilement, ne sont point regardés comme hommes vivants, la mort civile leur faisant perdre tout ce qui appartient à l'état civil, et par conséquent les droits de famille; ces personnes n'occupent plus leur degré dans la famille, leur degré est vacant; et, par conséquent, les enfants de ces personnes peuvent y être placés par représentation. Les enfants peuvent donc représenter leur père lorsque leur père est mort civilement, comme lorsqu'il est prédécédé.

Les enfants d'un fils exhérédé peuvent-ils le représenter lorsqu'il est vivant? La raison de douter est que l'exhérédation l'ayant dépouillé de son droit de succéder, il semble qu'il n'occupe plus son degré, et que ses enfants peuvent y être placés par la représentation, comme dans un degré vacant. La raison de décider est que les enfants de l'exhérédé ne peuvent pas le représenter lorsqu'il est vivant; elle se tire de la maxime qu'on ne peut représenter un homme vivant; que cet exhérédé, quoique exclus de la succession par l'exhérédation, n'est point privé de son état civil; qu'il occupe son degré dans la famille du défunt, quoiqu'il soit exclus de sa succession par une raison particulière; la représentation ne peut donc pas placer ses enfants dans ce degré, puisqu'il est rempli: d'ailleurs il éluderoit la peine de l'exhérédation, s'il pouvoit recueillir pour ses enfants sa part en la succession dont il est exclus.

Les enfants de l'exhérédé peuvent-ils le représenter, même lorsqu'il est prédécédé? La raison de douter est que la représentation consiste à faire succéder les représentants à la place de la personne représentée, et à leur faire avoir la même part en la succession qu'y auroit eue la personne représentée, si elle eût survécu, ainsi que nous le verrons ci-après. Or, l'exhérédé, s'il eût survécu, n'auroit eu aucune part dans la succession au moyen de son exhérédation; les enfants qui prétendent le représenter n'en peuvent donc prétendre aucune, et par conséquent inutilement le représenteroient-ils. La raison de décider au contraire est que la faute qui a fait mériter l'exhérédation à l'exhérédé lui étant personnelle, l'exhérédation qui en est la peine lui doit être personnelle, et ne doit point rejaillir par conséquent sur ses enfants, ni les empêcher de venir à la succession de leur aïeul, par représentation de leur père exhérédé; l'exhérédation n'ayant été portée que contre la personne de l'exhérédé, pour l'exclure personnellement de la succession, cette exhérédation est anéantie par son prédécès. Qu'est-ce donc qui peut les empêcher de venir à cette succession? A l'égard de l'objection qu'on fait que les représentants ne sont subrogés par la représentation qu'aux droits qu'auroit eus la personne représentée, si elle eût survécu, la réponse est que les enfants de l'exhérédé sont subrogés à la part que l'exhérédé, s'il eût survécu, auroit dû avoir sans l'exhérédation, qui ne doit plus être considérée par les raisons ci-dessus expliquées.

Tout ce que nous avons dit touchant les enfants de l'exhérédé reçoit pareille application à l'égard des en-

fants de l'indigne; il y a entière parité de raison; c'est pourquoi on doit pareillement décider que les enfants de l'indigne ne peuvent succéder par représentation lorsqu'il est vivant, mais qu'ils le peuvent lorsqu'il est prédécédé.

Les enfants de la fille mariée exclue de la succession, ou par la coutume, ou par sa renonciation, la représentent-ils? Il est constant qu'ils ne peuvent la représenter lorsqu'elle est vivante lors de l'ouverture des successions de ses père et mère, auxquelles elle a renoncé; cela est fondé sur la règle générale qu'on ne peut représenter un homme vivant, et sur ce que ces renonciations seroient illusoires si une fille mariée pouvoit recueillir pour ses enfants la part à laquelle elle a renoncé.

Il y a plus de difficulté lorsque la fille mariée a prédécédé son père ou sa mère à la succession de qui elle a renoncé. Dumoulin, sur l'article 123 de l'ancienne coutume de Paris, dit avoir pensé que ses enfants pouvoient la représenter; que la renonciation de leur mère ne pouvoit leur être opposée, parcequ'elle n'avoit pu renoncer que pour elle, et non pour ses enfants, qui, lorsqu'ils viennent à la succession de leur aïeul par représentation de leur mère, ne tiennent point de leur mère la part qu'ils y ont; *factum matris filios non ligat, quia mater non potuit renuntiare pro filiis, sed pro se tantùm.* Néanmoins le contraire a été jugé par deux arrêts rapportés par Louet, de 1564 et 1569, et Brodeau dit que celui de 1569 a fixé la jurisprudence. Lebrun atteste aussi que c'est la jurisprudence. La raison en est que ces renonciations des filles par leur

contrat de mariage, sont des lois de famille dont l'effet doit être perpétuel dans la famille, et ne se pas borner à la fille qui a renoncé, mais doit s'étendre à tous les descendants de cette fille. Au surplus, la dot qu'elle a reçue forme une exception péremptoire contre ses enfants ou petits-enfants, qui, après son décès, prétendroient la représenter dans la succession de leurs aïeuls ou bisaïeuls, puisque cette dot lui a été donnée pour lui tenir lieu ainsi qu'à eux de la part qu'ils prétendent avoir de ladite succession. *Duæ causæ lucrativæ non possunt concurrere in eâdem personâ.*

Il faut décider aussi que les enfants de la fille mariée qui est exclue par les coutumes de succéder ne peuvent pas la représenter, quoique prédécédée; il y a quelques unes de ces coutumes qui s'en expliquent, comme Tours, Bourgogne, Auvergne, etc.; et il le faut décider de même dans les coutumes qui ne s'en expliquent pas : l'esprit de toutes ces coutumes étant de conserver l'intégrité des biens à la race masculine, et par conséquent d'exclure la postérité des filles, aussi-bien que les filles elles-mêmes, lorsqu'elles auroient été pourvues par mariage.

§. III. De l'effet de la représentation.

L'effet de la représentation est de rapprocher les enfants d'un fils ou d'une fille prédécédée au degré qu'occupoit leur père ou leur mère dans la famille du défunt, et de les faire, en conséquence, succéder à la place de leurdit père ou mère avec les autres fils ou filles du défunt.

Si une succession est déférée à un fils et aux enfants d'un autre fils prédécédé, et que le fils renonce, la représentation qui place les enfants d'un fils prédécédé au degré de leur père aura-t-elle l'effet de leur donner le droit d'exclure les enfants de l'autre fils qui a renoncé à la succession? La raison de douter est que la représentation ayant été introduite pour admettre à la succession des enfants qui sont dans un degré plus éloigné avec ceux qui sont dans un degré plus proche, il semble qu'elle doit être bornée à cet effet, et qu'on ne doit pas lui donner celui d'exclure d'autres enfants qui sont au même degré. Néanmoins il faut décider que, dans cette espèce, les enfants qui succèdent par représentation de leur père ou mère prédécédés auront toute la succession, et excluront les enfants de l'autre fils qui a renoncé. La raison en est que, par la représentation, la succession a été déférée aux enfants du fils prédécédé, qui s'étant trouvés cohéritiers du fils renonçant, sa part leur est accrue par sa renonciation, suivant les articles 310 de Paris, et 359 d'Orléans, qui portent que *la part de l'enfant qui renonce accroît aux autres enfants héritiers.*

Les enfants d'un fils prédécédé excluent-ils les enfants d'un autre fils vivant, lequel est exhérédé? Pour l'affirmative, on dira que les enfants du fils prédécédé étant placés, par la représentation, au premier degré qu'occupoit leur père, ils se trouvent avoir une priorité de degré sur les enfants de l'exhérédé, qui ne se trouvent être qu'au second, et ne peuvent être rapprochés au premier, qui est occupé par leur père exhérédé qui est vivant; qu'ainsi les enfants du fils prédé-

cédé doivent les exclure. Pour la négative, on dira, au contraire, que la fiction de la représentation ne doit avoir lieu que pour le cas pour lequel elle est faite; qu'étant faite pour faire concourir les enfants d'un degré plus éloigné avec ceux qui se trouvent dans un degré plus proche, elle ne doit avoir lieu que lorsque la succession se trouvant déférée à un enfant du premier degré, il est nécessaire de rapprocher les enfants d'un degré plus éloigné au degré de leurs père et mère prédécédés, pour qu'elle puisse être déférée pareillement; mais que lorsqu'il ne se trouve aucun enfant dans un degré plus proche qu'eux à qui la succession pût être déférée, comme dans cette espèce où l'exhérédation du fils empêche qu'elle ne lui puisse être déférée, en ce cas, la succession pouvant être déférée au degré dans lequel ils se trouvent, sans le secours de la représentation, il ne doit point y avoir lieu à la représentation; ils ne doivent point être placés au premier degré qu'occupoit leur père ou mère prédécédés, et par conséquent ne se trouvant qu'au même degré de celui auquel se trouvent les enfants de l'autre fils exhérédé, ils ne doivent point les exclure. On réplique, pour la première opinion, en niant le principe sur lequel la seconde est fondée; savoir, qu'il ne doit point y avoir lieu à la représentation en faveur des enfants d'un fils ou d'une fille prédécédés que lorsqu'il y a un enfant du premier degré auquel la succession soit déférée; et on soutient, au contraire, qu'indistinctement, aussitôt que l'un de plusieurs fils meurt naturellement ou civilement, les enfants de ce fils prédécédé entrent dans le degré qu'il occupoit, sans attendre si,

lors de l'ouverture de la succession de leur aïeul, il se trouvera ou non d'autres fils ou filles à qui la succession soit déférée.

La représentation faisant succéder les représentants à la place de leur père ou mère qu'ils représentent, il s'ensuit qu'ils ne peuvent avoir tous ensemble que la même part et portion qu'auroit eue leurdit père ou mère, s'il eût survécu; ils ne peuvent jamais avoir plus.

C'est pourquoi, si un fils prédécédé avoit quelque chose en avancement de succession, ses enfants, qui le représentent, quoiqu'ils aient renoncé à la succession, seront obligés de rapporter ou précompter ce que leur père, qu'ils représentent, a reçu, de la même manière que leur père auroit été obligé de le rapporter.

Il n'est pas douteux que la représentation ne peut jamais donner aux représentants plus que n'auroit eu le représenté; mais leur donne-t-elle quelquefois moins? On fait à ce sujet la célèbre question de savoir si la représentation donne aux filles de l'aîné prédécédé le préciput d'aînesse qu'auroit eu leur père qu'elles représentent? Les coutumes se sont partagées sur cette question; il y en a, comme Reims, Laon, etc., qui le refusent, et n'admettent, en ce cas, les filles qui viennent par représentation de leur père qu'à une portion virile de la succession. La raison de cette décision paroît très plausible; la représentation peut bien faire succéder les filles de l'aîné, petites-filles du défunt, au degré qu'occupoit leur père; mais elle ne peut pas leur communiquer le sexe de leur père, ni par conséquent leur

faire passer le droit d'aînesse de leur père, inséparable de son sexe, ni les faire succéder au préciput d'aînesse, qui est un droit attaché au droit d'aînesse. Nonobstant ces raisons, les coutumes de Paris et d'Orléans, et plusieurs autres, décident que les filles de l'aîné représentent leur père au droit d'aînesse; la raison en est que la représentation substituant les représentants à la portion de la personne qu'ils représentent, ils doivent l'avoir telle que la personne représentée l'auroit eue elle-même; que les représentants ne succèdent point de leur chef, mais du chef de la personne qu'ils représentent. Ce n'est point dans leur personne qu'on doit rechercher ni le sexe, ni les qualités nécessaires pour succéder au droit d'aînesse, mais dans la personne qu'ils représentent, qui doit à cet égard être sur ce représentée.

La fille d'un aîné exhérédé prédécédé le représente-t-elle au droit d'aînesse? Oui; car elle doit avoir la portion telle qu'auroit eue son père sans l'exhérédation, laquelle est anéantie par son prédécès, ainsi que nous l'avons déja observé ci-dessus.

Doit-on suivre l'opinion embrassée par la coutume de Paris en faveur de la fille de l'aîné dans les coutumes qui ne s'en sont point expliquées? Il y a lieu de le penser, quelque plausible que paroisse la raison de l'opinion contraire : la raison est que cette décision en faveur de la fille de l'aîné n'a été insérée dans la nouvelle coutume de Paris que parceque la jurisprudence s'étoit fixée à cette opinion par un arrêt de 1550, rapporté par tous les auteurs : d'où il suit que cette disposition de la coutume de Paris ne doit point passer pour

une simple disposition locale, mais pour un point de jurisprudence qui doit conséquemment avoir lieu dans les coutumes qui ne s'en expliquent pas.

§. IV. De la représentation à l'effet simplement de partager.

Il y a une espéce de représentation qui n'a d'autre effet que de faire partager la succession par souches, et non par personnes.

Il y a lieu à cette espéce de représentation, lorsque plusieurs petits-enfants, issus de différents fils ou filles tous prédécédés, viennent ensemble à la succession de leur aïeul; il ne peut y avoir lieu, en ce cas, à la représentation à l'effet de succéder; tous ces petits-enfants étant tous en égal degré, n'ont pas besoin du secours de la représentation pour concourir ensemble à la succession de leur aïeul; mais il y a lieu à la représentation à l'effet de partager, parceque, dans le partage, les petits-enfants issus de chacune des différentes souches représentent tous ensemble la souche dont ils sont issus, et ne prennent tous ensemble que la part qu'auroit eue ladite souche, si ce fût elle qui eût succédé.

Cette distinction des différentes espéces de représentation sert à décider la question suivante.

Une personne laisse en mourant deux fils, qui renoncent l'un et l'autre à sa succession; cette succession ayant été depuis reconnue opulente par un retour de vaisseaux qu'on croyoit perdus, quatre petits-fils du défunt se présentent pour la recueillir; trois de ses petits-fils sont les enfants d'un des fils qui a renoncé, et le quatrième est le fils unique de l'autre fils

qui a pareillement renoncé; partageront-ils la succession par souches, de telle manière que l'un des petits-fils, enfant unique de l'un des fils, ait seul la moitié, et les trois autres aient tous ensemble seulement l'autre moitié? S'il n'y avoit point d'autre représentation que celle à l'effet de succéder, on ne pourroit pas dire qu'ils succéderoient par représentation; car la représentation à l'effet de succéder, consiste à faire entrer les petits-enfants dans le degré qu'occupoit leur père, ce qui ne se peut en cette espèce; car les pères de ces petits-enfants étant vivants et occupant leur degré, c'est le cas de la maxime qu'on ne peut représenter un homme vivant. Que si ces petits-enfants ne succédent pas par représentation des souches dont ils sont issus, il s'ensuivroit qu'ils devroient partager la succession *in capita*, par personnes; d'un autre côté, il est inouï qu'une succession se partage autrement que par souche, lorsque des petits-enfants de différentes souches succédent. La conciliation de tout ceci, est qu'il n'y a plus, à la vérité, dans cette espèce, lieu à la représentation à l'effet de succéder; mais qu'il y a lieu à une autre espèce de représentation, qui est à l'effet de partager. La maxime qu'on ne représente point un homme vivant, a lieu dans la première espèce de représentation, parcequ'on ne peut succéder et entrer dans le degré d'un homme vivant qui le remplit; mais rien n'empêche que, dans la représentation qui n'est qu'à l'effet de partager, on représente un homme vivant, c'est-à-dire que des petits-enfants de différents fils qui ont renoncé, représentent leur père dans le partage, à l'effet que

ceux qui sont nés de chacun desdits fils prennent tous ensemble la même part qu'auroit pris leur père, si c'étoit leur père qui eût succédé.

ARTICLE II.

Du droit d'aînesse.

La plupart des coutumes accordent un droit d'aînesse à l'aîné des enfants qui succède à leur père ou mère, ou autres ascendants. Elles sont fort différentes entre elles sur ce droit d'aînesse. Nous ne nous attacherons qu'aux coutumes de Paris et d'Orléans.

§. I. A qui les coutumes de Paris et d'Orléans accordent-elles le droit d'aînesse.

Les coutumes de Paris et d'Orléans accordent un droit d'aînesse au fils aîné, ou à ceux qui le représentent, dans la succession des biens nobles de ses père ou mère, ou autres ascendants. Elles accordent ce droit aux roturiers comme aux nobles.

Le fils aîné à qui ce droit est accordé, est celui qui, lors de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire lors du décès de celui dont la succession est à partager, se trouve l'aîné de ses enfants mâles; il n'importe qu'il y en ait eu d'autres nés avant lui, lorsqu'ils sont prédécédés ou morts civilement sans laisser de postérité qui les représente.

Le second fils auroit-il le droit d'aînesse, si le premier se trouvoit, à la vérité, vivant lors de la succession ouverte, mais étoit exhérédé? Je ne le pense pas.

ceux qui sont nés de chacun desdits fils prennent tous ensemble la même part qu'auroit pris leur père, si c'étoit leur père qui eût succédé.

ARTICLE II.

Du droit d'aînesse.

La plupart des coutumes accordent un droit d'aînesse à l'aîné des enfants qui succède à leur père ou mère, ou autres ascendants. Elles sont fort différentes entre elles sur ce droit d'aînesse. Nous ne nous attacherons qu'aux coutumes de Paris et d'Orléans.

§. I. A qui les coutumes de Paris et d'Orléans accordent-elles le droit d'aînesse.

Les coutumes de Paris et d'Orléans accordent un droit d'aînesse au fils aîné, ou à ceux qui le représentent, dans la succession des biens nobles de ses père ou mère, ou autres ascendants. Elles accordent ce droit aux roturiers comme aux nobles.

Le fils aîné à qui ce droit est accordé, est celui qui, lors de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire lors du décès de celui dont la succession est à partager, se trouve l'aîné de ses enfants mâles; il n'importe qu'il y en ait eu d'autres nés avant lui, lorsqu'ils sont prédécédés ou morts civilement sans laisser de postérité qui les représente.

Le second fils auroit-il le droit d'aînesse, si le premier se trouvoit, à la vérité, vivant lors de la succession ouverte, mais étoit exhérédé? Je ne le pense pas.

Il y a grande différence entre la mort civile et l'exhérédation. La mort civile faisant perdre au fils aîné son état civil, il n'est plus censé exister, il est retranché de la famille, il n'occupe plus sa place, et, par conséquent, lorsqu'il n'a point de postérité qui succède à sa place vacante par la mort civile, le puîné qui le suit peut y succéder et la remplir; il devient l'aîné, puisqu'il n'y en a aucun autre qui le précède, le mort civilement étant compté pour rien; il n'en est pas de même de l'exhérédation; elle exclut bien l'aîné exhérédé du droit de succéder aux biens de son père; mais elle ne le retranche pas de la famille, il y occupe sa place, et, par conséquent, le puîné qui le suit ne peut le précéder et se dire l'aîné.

A plus forte raison doit-on décider que le second fils ne peut prétendre le droit d'aînesse, lorsque le fils aîné a renoncé à la succession, quoique gratuitement; il y a dans cette espèce une raison de plus que dans la précédente pour exclure le second fils du droit d'aînesse, qui est qu'il a été déféré à l'aîné à qui la succession a été déférée; que cet aîné ayant renoncé à la succession, sa part, dont le droit d'aînesse faisoit partie, est accrue à tous les autres enfants héritiers, sans prérogative d'aînesse, suivant que le décident les articles 310 de Paris et 359 d'Orléans, qui disent que la part de l'enfant qui renonce, accroît aux autres enfants héritiers, sans prérogative d'aînesse; c'est le sentiment de Dumoulin, dont quelques auteurs se sont mal-à-propos écartés.

Le fils a le droit d'aînesse sur ses sœurs, quoiqu'elles soient ses aînées; lorsqu'il n'y a que des filles,

il n'y a point de droit d'aînesse. Paris, art. 19, Orléans, art. 89, *in fine*.

Il y a quelques coutumes contraires qui donnent, à défaut d'enfants mâles, le droit d'aînesse à la fille aînée; telle est celle de Tours.

Le fils né avant le mariage, et légitimé depuis, a le droit d'aînesse sur les enfants nés de ce mariage; l'a-t-il sur les enfants nés d'un mariage intermédiaire? Dumoulin décide avec raison qu'il ne l'a pas; et qu'au contraire, le fils aîné du premier mariage, quoique plus jeune que lui, a le droit d'aînesse sur lui. La raison en est évidente. Cet enfant né avant le mariage est réputé, par le mariage que son père contracte avec sa mère, enfant de ce mariage; ce mariage n'étant que le second mariage de son père, il est enfant du second mariage; il ne peut donc avoir le droit d'aînesse sur ceux du premier; car il répugne que l'enfant du second mariage soit l'aîné, par rapport à ceux du premier. Il est vrai qu'il est né avant ceux du premier, qu'il est plus âgé qu'eux; mais il est né à la famille de son père du jour du mariage avec sa mère; on ne doit compter son âge que depuis ce temps; et en le comptant ainsi, c'est-à-dire en fixant à ce temps sa naissance, il se trouve le puîné. Ajoutez à ces raisons, que l'enfant du premier mariage ayant été en possession du droit d'aînesse pendant le premier mariage, il ne peut pas en être dépouillé par le second. Lebrun est néanmoins d'un sentiment contraire.

Entre deux jumeaux, c'est celui qui est sorti le premier du sein de sa mère qui est le premier; car naître,

c'est sortir du sein de la mère; celui qui en est le premier sorti est donc le premier né, ou, ce qui est la même chose, l'aîné.

On doit s'en rapporter sur cela au témoignage des parents, soit exprès, soit tacite. Il est exprès, s'ils ont écrit sur leur journal ou ailleurs qui des deux est né le premier; il est tacite, lorsque l'un des deux jumeaux a toujours été dans la famille en possession de la qualité d'aîné; on peut aussi sur ce fait recourir au témoignage des accoucheurs, des gardes, et autres semblables personnes.

S'il étoit absolument incertain lequel des deux est l'aîné, par qui le droit d'aînesse pourroit-il être prétendu? Dumoulin décide qu'en ce cas le sort en doit décider. Lebrun, après Faber, dit que les deux jumeaux doivent ensemble partager le droit d'aînesse, ce qui ne se peut soutenir; car c'est admettre deux aînés dans une famille, et donner deux chefs à un même corps, ce qui répugne. J'inclinerois à décider qu'en ce cas le droit d'aînesse ne devroit être prétendu par aucun des deux, et qu'ils se feront obstacle mutuellement. Ma raison est que tout demandeur étant obligé de prouver le fait qui sert de fondement à sa demande, suivant cette maxime: *incumbit onus probandi ei qui dicit,* chacun de ces jumeaux qui prétendroit le préciput accordé par la coutume à l'aîné, seroit obligé de prouver qu'il est effectivement l'aîné: aucun des deux ne pouvant le prouver, parceque nous supposons le fait incertain, il s'ensuit qu'aucun des deux ne doit rien obtenir dans la demande de ce

préciput, et qu'aucun des deux ne doit l'avoir. Ce sentiment est d'autant plus favorable, qu'il ramène les choses à l'égalité entre les enfants.

Si l'un des jumeaux s'étoit fait céder les droits successifs de l'autre, pourroit-il prétendre, en ce cas, le préciput d'aînesse? Son moyen, en ce cas, est de dire que, s'il n'est pas certain lequel des deux est l'aîné, au moins il est certain que l'un des deux l'est; d'où il conclura que le préciput d'aînesse est dû à l'un des deux, et que réunissant en sa personne, par la cession qui lui a été faite, les droits des deux, le préciput accordé à l'aîné ne peut lui être contesté. Peut-être pourroit-on répondre que, de ce qu'il est certain que l'un des deux est l'aîné, on ne doit pas en tirer une conséquence que le préciput est dû à l'un des deux; car, pour que le préciput d'aînesse soit dû à un enfant, il ne suffit pas qu'il soit l'aîné, il faut de plus qu'il soit reconnu pour tel, et qu'il puisse justifier qu'il est effectivement l'aîné. C'est pourquoi il n'est dû à aucun des deux dans cette espèce, puisque aucun des deux ne peut justifier ce fait. N'étant dû à aucun des deux, la cession par laquelle l'un des deux a les droits de l'autre lui est inutile.

La coutume accorde le droit d'aînesse, non seulement à la personne de l'aîné, elle l'accorde pareillement aux enfants de l'aîné, qui le représentent en la succession de leur aïeul; ce qui a lieu quand même il ne seroit représenté que par des filles, suivant que nous l'avons vu, article premier, §. III.

Les enfants qui représentent l'aîné, prennent tous ensemble le préciput d'aînesse qu'auroit pris leur père;

mais dans la subdivision qu'ils font ensemble, l'aîné de la branche prend lui-même, sur ses frères ou sœurs, un droit d'aînesse. *Finge:* il y avoit dans une succession un manoir noble, et pour 40,000 livres d'autres biens nobles; les enfants de l'aîné, qui succèdent par représentation avec leurs oncle et tantes, prennent tous ensemble le manoir et la moitié des biens nobles qui montent à 20,000 livres, et dans la subdivision, s'ils sont au nombre de trois petits-enfants, l'aîné d'entre eux prendra le manoir et la moitié des fiefs échus en leur portion, c'est-à-dire 10,000 livres.

Que s'il n'y avoit que des filles qui représentassent le fils aîné, il n'y auroit point entre elles de droit d'aînesse dans la subdivision; ainsi le décide la coutume de Paris, art. 324 et art. 305. *S'il n'y a que filles, elles représentent toutes ensemble l'aîné, leur père, sans droit d'aînesse entre elles; et s'il y a mâles* (ajoute la coutume d'Orléans), *se partira la succession entre les enfants du fils aîné, le droit de prérogative gardé à l'aîné desdits enfants.*

La raison de ce préciput accordé à l'aîné dans cette subdivision, n'est pas (comme dit Lebrun) que cette subdivision doive être regardée comme un partage que font les enfants de l'aîné de la succession de leur père, dans laquelle il appartient à l'aîné d'entre eux un préciput; cette raison est fausse: cette subdivision est un partage qu'ils font de la succession de leur aïeul, et non de celle de leur père à qui ces biens n'ont jamais pu appartenir. Si cette subdivision étoit regardée comme un partage qu'ils font de la succession de leur père, ils ne pourroient y avoir part s'ils

n'eussent été héritiers de leur père; néanmoins il est certain qu'ils peuvent y avoir part, quoiqu'ils aient renoncé à la succession, comme nous l'avons vu en l'article précédent, §. premier; ils ne peuvent donc point être censés avoir partagé la succession de leur père par cette subdivision. Il ne faut point chercher d'autre raison de ce préciput accordé à l'aîné dans la subdivision que celle-ci : savoir, que les subdivisions des successions doivent se régler sur le partage principal, et qu'on doit observer les mêmes régles que dans le partage principal; d'où il suit, que de même que le partage principal doit se faire à la charge d'un préciput et droit d'aînesse en faveur de l'aîné; de même la subdivision doit se faire à la charge d'un préciput et droit d'aînesse en faveur de l'aîné de ceux entre qui se fait la subdivision.

De ce prince naît la décision de plusieurs questions : 1° On demande si le préciput doit avoir lieu dans la subdivision du lot échu à chacune des branches cadettes, comme il a lieu dans la subdivision de celui échu à la branche aînée? La raison de douter est que la coutume n'a parlé que de la subdivision de celui échu à la branche aînée. La raison de décider que ce préciput doit avoir lieu dans la subdivision des lots des branches cadettes, se tire de notre principe, qui milite également à l'égard de ces subdivisions, comme à l'égard de celle du lot de la branche aînée; c'est qu'elle n'a eu occasion de parler que de celle-là; il paroît par une sentence de 1689, rapportée par l'éditeur de la coutume de 1711, que c'est la jurisprudence de notre siége.

2° On demande si l'aîné des représentants, qui a

renoncé à la succession de son père, peut prendre ce préciput dans la subdivision? Lebrun, en suivant son faux principe, décide qu'il ne le peut: il faut au contraire décider qu'il le peut; car cette subdivision étant un partage de la succession de l'aïeul, et non de celle de son père, peu importe qu'il ait renoncé à la succession de son père.

3° On demande si ce préciput de la subdivision entre les petits-enfants qui viennent à la succession de leur aïeul par représentation de leur père, se régle, eu égard au nombre de ses petits-enfants qui s'est trouvé lors du décès du père, ou en égard à celui qui s'est trouvé lors de la succession de l'aïeul? Lebrun, en suivant son faux principe, dit que c'est eu égard au temps du décès du père: il faut dire au contraire que c'est eu égard au temps du décès de l'aïeul, puiqu'il s'agit dans cette subdivision du partage de la succession de l'aïeul, et non de celle du père.

4° On demande si l'aîné qui, dans la succession de son père arrivée avant la mort de l'aïeul, a déja pris un manoir, en peut prendre un autre dans cette subdivision? Il faut dire qu'il le peut, puisque c'est une autre succession que celle du père.

§. II. Sur quels biens les coutumes de Paris et d'Orléans accordent-elles un droit d'aînesse.

Les coutumes de Paris et d'Orléans n'accordent droit d'aînesse que sur les biens nobles.

Les biens nobles sont les fiefs et les franc-aleux nobles.

Il ne suffit pas qu'un héritage soit intrinséquement

un fief pour être sujet au droit d'aînesse, il faut que le défunt le tienne en fief. C'est pourquoi, si j'ai pris à cens ou rente un héritage féodal pour lequel le bailleur s'est réservé la charge de la foi, cet héritage, quoique intrinséquement féodal, ne se partagera pas noblement, et ne sera pas sujet au droit d'aînesse dans ma succession; parceque, quoique cet héritage fût intrinséquement un fief, je ne le tenois pas à titre de fief, mais je le tenois à cens ou rente du bailleur, qui s'en est retenu la foi. Au contraire ce droit de cens ou rente se partagera noblement, et sera sujet au droit d'aînesse dans la succession du bailleur à qui il appartient, et dans celle de ses successeurs; c'est la disposition des articles 345, 346 et 347 de notre coutume.

Le franc-aleu noble est celui auquel est attaché un droit de justice, de fief, ou de censive. Il n'y a que le franc-aleu noble qui se partage noblement; les autres héritages en franc-aleu, auxquels aucun de ces droits n'est attaché, se partagent sans droit d'aînesse, de même que les héritages tenus en censive.

Les rentes foncières, quoiqu'à prendre sur un fief, si celui à qui elles sont dues ne les tient pas à la charge de la foi, soit pour lesdites rentes, soit pour l'héritage sur lequel elles sont à prendre, ne sont point biens nobles, et se partagent sans droit d'aînesse.

Il faut dire la même chose, à plus forte raison, des rentes constituées, quoique assignées spécialement sur un fief, à moins qu'elles ne soient inféodées.

La créance d'un fief n'est pas proprement et en elle-même une chose féodale; néanmoins lorsqu'elle se doit terminer au fief même, elle se partage dans la suc-

cession du créancier comme une chose féodale, parceque, par rapport à l'effet qu'elle doit produire, elle se considère comme étant, en quelque façon, l'héritage même auquel elle se doit terminer suivant cette maxime: *Qui actionem habet, ipsam rem habere videtur.*

C'est pourquoi si, par exemple, le défunt avoit acheté un fief qui ne lui a pas été livré de son vivant, son fils aîné dans sa succession aura la même portion dans l'action, pour se faire livrer le fief, qu'il auroit eue dans le fief même s'il eût été livré au défunt.

Par la même raison, si le défunt a laissé dans sa succession une action de réméré ou une action rescisoire pour rentrer dans l'héritage féodal qu'il avoit vendu, l'aîné aura dans cette action son droit d'aînesse, en exerçant par ses puînés cette action de réméré ou cette action rescisoire, et il aura la même portion dans cet héritage, que si le défunt y étoit rentré de son vivant.

Lorsque le défunt a acheté un héritage qui ne lui a pas été livré de son vivant, quoique l'aîné eût sa part avantageuse dans l'action qu'avoit le défunt pour se le faire livrer, néanmoins il ne doit que sa part virile du prix. Il est vrai que le vendeur n'est pas obligé de le lui livrer qu'il ne lui paie le total du prix; mais l'aîné en a la répétition, sa part virile confuse, contre ses frères et sœurs qui en sont tenus, chacun pour leur portion virile, comme d'une dette de la succession; car le prix étoit dû par le défunt; et, comme nous le verrons par la suite, l'aîné n'ayant ce qu'il y a de plus que ses frères et sœurs que comme un préciput, il ne doit, comme les puînés, que sa portion virile des dettes de la succession.

Lorsque l'aîné exerce avec ses frères une action rescisoire qu'avoit le défunt, Dumoulin, art. 18, gloss. 1, v. 30, décide que l'aîné n'est tenu pareillement que pour sa portion virile, de la restitution du prix qu'il faut en ce cas rendre à l'acheteur, parceque la restitution de ce prix est une dette passive de la succession du défunt, qui se trouve avoir reçu ce prix *sine causâ*, le contrat pour lequel il l'avoit reçu étant rescindé. Lorsque le défunt a acheté un héritage qui ne lui a pas été livré de son vivant, et dont il devoit le prix, ce prix est une dette de sa succession, dont les puînés sont tenus pour leur part virile, quand même ils ne voudroient pas exercer l'action qu'avoit le défunt pour se faire livrer l'héritage; car de même que le vendeur, créancier de ce prix, auroit pu contraindre le défunt à payer ce prix, quand même le défunt auroit dit qu'il ne vouloit plus avoir l'héritage; de même l'aîné des enfants qui aura payé le prix au vendeur, étant subrogé en conséquence aux droits du vendeur, pourra répéter contre ses puînés leurs portions viriles de ce prix, quand même ils diroient qu'ils ne veulent point avoir leur portion de l'héritage.

Doit-on décider la même chose dans le cas auquel le défunt a laissé dans sa succession une action rescisoire contre la vente qu'il a faite d'un fief? L'aîné peut-il obliger les puînés à contribuer, pour leurs portions viriles, à la restitution du prix, quand même ces puînés diroient qu'ils ne veulent point exercer cette action rescisoire? La raison de douter est que, dans cette espèce, la restitution du prix n'est pas une dette absolue; mais seulement au cas que l'action rescisoire soit exercée,

le défunt n'auroit pas été obligé à cette restitution, dans le cas auquel il n'auroit pas voulu exercer sonaction rescisoire; les puînés, comme ses héritiers, n'y doivent donc pas pareillement être obligés lorsqu'ils ne veulent pas l'exercer. Je pense néanmoins qu'il faut décider que, si cette action rescisoire est avantageuse à la succession considérée en général, l'aîné, qui voudra exercer cette action, peut obliger ses puînés à l'exercer avec lui, et à contribuer, pour leurs portions viriles, à la restitution du prix. La raison est que c'est un principe général, que toutes les fois que des héritiers ont entre eux des intérêts différents pour exercer ou non des droits et actions de la succession, considérée en général, et lorsqu'il se trouve de l'intérêt de la succession ainsi considérée que l'action soit exercée, il ne doit pas dépendre de ceux qui ont un intérêt particulier à ne la pas exercer, qu'elle ne le soit pas.

Lorsque l'aîné exerce avec ses frères une action de réméré que le défunt avoit laissée dans sa succession, la restitution du prix que le défunt a reçu, ne peut, en ce cas, passer pour une dette de sa succession, le contrat, en vertu duquel le défunt a reçu le prix, n'est point rescindé; la restitution du prix n'est, en ce cas, autre chose qu'une charge de l'action de réméré, qui ne peut être exercée qu'à la charge de cette restitution du prix, et, par conséquent, l'aîné doit y contribuer à proportion de la part qu'il a dans l'action de réméré. Dumoulin le décide, art. 18, l. 1, n. 30.

La créance d'un fief, *actio ad feudum consequendum*, est regardée comme une chose féodale, lorsqu'elle se termine effectivement à faire avoir le fief. En est-il de

même lorsque, par l'inexécution de l'obligation du débiteur, elle ne se termine qu'en des dommages et intérêts? Je pense qu'il faut distinguer deux cas. Le premier est si, dès le temps de l'ouverture de la succession, le débiteur étoit hors d'état de remplir son engagement, et de livrer l'héritage féodal; *putà*, s'il avoit vendu au défunt un héritage qui ne lui appartenoit pas, et qu'il n'étoit pas en son pouvoir de livrer; ou si, après l'avoir vendu au défunt, il l'avoit vendu et livré à un autre acheteur, du vivant du défunt: en ces cas et autres semblables, je pense que la créance qu'avoit le défunt, lors de sa mort, contre le vendeur de l'héritage féodal, ne doit pas passer pour un bien féodal, ni se partager comme tel dans sa succession. La raison est que, si la créance d'un héritage féodal passe quelquefois pour un bien féodal, ce n'est pas qu'elle soit en elle-même quelque chose de féodal; mais c'est que, par anticipation, on considère en cette créance moins ce qu'elle est en elle-même, que la chose en laquelle elle se doit résoudre et terminer, qui est un héritage féodal. De là il suit que la créance d'un fief ne doit être considérée comme un fief, qu'autant qu'elle doit effectivement s'y terminer et s'y résoudre; et que, dès qu'elle ne s'y doit plus terminer, mais en des dommages et intérêts, par l'impossibilité où s'est mis le débiteur de remplir son engagement et de livrer le fief, dès-lors la créance du fief ne se peut plus considérer comme quelque chose de féodal, et ne doit se partager dans la succession du créancier, que comme un bien ordinaire.

Le second cas est si le débiteur de l'héritage féodal s'est mis, par son fait ou par sa faute, depuis l'ouver-

ture de la succession du créancier, hors d'état de remplir son obligation. En ce cas, je pense que la créance de l'héritage féodal doit se considérer et partager dans la succession du créancier, comme un bien noble, et que l'aîné doit avoir la même part dans les dommages et intérêts, qu'il auroit eue dans l'héritage féodal, s'il eût été livré. *Finge:* un père a acheté de son vivant un héritage féodal; il est mort avant qu'il lui ait été livré, et a laissé quatre enfants; le vendeur, depuis la mort de l'acheteur, se met, par son fait ou par sa faute, hors d'état de remplir son obligation; *putà*, il vend l'héritage qu'il avoit vendu au défunt à un second acheteur, et le lui livre; ou bien si c'est une maison qu'il avoit vendue, il la laisse brûler par sa faute; je dis qu'en ce cas, la créance, quoiqu'elle ne se puisse plus terminer qu'en des dommages et intérêts, doit se partager comme se seroit partagé l'héritage même qui en étoit l'objet, et que l'aîné doit avoir, non pas seulement un quart, mais la moitié desdits dommages et intérêts. La raison en est que l'aîné, lors de l'ouverture de la succession, dès l'instant de la mort du défunt, a été saisi pour moitié du droit qu'avoit le défunt de se faire livrer l'héritage que le vendeur pouvoit encore livrer. Il ne doit pas dépendre du fait et de la faute du vendeur de changer la condition de l'aîné, et de restreindre à un quart la portion de l'aîné dans l'action *ex empto* qu'avoit le défunt, après que l'aîné a été saisi de cette action pour moitié; d'ailleurs les dommages et intérêts dus par le vendeur doivent être à chacun des enfants, à proportion du tort qu'il a fait à chacun d'eux. Or, en se mettant, par sa faute, hors d'état de livrer l'héri-

tage, il a fait tort à l'aîné seul de la moitié de l'héritage qu'il auroit eue, et aux trois autres enfants ensemble de l'autre moitié qu'ils auroient eue en eux trois: ayant donc fait autant de tort à l'aîné seul qu'aux trois autres ensemble, l'aîné doit avoir autant de dommages et intérêts que les trois autres puînés ensemble; c'est-à-dire qu'il doit avoir la moitié. Ceci ne paroît pas souffrir de difficulté.

§. III. Comment les choses sur lesquelles l'aîné exerce son droit d'aînesse doivent-elles appartenir à la succession.

Non seulement les choses dont le défunt étoit déja propriétaire lors de l'ouverture de la succession, sont sujettes au droit d'aînesse; celles dont il n'étoit point encore propriétaire, mais qui lui étoient dues, sont pareillement sujettes au droit d'aînesse, lorsqu'en conséquence du droit que le défunt avoit d'exiger lesdites choses qu'il a laissées dans sa succession, elles sont, par la suite, avenues à ses héritiers; car, comme nous l'avons observé au paragraphe précédent, ce droit est, par anticipation, regardé comme la chose même à laquelle il se doit terminer. Nous n'en dirons rien davantage, en ayant parlé dans les paragraphes précédents.

Non seulement les choses dont le défunt a eu le droit de propriété sont sujettes au droit d'aînesse; celles dont il n'avoit qu'une propriété imparfaite et résoluble y sont pareillement sujettes; celles même dont le défunt n'étoit point du tout propriétaire, et dont il avoit seulement la possession civile, y sont su-

jettes jusqu'à ce qu'elles soient réclamées par le vrai propriétaire.

Des choses dont le défunt n'avoit qu'une propriété imparfaite.

Les choses dont le défunt n'avoit qu'une propriété imparfaite, révocable, sujette à rescision, ne laissent pas d'appartenir à sa succession, non pas parfaitement, mais imparfaitement, et de la même manière qu'elles appartenoient au défunt; l'aîné y doit par conséquent prendre son droit d'aînesse, pour l'avoir sous les mêmes conditions sous lesquelles la chose appartenoit au défunt. Par exemple, si le défunt avoit acquis un héritage féodal par un contrat contre lequel le vendeur auroit droit de se faire restituer, et qu'il meure avant que le vendeur ait songé à se faire restituer, le fils aîné prendra, en attendant, sa portion avantageuse d'aîné dans cet héritage, qu'il cessera d'avoir, lorsque le vendeur se sera fait restituer contre la vente qu'il en avoit faite au défunt.

De là naît la question de savoir quelle part aura l'aîné dans le prix que le vendeur restituera. Dumoulin décide fort bien qu'il n'aura que sa part virile dans le prix; c'est-à-dire égale à celle qu'auront ses puînés, et non une part proportionnée à la portion qu'il avoit dans l'héritage restitué au vendeur. La raison en est que les enfants ne reçoivent point ce prix comme le prix d'une chose qui leur appartient, et qu'ils rétrocédent au vendeur; car, par les lettres de rescision, le contrat de vente qui en avoit été fait au défunt est entièrement détruit, et l'héritage est censé n'avoir jamais appartenu ni au défunt ni à eux; ils ne reçoi-

vent cette somme, que comme une somme qui se trouve due à sa succession par le vendeur, qui se trouve l'avoir reçue du défunt *sine causâ*, le contrat pour lequel il l'avoit reçue étant détruit: par conséquent, l'aîné ne peut y avoir d'autre part que sa portion virile, comme dans toutes les autres dettes de la succession.

Si les enfants, pour ne pas souffrir la rescision du contrat, rapportoient le supplément du juste prix, Dumoulin décide que l'aîné ne devroit payer que sa portion virile dans ce supplément, quoiqu'il ait seul la moitié de l'héritage, par la raison que, comme nous le verrons par la suite, l'aîné ayant ce qu'il y a de plus que ses frères à titre de préciput, ne doit que sa portion virile dans les dettes de la succession. Or, il regarde ce supplément comme une dette du défunt, qui n'avoit pas payé tout ce qu'il devoit du juste prix de l'héritage. Cette décision de Dumoulin est juste.

S'il étoit de l'intérêt de la succession de suppléer ce juste prix, plutôt que de délaisser l'héritage; *putà*, s'il étoit devenu plus précieux depuis le contrat, l'aîné pourroit contraindre ses autres frères à suppléer à ce juste prix; mais s'il n'y a aucun avantage pour la succession à suppléer ce juste prix, plutôt que de délaisser l'héritage, l'aîné ne peut pas, pour son intérêt particulier, obliger les puînés à contribuer à ce supplément.

Si le défunt avoit acheté un héritage féodal à la charge de réméré, et que le réméré soit exercé après sa mort, Dumoulin, art. 18, gloss. 1, n. 31, décide que l'aîné doit avoir une portion proportionnée dans le prix du réméré à celle qu'il avoit dans l'héritage.

La raison en est que ce prix que le vendeur qui exerce le réméré, doit rendre, n'est point une chose qui fût due au défunt, c'est le prix de la rétrocession que les enfants de l'acheteur sont obligés de faire au vendeur qui veut exercer le réméré, en conséquence du droit de réméré qu'il a retenu sur cet héritage. Or, chacun doit avoir dans le prix de cette rétrocession, une portion proportionnée à la portion de l'héritage qu'il rétrocéde; l'aîné qui rétrocéde la moitié qu'il avoit dans cet héritage, doit donc avoir la moitié du prix.

Il faut décider la même chose lorsque le défunt a acquis un héritage féodal sujet à un droit de retrait féodal, ou de retrait lignager, ou à un droit de refus, et que quelqu'un desdits droits est exercé contre les enfants. L'aîné doit avoir, dans le prix du retrait, une portion proportionnée à celle qu'il avoit dans l'héritage retiré.

Lorsque le défunt a laissé dans sa succession une portion indivise d'un fief qu'il avoit en commun, soit avec sa femme, soit avec son cohéritier, soit avec quelque autre copropriétaire, il n'est pas douteux que tant que cette portion indivise demeure dans la succession, l'aîné y prend son droit d'aînesse. La question est de savoir si le fief étant depuis licité entre les enfants et le copropriétaire, et adjugé à ce copropriétaire, l'aîné doit avoir, dans le prix de la licitation, la même portion qu'il avoit dans l'héritage. La raison de douter est qu'on dit que les licitations, comme les partages, ont un effet rétroactif; qu'en conséquence le copropriétaire à qui l'héritage a été adjugé par licitation,

est censé en avoir toujours été le seul propriétaire, à la charge d'un retour en deniers qui seroit réglé par la licitation, et qu'en conséquence les enfants sont censés n'avoir succédé au défunt qu'à la créance de ce retour en deniers dans lequel l'aîné ne peut prétendre de droit d'aînesse. Nonobstant ces raisons, je pense qu'il faut décider que l'aîné doit avoir, dans le prix de la licitation, une part proportionnée à celle qu'il avoit dans l'héritage avant la licitation. Lorsqu'on dit que la licitation a un effet rétroactif, c'est parceque le cohéritier, ou copropriétaire qui se fait adjuger l'héritage en total, a eu, dès le temps qu'il a commencé d'être propriétaire par indivis, par la qualité de sa possession indivise, le droit de devenir, par la licitation, propriétaire du total; puisque la licitation n'est pas tant censée un nouveau titre d'acquisition, que l'exécution du titre originaire, par lequel ces cohéritiers ou copropriétaires ont ensemble succédé à l'héritage, ou l'ont acquis ensemble sous la condition tacite et naturelle de le liciter entre eux. D'où il suit que le cohéritier ou copropriétaire à qui l'héritage est adjugé par la licitation, est censé l'avoir même pour le total, en vertu d'un même titre par lequel il a commencé d'être propriétaire par indivis; d'où il suit qu'il ne doit point de profit pour la licitation, qui ne doit pas être regardée comme un nouveau titre d'acquisition; d'où il suit que si la portion indivise lui étoit échue par succession, le surplus étant censé lui provenir du même titre, lui seroit propre. Mais lorsque l'héritage a été adjugé par licitation au cohéritier ou copropriétaire qui l'avoit par indivis avec le défunt, il demeure

toujours vrai que le défunt est mort propriétaire de sa portion indivise de cet héritage, qu'elle s'est toujours trouvée dans sa succession, que son aîné a eu le droit, par conséquent, d'y prendre son droit d'aînesse; qu'il a été saisi de sa portion avantageuse qui lui appartient comme aîné, dans cette portion : ainsi, avec ses puînés et le cohéritier ou copropriétaire du défunt, parties licitantes, il doit avoir, dans le prix de la licitation, une partie qui réponde à celle qu'il avoit dans l'héritage licité.

Cette espéce fait naître une autre question, qui est de savoir si, sur la licitation, l'aîné et ses frères se rendant conjointement adjudicataires, l'aîné peut prétendre avoir sa portion avantageuse dans celle qui leur avient par la licitation, aux offres de payer au prorata le prix de la licitation? La raison de douter se tire encore de l'effet rétroactif des licitations et partages; on dira que le total est censé leur être échu de la succession de leur père, et que l'aîné doit exercer son droit d'aînesse sur tous les biens de la succession. Néanmoins je pense que la portion avenue par la licitation aux enfants qui se sont rendus adjudicataires conjointement, doit être partagée entre eux également, sans que l'aîné y puisse prétendre plus que les autres. La raison est que le droit de liciter est attaché à la portion indivise que chacun des enfants a dans l'héritage; que celui qui a la moindre portion indivise a un droit de liciter égal à celui qui a la portion la plus grande; que les puînés ayant eu un droit de liciter égal à celui de leur aîné, et s'étant rendus, conjointement avec lui, adjudicataires, ils doivent partager égale-

ment la portion qui leur est avenue par la licitation. A l'égard de l'objection qu'on fait sur l'effet rétroactif des partages, qui fait que la moitié qui leur avient par la licitation, est censée leur être avenue au même titre de succession auquel leur est avenue l'autre moitié, la réponse est qu'il suit seulement de ce principe, que la part qu'ils auront chacun dans celle qui leur est avenue par la licitation, sera censée leur être avenue au même titre que celle qu'ils avoient déja, à l'effet qu'ils ne payent point de profit, qu'elle leur soit propre; mais il ne s'ensuit pas que l'aîné prendra un droit d'aînesse dans cette portion comme dans l'autre, parcequ'il n'y avoit que l'autre qui fût effectivement de la succession.

Des choses dont le défunt n'étoit point en tout propriétaire, et n'avoit que la seule possession civile.

Quoiqu'un héritage n'appartînt point au défunt qui le possédoit, l'aîné ne laisse pas d'y prendre en attendant son droit d'aînesse, tant que le propriétaire ne le réclame point; car il est censé, en attendant, appartenir à la succession du défunt qui en étoit en possession; tout possesseur étant réputé propriétaire, tant que celui qui l'est effectivement ne paroît point. D'ailleurs la coutume donnant à l'aîné la moitié ou les deux tiers, suivant le nombre des enfants, *des héritages tenus en fief,* elle ne requiert autre chose, sinon que le défunt les *tînt* en fief; il suffit donc qu'il les tînt, qu'il les possédât, pour que l'aîné puisse y exercer son droit d'aînesse.

Au surplus, l'aîné a sa portion d'aînesse dans ces

héritages, de la même manière qu'ils appartenoient au défunt; c'est-à-dire jusqu'à ce qu'ils soient réclamés par celui qui en est le vrai propriétaire. Son droit cesse lorsque le vrai propriétaire se les est fait délaisser sur sa demande en revendication.

De là naît la question de savoir si l'aîné qui a été obligé avec ses frères de délaisser cet héritage, aura la même portion dans l'action de garantie contre celui qui l'a vendu au défunt, qu'il avoit dans l'héritage même? Il faut dire que non ; car cette action de garantie, quoiqu'elle ait pour objet l'héritage féodal, ne devant point se terminer à l'héritage, mais à des dommages et intérêts, ne peut être considérée comme étant en quelque façon l'héritage même, ni par conséquent comme étant quelque chose de féodal où l'aîné peut prétendre un droit d'aînesse.

Le droit d'aînesse qu'exerce l'aîné sur un héritage féodal que le défunt possédoit sans en être propriétaire, cesse non seulement lorsque cet héritage est revendiqué par un tiers, qui est le vrai propriétaire, il cesse aussi si les enfants, depuis la succession échue, deviennent eux-mêmes propriétaires, *ex novâ causâ*; comme si celui qui en étoit effectivement le propriétaire le leur a légué, ou s'ils sont devenus ses héritiers.

Quid, si le vrai propriétaire déclaroit qu'il consent que son héritage qui a été vendu au défunt, appartienne à ses enfants, et qu'il approuve la vente qui leur en a été faite? Dumoulin fait une distinction : si celui qui a vendu l'héritage au défunt, l'avoit vendu, quoique sans pouvoir, au nom de ce vrai propriétaire, en ce cas il convient que, quoique les enfants ne de-

viennent propriétaires que par cette ratification, intervenue depuis la mort de leur père, néanmoins l'aîné doit conserver à toujours son droit d'aînesse dans cet héritage, parceque cette ratification du propriétaire, au nom duquel l'héritage a été vendu, a un effet rétroactif au temps du contrat, suivant la régle, *ratihabitio mandato comparatur;* de telle manière que le défunt est censé l'avoir véritablement acheté de ce propriétaire, et l'avoir transmis dans sa succession; sinon la propriété de l'héritage, au moins le droit résultant du contrat de vente qui lui a été fait, lequel devant se terminer, comme il s'y est effectivement terminé, par la ratification à la propriété de cet héritage, pouvoit, par anticipation, passer pour l'héritage, suivant nos principes ci-dessus.

Que si la vente qui a été faite au défunt n'a pas été faite au nom de ce vrai propriétaire, Dumoulin pense qu'en ce cas l'héritage doit appartenir aux enfants par portions égales, à moins que l'aîné ne justifiât que le propriétaire qui a fait cette déclaration, a une autre intention. La raison est qu'en ce cas, les enfants ont cet héritage, non en vertu de la vente qui a été faite à leur père, mais *ex novâ causâ*; le consentement que donne, en ce cas, le propriétaire ne pouvant pas passer pour une ratification qui ait un effet rétroactif au contrat de vente, qui n'a point été fait en son nom.

Si, depuis la mort, le propriétaire, dont le défunt possédoit l'héritage, étoit devenu l'héritier de celui qui l'a vendu au défunt, il n'est pas douteux, en ce cas, que l'aîné conserveroit son droit d'aînesse dans cet héritage; car il ne résulte pas de cet événement une acquisition

que fassent les enfants de cet héritage, *ex novâ causâ;* mais il en résulte seulement un obstacle contre la revendication que le propriétaire en auroit pu faire; chacun des enfants en doit profiter pour la part dont chacun d'eux est saisi, l'aîné pour la sienne qui est plus grande, et les puînés pour la leur.

§. IV. En quoi consiste le droit d'aînesse sur les héritages qui y sont sujets.

Le droit d'aînesse consiste : 1° dans un manoir, c'est-à-dire une maison à demeurer, que l'aîné a droit de choisir parmi toutes celles de la succession; 2° dans une certaine quantité de terre, réglée par les coutumes, autour dudit manoir; 3° dans une portion avantageuse dans le surplus des biens nobles, que nos coutumes de Paris et d'Orléans réglent à deux tiers, quand il n'y a que deux enfants, et à la moitié, quand il y en a un plus grand nombre.

Du manoir.

Nos coutumes entendent par manoir une maison à demeurer. C'est pourquoi, s'il se trouve dans la succession une grange seule, ou un moulin seul, l'aîné ne pourroit pas prendre cette grange ni ce moulin pour son manoir; car une grange et un moulin n'étant pas faits pour la demeure des hommes, ne peuvent passer pour manoir.

Que si le moulin contenoit une chambre pour la demeure du meunier, il pourroit passer pour manoir.

Le terme de *manoir* comprend, tant les maisons de ville que de campagne : l'aîné peut choisir une maison

de ville, aussi bien qu'une maison de campagne, lorsqu'il s'en trouve dans la succession. La coutume dit que l'aîné a le manoir, ainsi qu'il se comporte et poursuit.

Par ces termes, *ainsi qu'il se comporte,* elle entend que l'aîné le prend en l'état qu'il est. S'il est en mauvais état de préparations, il ne peut pas prétendre en être récompensé, ni que ses puînés soient tenus de contribuer à le réparer.

Par ce terme *poursuit*, la coutume entend que l'aîné a tout ce qui fait partie dudit manoir, tout ce qui est au nombre de ses appartenances et dépendances.

Néanmoins, si dans ce que renferme le manoir il y avoit quelque petit terrain qui ne fût pas en fief, il n'appartiendroit pas à l'aîné, qui devroit faire, en ce cas, raison à ses puînés des parts viriles qui appartiennent à chacun d'eux dans ce terrain ; car l'aîné ne peut exercer son droit d'aînesse que sur ce qui est tenu noblement.

Il ne peut pas y avoir de difficulté sur ce qui compose un manoir de ville et en fait partie, si ce n'est peut-être sur certaines choses dont on doute si elles sont meubles, ou si elles font partie d'une maison. Voyez, à cet égard, le traité de la division des choses.

A l'égard de ce qui compose un manoir de campagne, la coutume de Paris, art. 13, s'en explique. Elle dit: *Le château ou manoir principal, et basse-cour attenante et contiguë destinée à icelui, encore que le fossé du château, ou quelque chemin, fût entre deux.*

Le manoir est donc composé: 1° du château ou logis du maître (*prætorium*), offices, cuisines, écu-

ries, remises; 2° la cour de ce château, contenue dans le circuit des murs ou fossés; 3° les fossés, car ils font partie du château, dont ils composent la clôture.

S'il y a de l'eau et du poisson dans les fossés, ce poisson appartient à l'aîné, comme faisant partie des fossés, et par conséquent des manoirs. Voyez le traité de la division des choses en meubles et immeubles.

4° La basse-cour, ce qui comprend les bâtiments destinés pour l'exploitation des terres, tels que sont les granges, pressoirs, étables, bergeries, logis des serviteurs et servantes de labour.

La coutume de Paris a fort bien observé que la basse-cour ne laissoit pas d'être censée faire un seul manoir avec le château, quoiqu'il y eût un chemin public entre l'une et l'autre.

L'ancienne coutume de Paris réputoit aussi le jardin, quelque grand qu'il fût, faire partie du manoir, et l'accordoit à l'aîné. Elle s'exprimoit ainsi, art. 8: *Le fils aîné prend le principal manoir avec le jardin, selon sa clôture, tenu en fief; s'il n'y a jardin, un arpent.*

La coutume réformée de Paris a restreint le droit de l'aîné, par rapport au jardin, à un arpent, par ces termes de l'art. 13, *et outre un arpent de terre de l'enclos ou jardin.*

Cette restriction de la coutume de Paris doit être suivie dans les coutumes qui ne s'en expliquent pas; et elle est d'autant plus nécessaire, que le luxe, qui augmente de jour en jour, porte les particuliers à se faire des jardins et des parcs d'une étendue immense. *Jam pauca aratro jugera regiæ moles relinquent.*

Cela ne peut pas faire de question dans notre coutume, qui suppose assez clairement, en l'article 96, que l'aîné ne peut avoir plus d'un arpent en jardin ou enclos, lorsqu'elle dit: *Si ès successions y a un seul fief, consistant seulement en un manoir, avec basse-cour et enclos d'un arpent...*

Il n'est pas douteux que le four ou pressoir, qui n'est destiné que pour l'usage du père de famille, et qui se trouve dans l'enclos que renferme le manoir, fait partie de ce manoir, et appartient en entier à l'aîné. En est-il de même d'un four ou d'un pressoir banal? Les coutumes de Paris, art. 14, et d'Orléans, art. 92, distinguent fort bien le corps du four ou du pressoir, et le droit de banalité; elles décident que le corps du four ou du pressoir, se trouvant dans l'enclos du manoir, en fait partie, et en conséquence appartient en entier à l'aîné; mais qu'il n'a que sa portion avantageuse des deux tiers ou de la moitié, suivant le nombre des enfants, dans le droit de banalité, parceque ce droit est un être intellectuel, une chose incorporelle distinguée du corps du four ou du moulin où ce droit s'exerce, et qui ne fait point, par conséquent, partie du manoir.

Lesdites coutumes, auxdits articles, décident la même chose pour le moulin, quoique non banal, qui se trouveroit situé dans le manoir; elles décident que le corps dudit moulin appartient bien en entier à l'aîné; mais que le profit qui se retire dudit moulin ne lui appartient point en entier, et se partage, comme le reste des biens féodaux, entre lui et ses frères et sœurs. La raison est que l'aîné ne peut prétendre comme dépendance du manoir, que ce qui est destiné pour l'usage

du père de famille. Or, un moulin n'est pas destiné pour l'usage du père de famille, il ne sert pas à moudre seulement ses grains, mais il est destiné à moudre pour le public, et à produire un revenu comme les autres parties intégrantes du fief.

Il n'en est pas de même d'un colombier. Un colombier est destiné pour l'usage du père de famille; et ce n'est que par accident qu'il s'afferme, lorsque le père de famille n'étant pas sur le lieu, n'en peut pas jouir par lui-même. C'est pourquoi nulle difficulté que les puînés n'y peuvent rien prétendre.

Nos coutumes accordant part aux puînés dans les revenus du moulin banal ou non banal, et dans ceux du four et du pressoir banal, il s'ensuit que ces puînés, qui ont part au profit, doivent porter une part proportionnée dans les charges. Nos coutumes, aux articles ci-dessus cités, s'en expliquent: *Et sont tenus les puînés contribuer aux frais de moulants, tournants et travaillants dudit moulin, corps du four et pressoir, et ustensiles d'iceux.*

Qu'entendent les coutumes par ces termes, *contribuer aux corps de four et pressoir?* Est-ce à dire qu'ils doivent contribuer aux réparations qui seroient à faire au corps de four ou pressoir, puisqu'il sert à l'exercice de la banalité, dont ils partagent les profits? L'aîné ne pourroit-il pas même prétendre plus; savoir, que les puînés qui, ayant part au profit de la banalité, doivent contribuer à tout ce qui sert à son exercice, lui dussent payer, pour la part qu'ils ont dans le profit de la banalité, le loyer du corps du four ou pressoir, qu'il fournit seul pour l'exercice de la banalité, puis-

que ce corps du four ou du pressoir appartient à lui seul? Et en ce cas, recevant le loyer, il devroit être chargé seul des réparations.

Les puînés, de leur côté, peuvent prétendre que l'aîné devant contribuer seul, pour la moitié, aux ustensiles, puisqu'il a la moitié du profit, et ne se trouvant propriétaires que d'une portion virile dans les ustensiles qui se sont trouvés dans la succession, lesquels sont des meubles, il doit racheter d'eux ce qui manque de la portion pour laquelle il doit contribuer auxdits ustensiles, ou leur en payer le loyer.

Quoique les coutumes accordent aux puînés leur part dans les revenus des fours et pressoirs banaux, et du moulin banal ou non banal, elles permettent néanmoins à l'aîné de retenir le total, en récompensant ses puînés, soit en héritages de la succession, soit en deniers.

On ne doit pas comprendre parmi ce qui fait partie du manoir les droits de justice et de mouvances féodales et censuelles. Il est vrai que l'exercice de ces droits se fait au château ou principal manoir; mais ces droits sont en eux-mêmes quelque chose de très différent du château, puisque ce sont des êtres incorporels et intellectuels; ces droits sont des parties intégrantes du fief, dans lesquelles l'aîné n'a droit d'avoir que sa portion avantageuse, comme dans le reste du fief. Il est néanmoins de la prudence du commissaire au partage de ne les pas diviser, et de les assigner en entier dans le lot de l'aîné, en récompensant les puînés en autres héritages.

A l'égard du droit de patronage, Duplessis pense

qu'il doit appartenir à l'aîné en entier; ce n'est pas qu'il fasse partie du manoir, car il est attaché à l'universalité de la terre; mais c'est que ce droit est indivisible, et qu'il consiste en des honneurs qui ne sont point appréciables à prix d'argent.

Les coutumes, outre le manoir, accordent encore à l'aîné une certaine quantité de terres autour du manoir, qu'elles appellent vol de chapon, comme qui diroit ce que peut parcourir de terre un chapon volant. Cette quantité de terre est différemment réglée par les coutumes; celles de Paris et d'Orléans le fixent à un arpent.

Voici comme s'explique celle de Paris : *Au fils aîné appartient par préciput le château ou manoir...; et en outre à lui appartient un arpent de terre de l'enclos ou jardin joignant ledit manoir, si tant il y en a.*

Lorsque le jardin ou enclos est spacieux, l'aîné ne peut donc y prendre qu'un arpent, et cet arpent doit être pris dans le terrain le plus proche du manoir, suivant qu'il résulte de ces termes *joignant ledit manoir.*

Si le jardin ou enclos joignant le manoir contenoit moins d'un arpent, l'aîné devroit s'en contenter, et ne pourroit point prétendre de supplément; c'est ce qui résulte de ces termes *si tant il y en a.*

Il en résulte aussi que, s'il n'y avoit aucun jardin ni enclos qui dépendît du manoir, l'aîné n'auroit point de vol de chapon, et ne pourroit pas demander un arpent de terre aux environs du manoir; car la coutume lui donne, non un arpent *indefinitè,* mais un arpent de l'enclos ou jardin, *si tant il y en a;* donc s'il n'y en a point, il ne doit rien avoir.

Que s'il n'y avoit point de manoir, la coutume de Paris, art. 18, lui accorde un arpent de terre où il voudra au lieu de manoir. *S'il n'y a manoir principal en un fief..... ains seulement terres labourables, le fils aîné peut avoir un arpent de terre en tel lieu qu'il voudra.....*

C'est une question s'il ne peut prendre, en ce cas, qu'un arpent de terre nue. Dumoulin, sur l'art. 11 de l'ancienne coutume de Paris, gl. 1, n. 1, suppose qu'il peut prendre cet arpent en vignes, en pré, aussi bien qu'en terres d'autre nature. Il fait plus de difficulté à l'égard des terres plantées en bois de haute-futaie; néanmoins il décide qu'il peut prendre son arpent en cette nature, non pas néanmoins indistinctement, mais seulement dans le cas où il resteroit dans la succession assez de bois de haute-futaie pour que les cadets en eussent au moins pour eux tous un arpent.

A l'égard d'une terre où on auroit fait un étang, ou dans laquelle on auroit ouvert une mine ou une carrière, ou sur laquelle il y auroit un moulin, ou quelque autre édifice construit, il convient que l'aîné n'y peut pas prendre son arpent, à moins qu'il n'offrît de transférer, à ses dépens, l'étang ou l'édifice dans un autre lieu aussi commode. Ses raisons sont que ces termes de la coutume, *peut avoir un arpent de terre*, ne signifient pas un terrain bâti, ou sur lequel on ait établi des ouvrages, tels que sont des mines et des carrières. *Debet intelligi de simplici spatio terræ.* Il tire encore un argument de ces autres termes de la coutume, *où il n'y a que terres labourables*, pour en conclure que la coutume a entendu que cet arpent seroit

de terrâ arabili, non autem quandò alia notabilis qualitas accederet excedens valorem, et rationem simplicis terræ. Facit (ajoute-t-il), *quod in materiâ strictâ appellatione simplici, non venit simplex qualificatum.*

Ceux qui ont écrit depuis Dumoulin sur la coutume de Paris, Brodeau, Ricard, Lemaître, ont encore restreint son sentiment. Ils prétendent que l'aîné ne peut prendre son arpent en bois, en pré, en vignes, qu'à défaut de terres labourables. Les raisons même de Dumoulin, rapportées ci-dessus, peuvent servir à établir ce sentiment, qui seroit encore beaucoup plus incontestable, s'il étoit vrai, comme ils le conjecturent, que l'esprit de la coutume, en accordant à l'aîné cet arpent, a été de lui donner une place pour se construire un manoir, n'en trouvant point dans la succession.

Observez que cet arpent de terre n'étant accordé par la coutume, qu'à défaut d'un manoir, s'il s'en trouve un dans la succession, quel qu'il soit et en quelque mauvais état qu'il soit, il doit s'en contenter, et il ne seroit pas recevable à le laisser pour prendre ailleurs un arpent de terre. C'est ce qui résulte de ces termes de la coutume, *s'il n'y a manoir principal.* Dumoulin décide ainsi, art. 18, gl. 1, *in principio.*

Il résulte des mêmes termes, comme l'observe Dumoulin, *dicto loco*, qu'une cabane de berger ne peut passer pour manoir.

Passons à la coutume d'Orléans. Elle s'explique ainsi touchant le vol du chapon, *prendra un manoir... avec le vol du chapon estimé à un arpent de terre à l'entour dudit manoir, s'il y a tant de terre féodale joignante ledit manoir.*

Cet arpent de terre se prend dans le jardin ou enclos, s'il y en a un qui dépend du manoir; s'il n'y en a point, l'aîné ne laissera pas de prendre cet arpent, s'il se trouve de la terre joignant le manoir suffisamment pour fournir ledit arpent. Pareillement, si le jardin est de moindre contenance, il pourra prendre de quoi parfaire l'arpent dans la terre féodale joignante.

Pour fournir cet arpent, on doit, comme l'observe Delalande, poser la chaîne en dehors des fossés, ou autre clôture du manoir; si le manoir n'a point de clôture, on pose la chaîne au pied du mur de la maison.

L'aîné prend cet arpent en quelque nature de terre que se trouve la terre joignante le manoir, soit en vignes, soit en verger, soit en futaies, etc.

La terre ne laisse pas d'être censée joignant le manoir, quoiqu'il y ait un chemin public entre l'un et l'autre.

L'arpent de terre est accordé à l'aîné par notre coutume, comme un accompagnement et un accessoire du manoir; c'est pourquoi, s'il n'y a point de manoir, l'aîné ne pourra prétendre rien pour le vol du chapon. C'est ce qui résulte de ce terme *avec le vol,* etc. C'est le sentiment de Delalande et de l'auteur des notes de 1711. Notre coutume n'a point adopté la disposition de la coutume de Paris, qui donne un arpent de terre à défaut de manoir. Il nous reste à observer que cet arpent se règle suivant la mesure qui a lieu dans le territoire où le manoir est situé.

Si l'aîné peut prendre pour son manoir la créance d'un manoir ou une rente à prendre sur un manoir.

La créance d'un héritage, lorsqu'elle doit se terminer à avoir l'héritage, étant, suivant que nous l'avons déja observé, considérée, par anticipation, comme étant, en quelque façon, l'héritage même auquel elle doit se terminer; il s'ensuit que, si quelqu'un a laissé dans sa succession la créance d'un manoir féodal, *putà*, s'il a acheté une maison tenue en fief qui ne lui a point été livrée de son vivant, son fils aîné pourra prendre pour son manoir cette créance, et se faire livrer par le vendeur la maison qu'il a vendue au défunt.

C'est une autre question si l'aîné peut prendre pour son manoir une rente seigneuriale qui se trouve dans la succession à prendre sur un manoir. *Finge*, une personne donne à rente une maison féodale en s'en retenant la directe et la charge d'en porter la foi, et laisse cette rente dans sa succession; l'aîné pourra-t-il la prendre pour son manoir? Notre coutume, art. 93, décide qu'il le peut; la raison est que la seigneurie directe du manoir sur lequel la rente est à prendre étant attachée à cette rente, cette rente peut, en quelque façon, être considérée comme le manoir même sur lequel elle est à prendre, puisque celui à qui appartient cette rente est le seigneur direct de ce manoir.

Notre coutume se contente même qu'il reste une masure, ou apparence de manoir sur laquelle cette rente soit à prendre, pour que l'aîné puisse prendre cette rente à la place d'un manoir.

Suivant ce même principe, elle décide en l'article

suivant que si la rente seigneuriale est à prendre, tant sur un manoir que sur des terres qui en dépendent, l'aîné pourra prendre, en ce cas, dans cette rente, au lieu et place de manoir, une portion de cette rente proportionnée à ce qu'est le manoir et vol de chapon, par rapport aux autres terres sur lesquelles la rente est à prendre, sauf à partager avec ses puînés le surplus de ladite rente, comme se partagent les biens féodaux.

Ces dispositions de nos coutumes d'Orléans doivent-elles être suivies dans les autres coutumes qui ne s'en expliquent pas? Je ne le pense pas. Le manoir est donné par les coutumes à l'aîné pour l'habiter; et par conséquent les coutumes n'ont entendu parler que d'un manoir en nature, et non pas d'une rente à prendre sur un manoir. La question peut souffrir difficulté, et M. R. est d'avis contraire au nôtre.

Si l'aîné peut prendre un manoir dans chacune des successions de père, mère, aïeul, etc.

Notre coutume, art. 97, a apporté une limitation au droit de l'aîné touchant le manoir, qui est, *qu'il ne peut demander prérogative d'aînesse, quant au manoir, qu'une fois seulement, c'est à savoir en succession de père, ou en succession de mère.*

La coutume de Lorris, tit. 1, art. 24, contient la même disposition mot pour mot. Elle ajoute : *Toutefois si lesdites deux successions avenoient audit fils, et il n'y eût qu'un manoir commun entre le père et la mère, conquêt de leur communauté, quand viendra à la succession du dernier décédé, l'aîné prendra l'autre moitié du-*

dit manoir, qui ne seront, en ce cas, réputés que pour un manoir.

La coutume de Dunois, art. 10, contient la même disposition et semblable explication. Après sa disposition conçue en mêmes termes que celle de notre coutume, elle ajoute, *pourvu que tel manoir soit entier.*

Cette explication doit-elle être suivie dans notre coutume, et en conséquence l'aîné qui a pris par préciput la moitié d'un conquêt dans la succession du premier décédé de ses père et mère, peut-il prendre l'autre moitié du même conquêt qui se trouve dans la succession du dernier décédé? Je pense avec Delalande qu'il le peut. La coutume de Lorris n'ayant autrefois fait qu'une seule et même coutume, elles doivent se servir d'interprétes l'une à l'autre. Cette interpétation est encore fortifiée par une pareille interprétation, qui se trouve dans la coutume de Dunois, voisine de la nôtre, et qui paroît en avoir emprunté beaucoup de dispositions. Cette interprétation est d'ailleurs prise dans la raison même sur laquelle paroît fondée la disposition de notre coutume, qui est que le manoir étant accordé à l'aîné pour son logement, et l'aîné n'ayant besoin que d'un seul logement, notre coutume a jugé qu'il ne devoit avoir qu'un seul manoir dans les deux successions de père et de mère, qu'elle a, à cet effet, réuni sous un même point de vue, et considéré comme une même succession. Or, le fils aîné qui, après avoir pris la moitié d'un manoir conquêt dans la succession de son père, prend ensuite dans celle de sa mère l'autre moitié de ce même manoir, se trouve n'avoir qu'un

seul manoir pour les deux successions; car les deux moitiés d'un même manoir ne font qu'un seul manoir: il n'a donc rien de plus que ce que la coutume a voulu lui accorder, savoir un manoir pour les deux successions.

S'il s'étoit trouvé dans la succession du premier décédé une moitié de manoir que l'aîné eût prise pour son préciput, et qu'il se trouvât dans la succession de l'autre la moitié d'un autre manoir, l'aîné pourroit-il prendre encore cette moitié de l'autre manoir? Non; de même que si, dans une même succession, il se trouvoit deux manoirs qui n'appartinssent chacun que pour moitié à la succession, l'aîné ne pourroit pas prétendre les avoir l'un et l'autre: de même dans cette espèce, les deux successions de père et de mère étant considérées sous un seul point de vue, et comme une seule et même succession, il ne peut pas les prétendre l'une et l'autre; car deux moitiés d'un seul manoir font bien un seul manoir; mais les moitiés de différents manoirs ne font pas un seul manoir; ce sont deux manoirs que l'aîné auroit, à la vérité, chacun pour moitié seulement, mais il ne peut en avoir qu'un.

L'aîné qui a pris dans la succession de son père, premier décédé, un manoir, peut-il, en le rapportant, en choisir un autre dans la succession de sa mère? Les coutumes de Châteauneuf, art. 5, et d'Auxerre, art. 55, le lui permettent expressément, et je pense que c'est aussi l'esprit de la nôtre, quoiqu'elle ne s'en exprime pas. Notre coutume, comme toutes les autres, accorde à l'aîné le choix d'un manoir, en réunissant les successions du père et de la mère; elle accorde à l'aîné le

choix entre les manoirs de l'une et de l'autre succession; son choix ne peut donc être consommé que lorsque l'une et l'autre succession sont échues; car, pour qu'un choix soit consommé, il faut qu'il ait été fait entre toutes les choses entre lesquelles le choix est accordé; l. 4, et l. 5, ff. *de opt. leg.* Or, l'aîné ne peut faire son choix entre tous les manoirs des deux successions, tel qu'il lui est accordé, que les deux successions ne soient échues, il ne consomme donc pas son choix en prenant un manoir dans la succession du prédécédé; ce choix qu'il fait ne peut être regardé que comme un choix provisionnel, et il peut en prendre un autre dans la succession du dernier décédé, en rapportant celui qu'il a pris.

Lorsque l'aîné qui a pris un manoir dans la succession du premier décédé le laisse pour en prendre un autre dans la succession du dernier décédé, il doit non seulement rapporter à partage celui qu'il a pris dans la succession du premier, mais aussi faire raison des jouissances à ses puînés pour la part qu'il leur en appartient; car ce manoir n'étant pas celui qui doit avoir par préciput, au moyen de ce qu'il en a choisi un autre, il ne devoit lui appartenir que pour les deux tiers ou moitié, selon le nombre des enfants; ayant joui du total, il doit faire raison à ses puînés des jouissances de l'autre tiers ou de l'autre moitié.

La question ne laisse pas de souffrir difficulté. M. R. pense, au contraire, qu'il n'est point obligé au rapport des jouissances; que la coutume, en décidant que l'aîné ne pourroit prétendre un manoir qu'une fois dans l'une ou dans l'autre succession, n'a voulu

autre chose sinon qu'il n'en eût pas deux à-la-fois, parcequ'il n'en a pas besoin de deux pour se loger; mais qu'elle n'a pas entendu empêcher qu'il en eût un dans la succesion du prédécédé, en attendant qu'il en prît un autre dans celle du survivant, puisqu'il a besoin d'être logé en attendant. Cette interprétation me paroît faire violence au texte, qui porte en termes formels, qu'*il ne pourra avoir prérogative d'aînesse, quant au manoir, qu'une fois seulement, en succession de père ou en succession de mère.*

S'il l'a dans la succession du dernier décédé, il ne peut pas l'avoir en tout dans celui du premier décédé, puisque la coutume dit ne l'avoir qu'une fois, et seulement dans l'une des deux successions; il ne peut donc pas même en garder les jouissances jusques à l'ouverture de l'autre succession.

Il y a d'autres cas où l'aîné, qui a pris un manoir, en peut prétendre un autre au lieu de celui qu'il a pris.

1° Lorsque l'aîné a fait son choix étant mineur, et qu'il a été lésé dans ce choix, il peut se faire restituer contre ce choix; l. 7, §. 7, ff. *de min.*

2° Si le manoir qu'il a choisi lui a été évincé, parcequ'il n'appartenoit point à la succession, il peut en prétendre un autre, s'il s'en trouve dans la succession. La raison en est évidente : la coutume lui accorde le choix d'un manoir de la succession; le choix erroné qu'il fait d'un manoir qui n'en est pas, n'est pas celui que la coutume lui accorde; on ne peut donc pas dire qu'il ait consommé son choix.

Si le manoir appartenoit à la succession, mais étoit sujet à un droit de réversion, ou à quelque autre cause

d'éviction que l'aîné, lorsqu'il a fait son choix, n'ait su ni pu savoir, il y a lieu de penser qu'il peut encore, en ce cas, en prendre un autre; car un choix doit être fait avec connoissance pour être consommé, un choix erroné n'est pas un choix, *errantis enim nulla voluntas*. L'aîné, en faisant son choix; n'a voulu choisir ce manoir qu'en tant qu'il le croyoit appartenir effectivement à la succession, *aliàs non electurus*.

Si le manoir qui lui a été évincé sans restitution de fruits étoit d'un revenu plus considérable que l'autre qu'il a pris à la place, il doit faire raison à ses puînés de leur portion dans l'excédent.

La disposition de notre coutume, que nous interprétons, est établie en faveur des frères et sœurs germains de l'aîné, qui a déja pris un manoir dans la succession de leur commun père, suivant que l'observe Dumoulin en ses notes. *Si illud accepit* (dit-il) *in successione communis patris, non debet rursùs capere in successione communis matris et contrà; secùs, si parens in cujus successione accepit, non esset communis.*

Suivant ce principe, un aîné qui n'a que des frères consanguins nés d'une autre mère que lui, et des frères utérins nés d'un autre père, peut, après avoir pris un manoir dans la succession de son père, en prendre encore un autre dans la succession de sa mère. Ses frères utérins ne peuvent pas lui opposer qu'il en a pris un dans la succession de son père; car l'aîné ne l'a pas pris à leurs dépens, l'ayant pris dans une succession à laquelle ils n'avoient aucun intérêt.

La coutume, par cet article, a voulu que l'aîné n'eût pas l'avantage d'un double manoir sur ses frères; l'avan-

tage du manoir qu'il a eu dans la succession de son père, n'étant pas un avantage qu'il ait eu sur ses frères utérins que cette succession ne concernoit pas, il n'aura sur eux l'avantage que d'un seul manoir, en le prenant encore dans la succession de sa mère, et par conséquent rien de plus que ce que la coutume lui accorde.

Si l'aîné, qui a déja pris un manoir dans la succession de son père, premier décédé, vient ensuite à la succession de sa mère avec ses frères et sœurs utérins, et avec un frère puîné-germain sur lequel il a eu déja l'avantage d'un manoir dans la succession du père, il ne pourra pas en prendre un dans la succession de sa mère; son frère puîné-germain, sur lequel il a déja eu l'avantage d'un manoir, l'en exclut; ses frères et sœurs utérins en profiteront, et auront leur portion de puîné dans le manoir de la succession de la mère. *Nec est novum in jure, ut quod quis ex personâ suâ non habet, ex personâ alterius habeat.* Voyez-en des exemples dans les *Pandectes,* au titre *de Bonor. possess. cont. tab.,* n. 11 et 25.

Quid, si ce puîné-germain renonçoit à la succession de la mère, l'aîné y pourroit-il prétendre un manoir? Il semble qu'en ce cas l'aîné ne peut être empêché de le prendre; ses frères utérins n'ont pas droit de l'en empêcher; son frère-germain ne peut pareillement l'empêcher de prendre un manoir dans une succession à laquelle il a renoncé, n'ayant aucun intérêt de l'empêcher, puisqu'il a renoncé à cette succession. Nonobstant ces raisons, je pense que, même en ce cas, l'aîné ne pourra prendre de manoir en la succession

de sa mère. Quoique le frère-germain puîné ait renoncé, il suffit que la succession lui ait été déférée, pour que la succession du manoir n'ait point été déférée en total à l'aîné, mais seulement pour sa portion avantageuse, c'est-à-dire pour la moitié; l'autre moitié a été déférée à ce frère puîné-germain qui a renoncé, et aux utérins; par la renonciation de ce puîné, la succession n'est pas mise au même état que si elle ne lui eût point été déférée en tout; mais, selon qu'il est décidé par les art. 310 de la coutume de Paris, et 359 d'Orléans, elle accroît à tous les autres enfants, à l'aîné comme aux autres, sans aucune prérogative d'aînesse.

L'aîné peut-il prendre un manoir dans la succession de sa mère, dernière décédée, lorsque ses puînés, avec lesquels il vient à cette succession, ont renoncé à celle du père, premier décédé? Je pense qu'il ne le peut; car, quoique ses puînés aient renoncé à la succession du père, il ne laisse pas d'être vrai que l'aîné a déja eu sur eux l'avantage du manoir dans la succession du père, à laquelle ils n'ont peut-être renoncé qu'à cause de cet avantage; il auroit donc double avantage sur eux, s'il en prenoit encore un dans la succession de la mère, ce que la coutume ne permet pas.

Il nous reste à observer que la disposition de notre coutume, qui ne permet à l'aîné de prendre qu'un seul manoir pour les successions de père et de mère, ne doit pas s'étendre à celle des aïeuls; c'est pourquoi l'aîné, qui a déja eu un manoir dans la succession de son père, ne laissera pas d'en prendre un dans la succession de son aïeul qui lui écherroit depuis. La raison est que la disposition de la coutume n'ayant parlé que

des successions de père et de mère, ne doit pas s'étendre hors de ces termes. C'est ce qu'a remarqué Dumoulin sur l'article 27 de notre ancienne coutume. *Non debet fieri extensio ad successiones avi et aviæ, quia iste paragraphus exorbitat à regulâ communi consuetudinum.*

Autres cas auxquels l'aîné ne peut prétendre le préciput d'un manoir entier.

La loi coutumière, qui accorde à l'aîné un manoir entier avec le vol du chapon, doit céder à la loi naturelle, qui accorde à chaque enfant une légitime dans les biens de leurs père et mère. C'est pourquoi, si, outre le manoir et le vol du chapon, il ne se trouve pas d'autres biens en suffisante quantité, les puînés peuvent se récompenser de ce qui s'en manque sur le manoir de l'aîné, qui ne l'aura pas, en ce cas, en entier. C'est la disposition de l'article 17 de la coutume de Paris, qui, étant fondée sur la loi naturelle, doit être suivie par-tout.

Observez que la coutume de Paris, par cet article, permet à l'aîné de garder le total, en récompensant en argent ses puînés.

La légitime étant fixée, par la coutume de Paris, à la moitié de la portion héréditaire de chaque enfant; s'il n'y en a que deux, la légitime du puîné sera le sixième dans les biens nobles, et le quart dans les autres biens; s'il y en a plusieurs, la légitime de tous les puînés ensemble sera le quart des biens nobles, et la moitié de la portion virile dans les autres biens.

Notre coutume, article 96, contient encore un cas auquel l'aîné ne prend point le manoir et le vol du

chapon en entier, et y a seulement sa portion avantageuse, c'est-à-dire la moitié ou les deux tiers, selon le nombre des enfants. C'est le cas où il ne se trouveroit point d'autres immeubles dans la succession.

Au reste, elle permet à l'aîné de récompenser en argent ses puînés de leurs portions.

Cet article est différent de celui de celle de Paris et du droit commun, en ce qu'il prive l'aîné de l'avantage du manoir, quand même il y auroit en biens-meubles plus qu'il ne faut pour la légitime des puînés, notre coutume se contentant, pour l'en priver, qu'il n'y ait point d'autres immeubles.

S'il y avoit d'autres biens immeubles, mais en si petite quantité qu'ils ne suffisent pas pour la légitime des puînés, il faudroit suivre, en ce cas, la disposition de la coutume de Paris.

Cette légitime se règle comme nous l'avons dit ci-dessus.

Cas auquel l'aîné peut avoir plusieurs préciputs de manoir dans la succession d'une même personne.

Lorsque, dans la succession d'une même personne, il se trouve plusieurs manoirs situés dans différents territoires de coutumes qui accordent à l'aîné un manoir, l'aîné peut prendre par préciput un manoir et le vol du chapon dans chacun des territoires de ces différentes coutumes. La raison est que les coutumes sont des lois indépendantes les unes des autres : d'où il suit que chaque coutume défère la succession des biens situés dans son territoire indépendamment l'une de l'autre, et que ce qu'une a réglé pour les biens situés

dans son territoire ne peut limiter ni modifier la succession des biens situés dans un autre territoire sur lequel elle n'a point d'empire. C'est pourquoi si, dans la succession d'une même personne, il se trouve différentes terres situées dans le bailliage d'Orléans, dans celui de Blois, et dans celui de Chartres, le fils aîné prendra le manoir que lui donne la coutume d'Orléans dans les biens de son territoire, celui que lui donne celle de Blois dans le sien, et celui que lui donne celle de Chartres. Ce sont comme autant de différentes successions d'une même personne indépendantes, comme nous l'avons dit, les unes des autres.

De la portion avantageuse de l'aîné dans le surplus des biens nobles.

Les coutumes de Paris et d'Orléans accordent à l'aîné, outre le manoir et le vol du chapon, une portion plus avantageuse que celle de chacun de ses puînés, dans le surplus des biens nobles.

Elle règle cette portion aux deux tiers, lorsqu'il n'y a que deux enfants appelés à la succession; et à la moitié, lorsqu'il y en a un plus grand nombre.

De là naît une question, si on doit compter dans le nombre des enfants celui qui renonce à la succession, même gratuitement. Dumoulin sur le §. 13, gloss. 4, décide qu'il ne doit pas être compté, et que, lorsque de trois enfants l'un des deux puînés renonce, l'aîné doit avoir les deux tiers des biens nobles de la succession. Il semble que les termes de la coutume de Paris favorisent cette décision de Dumoulin; car elle dit, art. 15: *Quand père et mère délaissent seulement deux*

enfants venants à leur succession, au fils aîné appartient les deux tiers, etc.; et dans l'art. suivant: *S'il y a plusieurs enfants excédants le nombre de deux venants à leur succession, au fils aîné appartient la moitié.* Ces termes, *venants à leur succession*, employés dans les deux articles, semblent décider que, pour régler la part de l'aîné, eu égard au nombre des enfants, on ne doit avoir égard qu'à ceux qui sont *venants à la succession*, et que ceux qui y ont renoncé ne doivent point être comptés. Nonobstant ces raisons, je pense qu'il faut dire que le renonçant doit être compté, et que l'opinion de Dumoulin a été rejetée, lors de la réformation de la coutume de Paris, par l'article 310, qui porte: *Que la part de l'enfant qui s'abstient, accroît aux autres enfants héritiers, sans aucune prérogative d'aînesse de la portion qui accroît.* Ces derniers termes, *sans aucune prérogative d'aînesse*, etc., ont été ajoutés lors de la réformation, et condamnent clairement l'opinion de Dumoulin: cet auteur pensoit que la part du puîné qui renonçoit, accroissoit à l'aîné et à l'autre puîné, non également, mais au prorata du droit de chacun d'eux. *Finge*: Il y a trois enfants, l'un des puînés renonce, la portion de ce renonçant auroit été un quart ou trois douzièmes suivant Dumoulin; l'aîné qui a dans les fiefs une portion double de celle de ses puînés, doit prendre, dans cette portion du renonçant, une portion double, qui est de deux douzièmes, et le puîné l'autre douzième; ces deux douzièmes avec la moitié ou les six douzièmes qu'avoit de son chef l'aîné, font huit douzièmes, qui font justement les deux tiers; d'où il suit que l'aîné a, en ce cas, la même portion dans les fiefs

qu'il auroit, si ce puîné qui a renoncé n'eût point existé du tout; et de là il suit que le puîné qui a renoncé n'est point compté lorsqu'il s'agit de régler si l'aîné aura les deux tiers ou la moitié; mais cette opinion de Dumoulin est manifestement rejetée par l'art. 310, qui porte : *Que la portion du renonçant accroît aux autres sans prérogative d'aînesse.* Pour que cette portion accroisse ainsi, il faut donc assigner à ce renonçant la portion qu'il auroit eue, s'il eût accepté la succession, laquelle portion est dans notre espèce le quart; ce quart, selon cet article, devant accroître à l'aîné et à l'autre puîné, acceptant également et sans prérogative d'aînesse, il s'ensuit que le puîné acceptant aura un quart et un huitième ou trois huitièmes, et que l'aîné aura seulement une moitié et un huitième, ou cinq huitièmes, et non pas les deux tiers; le renonçant doit donc être compté pour régler la part que doit avoir l'aîné: il suit de là que les termes de *venants à la succession*, employés dans les articles 15 et 16, ne doivent pas s'entendre *cum effectu* et dans un sens étroit, mais dans un sens large, et qu'ils doivent se prendre pour *appelés à la succession.*

Lebrun, nonobstant ces raisons, pense que, même en ce cas, aujourd'hui le puîné qui renonce ne doit point être compté, et que l'aîné qui partage avec l'autre puîné doit prendre les deux tiers; mais ce sentiment ne se peut tirer de l'art. 310, qui décide clairement le contraire, qu'en disant que cet article ne s'entend que du cas auquel l'aîné renonce, et que la coutume n'a voulu dire autre chose, sinon que, par cette renonciation, la prérogative d'aînesse ne passoit point au

second fils, qui ne devenoit point, par cette renonciation, l'aîné; mais cette interprétation ne convient pas au texte qui est général, et comprend, par conséquent, le cas d'un puîné qui renonce, aussi bien que celui de l'aîné qui renonce. Si la coutume n'eût entendu parler que de ce dernier cas, elle auroit dit, la part de l'aîné, et non pas la part de l'enfant. Cet article a, comme le remarque fort bien Laurière, décidé deux questions : l'une, que le droit d'aînesse de l'aîné renonçant ne passoit pas au second fils; l'autre, que la part du puîné renonçant accroissoit également, *et in viriles*, à l'aîné et aux puînés, et non pas, comme l'avoit pensé Dumoulin, au prorata du droit que chacun avoit dans les fiefs. Cette décision est fondée en grande raison; car, suivant ce que nous verrons ci-après, ce que l'aîné a de plus que les autres dans les fiefs, il l'a à titre de préciput, et il n'a pas une portion différente de celle de ses frères et sœurs; d'où il suit qu'il ne doit pas avoir une portion différente de la leur dans la portion du renonçant, puisque, selon les principes du droit d'accroissement, l'accroissement se fait *proportionibus hæreditariis;* l. 59, §. 3, ff. *de hæred. institut.*

Notre décision doit avoir lieu pareillement dans la coutume d'Orléans, qui, dans l'article 359, a une disposition semblable à celle de l'art. 310 de celle de Paris; il y a même moins de difficulté; car elle dit simplement, entre trois ou plusieurs enfants; elle ne dit pas, comme celle de Paris, *venants à la succession.*

Il nous reste à observer que l'aîné ne peut pas prétendre avoir, dans chacun des héritages féodaux, la portion avantageuse que la coutume lui accorde, et

qu'il suffit qu'il ait dans le total cette portion, qui doit lui être délivrée par les commissaires qui feront le partage entre lui et les puînés, à la commodité réciproque de toutes les parties.

§. V. A quel titre l'aîné a-t-il son droit d'aînesse.

L'aîné ne peut prendre son droit d'aînesse qu'à titre d'héritier; il ne peut l'avoir qu'il n'accepte la succession; il en est saisi comme des autres biens de la succession.

Mais ce qu'il a, en conséquence de ce droit d'aînesse, de plus que ses puînés, n'est pas considéré comme portion héréditaire plus grande que celle de ses puînés, mais comme un préciput légal qu'il prend hors part; et il n'est au reste censé héritier que pour sa portion virile et égale à celle de ses autres frères.

C'est par cette raison qu'il n'a pas plus que chacun de ses puînés dans la portion de celui qui renonce à la succession, suivant que nous l'avons remarqué ci-dessus.

C'est par la même raison qu'il n'est pas tenu, plus que chacun de ses frères, des dettes de la succession, suivant que nous le verrons au chapitre cinquième.

§. VI. Si les père ou mère peuvent donner atteinte au droit d'aînesse.

Le droit d'aînesse est, dans tout ce qu'il contient, une légitime que la coutume accorde à l'aîné dans les biens nobles de la succession, à laquelle les père ou mère, ou autres ascendants, ne peuvent donner aucune atteinte.

La légitime de droit de l'aîné dans les autres biens est, comme celle des puînés, la moitié de ce que l'aîné

auroit eu, si le défunt n'eût fait aucune donation ni legs; mais la légitime féodale est le total que la coutume lui accorde.

La légitime féodale a, d'un autre côté, cela de moins que la légitime de droit, que celle-ci ne peut recevoir d'atteinte, non seulement par des legs, mais ni même par des donations entre-vifs, soit qu'elles soient faites à d'autres enfants, soit qu'elles soient faites à des étrangers: au lieu que la légitime féodale peut être diminuée, ou même réduite à rien, par des dispositions ou donations entre-vifs faites à des étrangers. La raison est que la coutume n'accorde à l'aîné ce droit d'aînesse que dans les biens nobles *qui se trouvent dans la succession du défunt,* et lui appartiennent lors de son décès; et ne lui accorde, par conséquent, aucun droit dans ceux dont il a disposé de son vivant par des donations entre-vifs, puisqu'ils ne se trouvent plus dans la succession du défunt, et, par conséquent, l'aîné n'a rien à y prétendre, et ne peut quereller ces donations.

Par la même raison, un père et une mère peuvent, par une convention avec le seigneur, commuer en censive les biens qu'ils tenoient noblement, sans que leur aîné puisse s'en plaindre; car la loi ne lui donne de droit que dans ceux qui se trouveront tenus noblement lors du décès, qui se trouveront de cette qualité dans la succession.

Peuvent-ils diminuer le droit d'aînesse par des donations entre-vifs de leurs héritages féodaux à leurs puînés? Il n'y a pas lieu à la question, au cas auquel le puîné donataire accepte la succession; car le puîné

étant, en ce cas, obligé de rapporter à la masse de la succession l'héritage qui lui a été donné, il n'est pas douteux que cet héritage rentrant, par le rapport, dans la succession, l'aîné y exerce son droit d'aînesse; d'où il suit que la donation qui en a été faite au puîné ne préjudicie point au droit d'aînesse.

La question tombe donc sur le cas auquel le puîné donataire se tiendroit au don qui lui en a été fait. Dumoulin, §. 13, gloss. 3, n. 15 et 16 sur cette question, avoit pensé que cet héritage ne se trouvant point dans la succession du donateur, n'étoit point sujet à la légitime féodale de cet aîné, qui ne lui étoit accordée que dans les fiefs et biens nobles de la succession, et qu'en conséquence cet aîné, qui avoit d'ailleurs sa légitime de droit franche, ne pouvoit quereller cette donation; à moins, ajoute cet auteur, qu'il ne parût que cette donation n'eût été faite manifestement en fraude du droit d'aînesse, et n'eût eu d'autre motif que de l'anéantir; comme si un père donnoit tous ses fiefs à un puîné, sans qu'aucun établissement de ce puîné, par mariage ou autrement, eût donné occasion à cette donation.

Cette opinion de Dumoulin, quoique conforme aux principes, n'a pas été suivie; et la jurisprudence des arrêts a établi que les père et mère, quoiqu'ils pussent anéantir entièrement le droit d'aînesse par des donations entre-vifs envers des étrangers, ne pouvoient pas néanmoins y donner la moindre atteinte par des donations entre-vifs, faites à quelques uns de leurs puînés; que les héritages féodaux donnés aux puînés, quoiqu'ils se tinssent à leur don, devoient

être compris et comptés dans la masse des biens nobles et féodaux, dont l'aîné devoit avoir la moitié ou les deux tiers, eu égard au nombre des enfants, outre son manoir et vol de chapon; et que si, par rapport à la donation faite au puîné, il ne restoit pas dans la succession de quoi fournir à l'aîné cette portion de biens nobles et sa légitime de droit dans les autres biens, il pouvoit quereller la donation du puîné et la faire réduire.

Il y a même lieu de penser qu'un père ou une mère ne peuvent préjudicier au droit d'aînesse, en vendant à leur puîné un héritage féodal, et qu'il doit être fait raison, dans les biens de la succession, à l'aîné de la part qu'il auroit eue dans cet héritage, sous la déduction de sa portion virile, dans le prix que le défunt en a reçu.

Cette distinction que nous avons faite entre les dispositions faites au profit des étrangers, et celle faite au profit des puînés n'a lieu qu'à l'égard des dispositions entre-vifs. Les dispositions pour cause de mort et testamentaires, soit qu'elles soient faites à des étrangers, soit aux puînés, ne peuvent donner atteinte à la légitime féodale de l'aîné, qui étant à prendre sur tous les biens féodaux de la succession, est à prendre sur les biens que le défunt a légués, comme sur tous les autres biens féodaux qu'il a laissés en mourant.

§. VII. Disposition particulière de la coutume d'Orléans, qui permet aux père et mère d'exclure le droit d'aînesse dans les fiefs qu'ils acquièrent.

L'article 91 est conçu en ces termes : *Les nobles et*

non nobles, qui auront acquis et acquerront par ci-après des héritages féodaux, esquels n'y aura justice ni vassaux, pourront, tant par le contrat d'acquisition, que par déclaration par écrit subséquente, disposer dudit fief, et ordonner qu'il sera parti également entre leurs enfants, pour une fois seulement, sans aucune prérogative d'aînesse, tant pour le manoir, terres, que censives.

On sait par tradition que cet article fut accordé, lors de la réformation, aux instantes sollicitations des maires et échevins, auxquels se joignirent quelques uns de la noblesse.

Cette disposition est contraire au droit commun, et particulière à notre coutume d'Orléans.

De la nature et de la forme de cette déclaration.

La déclaration que cet article de coutume permet de faire, est une ordonnance de dernière volonté, qui n'a d'effet qu'après la mort de celui qui l'a faite; d'où il suit qu'elle est révocable jusqu'à la mort.

Si elle avoit été faite par un contrat de mariage d'un puîné, elle ne seroit pas, en ce cas, une simple ordonnance de dernière volonté, mais une clause et condition du contrat de mariage; et par conséquent, elle ne pourroit se révoquer au préjudice de ce puîné et de ses enfants.

Cette déclaration peut être ou spéciale pour un certain fief, ou générale pour tous les fiefs que quelqu'un a acquis.

Elle doit se faire par écrit; d'ailleurs, il ne faut aucune formalité; elle peut se faire, ou par le con-

trat d'acquisition, ou par un acte séparé; elle peut se faire par testament, comme par un acte qui ne soit point revêtu des formalités testamentaires; elle peut se faire non seulement par un acte par-devant notaire; mais par une écriture privée; par exemple, un acquéreur peut inscrire cette déclaration sur son journal.

Il n'importe non plus en quel temps elle soit faite, il est toujours temps de la faire.

Des héritages qui sont susceptibles de cette déclaration.

Il n'y a que les simples fiefs pour lesquels on puisse faire cette déclaration, c'est-à dire ceux dont il ne dépend ni justice ni vassaux.

Il y en a qui cherchent à éluder la loi, par rapport aux fiefs dont il dépend justice et vassaux, en achetant d'abord le fief, sous la réserve que le vendeur fait de la justice et des vassaux. On demande si la déclaration que fait l'acquéreur, par le premier contrat, qu'il entend que le fief soit partagé sans prérogative d'aînesse, est valable? Il y en a qui le pensent et le pratiquent. Je ne penserois pas qu'une telle déclaration fût valable. La raison s'en tire de la nature même de cette déclaration. C'est, comme nous l'avons observé, une espéce d'ordonnance de dernière volonté, qui ne se confirme qu'à la mort de celui qui l'a faite. C'est donc à ce temps de la mort qu'on doit avoir égard pour juger de sa validité. Or, elle se trouve dans ce temps par rapport à un fief qui n'en est pas susceptible, la justice et les vassaux qui dépendent de ce fief, et qui en avoient été, *ad modicum tempus*, séparés, s'y trouvant réunis.

Outre cette raison qui est de principe, il y en a une autre qui est que, s'il étoit permis de faire cette déclaration, en faisant des acquisitions séparées de la justice, et des vassaux, et du reste du fief, ce seroit rendre illusoire la loi qui, en permettant de faire ces déclarations pour les simples fiefs, défend de les faire pour les fiefs dont il dépend des droits de justice et de vassaux, rien n'étant plus facile que d'acquérir par contrat séparé, au lieu d'acquérir par un même contrat.

Il y a une autre voie qui ne contient rien que de licite: c'est que l'acheteur fasse acheter par ses enfants la justice et les vassaux, et achète seulement par lui le reste du fief, lequel se trouvant, en ce cas, dans sa succession, séparé de la justice et des vassaux, sera susceptible de la déclaration qu'aura faite l'acheteur, pour le partage égal en sa succession.

Il n'y a que les fiefs que nous avons *acquis* qui soient susceptibles de cette déclaration, suivant qu'il résulte de ces termes, *qui auront acquis ou qui acquerront par ci-après.*

Il n'est pas douteux que ces termes, *qui auront acquis,* ne comprennent pas les propres, c'est-à-dire les fiefs auxquels nous aurons succédé; car acquérir est l'opposite de succéder, acquêt est l'opposite de propre.

La portion de mon cohéritier, qui m'avient par licitation, étant propre en ma personne, aussi bien que celle que j'avois de mon chef, suivant que nous l'avons vu en notre traité de la Division des choses, il s'ensuit qu'elle n'est pas susceptible de cette déclaration.