

nations qui, par les traités d'alliance faits entre le roi et ces nations, sont exceptés entièrement, ou à certains égards, du droit d'aubaine; il faut à leur égard suivre ce qui est porté par les traités.

Cette règle souffre encore une autre exception, par les édits portant création de certaines rentes que le roi a permis aux étrangers d'acquérir, et à l'égard desquelles il a renoncé au droit d'aubaine, et permis aux étrangers qui les acquerroient d'en disposer par testament.

2° Les François qui ont perdu les droits de cité en s'établissant en pays étranger, où ils sont décédés, sont aussi incapables de tester que les étrangers.

Il en est autrement de ceux qui voyagent seulement ou sont prisonniers de guerre; ils n'ont point perdu leurs droits de cité, quoiqu'ils y soient décédés, et leur testament fait, soit en France, soit dans le pays étranger, est valable.

§. II. Des religieux.

Les religieux, ayant perdu l'état civil par la profession religieuse, ne peuvent faire de testament, quoiqu'ils aient un bénéfice hors du cloître, *putà*, une cure et un pécule.

L'épiscopat, à cause de l'éminence de cette dignité, rend au religieux, devenu évêque, l'état civil, et, par conséquent, la faculté de tester.

Il y a néanmoins des auteurs qui leur contestent ce droit de tester; mais les arrêts rapportés par les auteurs ayant jugé qu'ils pouvoient transmettre leur succession à leurs parents, il y a même raison de décider qu'ils peuvent tester, le droit de transmettre sa suc-

cession ne supposant pas moins le recouvrement de l'état civil par ce religieux évêque que le droit de tester.

Les jésuites, après leurs premiers vœux, sont des vrais religieux, et ne peuvent tester; mais, lorsqu'ils ont été congédiés de la société, ils recouvrent l'état civil et la faculté de tester.

Lorsqu'ils sont congédiés, après l'âge de trente-trois ans, la déclaration du roi veut qu'ils ne puissent succéder à leurs parents, même à ceux qui décéderoient depuis leur retour au siècle; mais je ne pense pas que cette disposition, fondée sur des raisons particulières, doive être étendue à d'autres cas, et qu'on puisse refuser à ce jésuite, retourné au siècle, tous les autres droits dépendants de l'état civil, du nombre desquels est celui de tester.

Le religieux qui a été relevé de ses vœux par le pape, ne recouvre pas l'état civil, ni, par conséquent, la faculté de tester; car le pouvoir du pape, qui, hors de ses états, est tout spirituel, ne peut s'étendre à l'état civil, et il n'y a que le roi qui puisse le rendre à ceux qui l'ont perdu.

Il en est autrement de celui qui, par une sentence juridique rendue dans le royaume par l'official, qui étoit compétent pour en connoître, a fait prononcer la nullité de ses vœux; il peut tester, parceque cette sentence, qui ne pouvoit pas lui rendre l'état civil s'il l'avoit perdu, en déclarant que ses vœux sont nuls, déclare qu'il ne l'a jamais perdu.

Les chevaliers de Malte, quoiqu'ils soient religieux, peuvent néanmoins, par un privilège accordé à leur ordre et confirmé par nos rois, tester d'une partie de

leur pécule, avec la permission de leur grand-maître.

§. III. Des condamnés.

Ceux qui ont été condamnés à la peine de mort, soit naturelle, soit civile, telle qu'est celle des galères à perpétuité ou du bannissement perpétuel hors du royaume, perdant l'état civil par cette condamnation, perdent, par conséquent, le droit de tester.

Il faut en excepter: 1° ceux qui sont condamnés même à la peine de mort naturelle par un conseil de guerre; car ces condamnations ne font pas perdre l'état civil; 2° ceux qui ayant été condamnés par une sentence contradictoire sont morts pendant l'appel, ou qui, ayant été condamnés par un jugement de contumace, sont morts dans les cinq ans, depuis l'exécution du jugement, qui leur sont accordés pour se représenter, ou ceux dont la condamnation par contumace a été anéantie par leur représentation ou emprisonnement fait même après les cinq ans, s'ils n'ont pas été condamnés depuis à une peine capitale; car toutes ces personnes sont censées mortes *integri status*, et n'avoir pas perdu leur état civil, qui étoit seulement en suspens.

Il y a quelques crimes pour lesquels on fait le procès à la mémoire; savoir, ceux de lèse-majesté, d'hérésie, de duel et d'homicide; ceux dont la mémoire est condamnée pour quelques uns de ces crimes, sont censés n'avoir pas joui de l'état civil lors de leur mort, et, par conséquent, le testament qu'ils auroient fait n'est pas valable.

Ceux qui, par lettres de cachet, sont chassés du

154 TRAITÉ DES DONATIONS TESTAMENTAIRES,
royaume conservent l'état civil, et, par conséquent la faculté de tester; car on ne peut perdre son état civil malgré soi que par une condamnation juridique.

Les condamnations à une peine infamante ne font pas perdre l'état civil, quoiqu'elles le diminuent à certains égards.

§. IV. En quel temps la capacité de tester est-elle nécessaire.

Il nous reste à observer que la capacité de tester qui résulte de l'état civil est requise, tant au temps de la mort, qu'au temps du testament; c'est pourquoi, quoique le testateur fût jouissant de son état civil lorsqu'il a fait son testament, si néanmoins il l'a perdu depuis par une condamnation capitale, son testament ne sera pas valable.

Cela a lieu même à l'égard des biens situés dans les provinces où la confiscation n'a pas lieu; car ce n'est qu'en faveur des parents et héritiers du condamné que la loi exclut la confiscation.

A l'égard de celui qui perd la vie civile par la profession religieuse, le testament qu'il a fait avant sa profession, et qui a une date certaine avant sa profession, est valable; car il est censé mourir en possession de son état civil au dernier instant qui a précédé sa profession par une fiction semblable à celle de la loi *Cornelia*.

Mais le testament qui auroit été fait par un religieux qui depuis seroit devenu évêque ne seroit pas valable, quoiqu'il fût jouissant de son état civil au temps de sa mort; car il faut en jouir aussi au temps de la confection du testament.

Ce que nous venons d'observer, que la capacité de tester qui résulte de l'état civil, doit se trouver dans le testateur, tant au temps de la mort, qu'au temps de la confection du testament, ne doit pas être étendu aux autres espèces de capacités dont nous allons traiter; il suffit que le testateur les ait eues lors de son testament; la raison de différence est qu'elles ne sont requises que pour la valable confection du testament; au lieu que l'état civil est requis, non seulement pour pouvoir faire un testament, mais pour avoir le droit de transmettre ses biens par testament; et comme c'est à sa mort que ce droit s'accomplit, il s'ensuit qu'il doit jouir de ce droit au temps de sa mort.

ARTICLE II.

De l'âge requis pour tester.

Les lois romaines permettent de tester à l'âge de puberté commencée, c'est-à-dire, aux mâles à l'âge de quatorze ans, et aux filles à l'âge de douze ans.

Comme les Romains étoient extrêmement jaloux du droit de tester, et d'exercer en testant une espèce de pouvoir législatif sur ce qui leur appartenoit, ils ont cru qu'on ne pouvoit accorder trop tôt le droit de tester. D'ailleurs, comme c'étoit à cet âge qu'ils sortoient de tutèle, et qu'ils acquéroient le droit d'administrer leurs biens (l'usage de donner des curateurs aux mineurs pour administrer leurs biens ne s'étant introduit que par la suite, et d'ailleurs, ces curateurs ne se donnant qu'à ceux qui en demandoient), on a cru que si on accordoit, à cet âge, aux mineurs le droit d'admini-

156 TRAITÉ DES DONATIONS TESTAMENTAIRES,
nistrer leurs biens, on devoit aussi leur accorder le
droit de tester, qui devoit leur être beaucoup plus
cher.

A l'égard du droit coutumier, les coutumes sont
fort différentes sur l'usage de tester; aucune néan-
moins ne le permet aussitôt que le droit romain le
permettoit.

Il y en a qui distinguent entre les hommes et fem-
mes, entre l'âge pour tester des meubles et celui pour
tester des immeubles; entre l'âge pour tester des meu-
bles et acquêts, et celui pour tester de la partie des
propres dont elles permettent de disposer.

Il y en a qui permettent aux personnes de tester au
moins de certaines choses aussitôt qu'elles sont ma-
riées, quoiqu'elles ne le permettent aux autres que
dans un âge plus avancé; nous n'entrerons point dans
le détail de ces différentes coutumes; nous remarque-
rons seulement que le plus grand nombre est de celles
qui permettent de tester au moins des meubles et ac-
quêts, aux hommes à vingt ans accomplis, et aux
femmes à dix-huit.

Celles de Paris, art. 293, et d'Orléans, art. 293, ne
distinguent point les hommes des femmes, et permet-
tent indistinctement de tester des meubles et acquêts
à l'âge de vingt ans accomplis.

Une personne a vingt ans accomplis aussitôt que
commence le dernier jour de sa vingtième année; car
la coutume n'exige pas qu'il soit majeur de vingt ans,
mais qu'il ait vingt ans accomplis; et il les a accomplis
lorsqu'il a atteint le dernier jour de sa vingtième an-
nées, sans qu'on fasse attention à quelle heure de la

journée il est né; car les années se comptent par jours et non par heures et par moments; c'est pourquoi si, par exemple, il est né le premier janvier 1700, il pourra tester le dernier de décembre 1719 aussitôt après minuit; car c'est en ce jour qu'il accomplit sa vingtième année; il commence la vingt-unième le premier janvier 1720; c'est la décision de la loi 5, ff. *qui testam. fac. poss.*

La personne étant inhabile à tester avant cet âge, elle ne peut, pour quelque raison que ce soit, faire avant cet âge aucune disposition testamentaire. Il y a néanmoins un arrêt dans Soefve, ch. 11, ch. 163, qui a confirmé un legs modique fait avant cet âge à une domestique pour récompense de services; mais cet arrêt ne peut être tiré à conséquence.

A l'égard des propres, elles ne permettent d'en tester qu'à l'âge de vingt-cinq ans accomplis; si néanmoins le testateur n'avoit ni meubles ni acquêts, elles lui permettent d'en tester à l'âge de vingt ans.

Il n'y a personne qui n'ait quelques meubles à lui appartenants, quand ce ne seroit que ses habits; mais comme *parum pro nihilo reputatur*, une personne est censée n'avoir pas de meubles, lorsque ce qu'elle en a n'est d'aucune considération; et c'est dans ce sens qu'on doit entendre la coutume.

Il reste la question de savoir quelle loi on doit suivre pour l'âge de tester dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées; il y a des arrêts anciens qui ont jugé qu'on devoit suivre le droit romain; mais on est revenu aujourd'hui de cet attachement au droit romain: on doit distinguer dans ce droit les décisions

158 TRAITÉ DES DONATIONS TESTAMENTAIRES,
qui ne sont puisées que dans les principes du droit naturel, que les jurisconsultes romains ont plus approfondi que personne, et celles qui ont leur fondement dans les mœurs particulières à ce peuple ; on ne peut être trop attaché aux premières ; mais les autres, du nombre desquelles est celle qui règle l'âge de tester, ne sont d'aucune considération pour nous, qui avons des mœurs toutes différentes : c'est ce qui résulte de ce que nous avons observé au commencement de cet article ; ce ne peut donc être le droit romain qui nous doit servir de règle à cet égard

Il paroît qu'aujourd'hui la jurisprudence du parlement de Paris est, que dans les coutumes qui ne se sont pas expliquées sur l'âge de tester, on doit suivre, à cet égard, celle de Paris, comme la plus raisonnable sur ce point.

ARTICLE III.

Des défauts de l'esprit et du corps qui empêchent de tester.

§. I. Des fous.

Nos coutumes veulent que le testateur soit *sain d'entendement* ; la folie, la démence, rendent donc incapable de tester ; cela est pris dans la nature même des choses ; le testament est la déclaration des dernières volontés ; celui qui n'a pas l'usage de la raison n'a point de volonté ; *furiosi nulla voluntas*.

Le testament qu'un homme en démence a fait est déclaré nul, quand même il n'auroit pas été interdit ; car ce n'est pas tant l'interdiction que la démence

même qui le rend incapable de tester : l'interdiction ne fait que déclarer la démence, et, si elle peut être prouvée d'ailleurs, le testament qu'aura fait une personne en cet état doit être déclaré nul.

Quoique le notaire qui a reçu le testament ait déclaré que le testateur lui a paru sain d'entendement, les héritiers ne laissent pas d'être recevables dans la preuve qu'ils offriraient de faire de sa démence ; Soefve, 11, 77 ; car le notaire ne peut pas, dans un temps aussi court qu'est celui qu'il faut pour dicter un testament, juger de l'état du testateur, et d'ailleurs cette clause est de style. Cette clause est donc très inutile ; car, si elle n'exclut pas la preuve de la démence lorsqu'elle se trouve dans le testament, elle ne préjudicie pas non plus à la validité du testament lorsqu'elle est omise.

§. II. Des prodigues.

Ceux qui sont interdits pour cause de prodigalité ne peuvent faire de testament ; l. 18, ff. *qui test. facere poss.* Mais comme le prodigue n'est pas privé de l'usage de la raison nécessaire pour tester, ce n'est pas la prodigalité par elle-même, mais l'interdiction, qui le prive de la faculté de tester, en le privant du droit de disposer de ses biens ; c'est pourquoi ce n'est que depuis l'interdiction qu'il devient incapable de tester, en quoi il est différent d'une personne en démence.

§. III. Des muets.

Les muets qui ne savent pas écrire ne peuvent pas tester ; car on ne peut tester qu'en dictant ses dernières

160 TRAITÉ DES DONATIONS TESTAMENTAIRES,
volontés ou en les écrivant, l'ordonnance de 1731
ayant rejeté les testaments faits par signes.

Je ne croirois pas qu'on dût ordinairement faire valoir le testament qu'auroit écrit de sa main un sourd et muet de naissance; car on ne peut être assuré qu'il soit l'ouvrage de sa volonté, et qu'il ne l'ait pas copié, sans entendre ce qu'il copioit, sur un exemple qu'on lui aura présenté.

ARTICLE IV.

Quelle loi doit-on suivre pour la capacité de tester.

Les lois qui règlent la capacité de tester étant des lois qui ont pour objet de régler l'état des personnes et les droits qui sont attachés à leur état, il s'ensuit que ce sont des lois personnelles qui exercent leur empire sur les personnes seulement qui sont domiciliées dans leur territoire, par rapport à tous leurs biens, quelque part qu'ils soient situés.

De là il suit qu'un fils de famille, domicilié en pays de droit écrit, ne peut tester de ses biens, quand même ils seroient situés en pays coutumier, à moins qu'ils ne proviennent de son pécule *castrense* ou *quasi-castrense*; et qu'au contraire, un fils de famille, domicilié en pays coutumier, suffisamment âgé, peut tester de ses biens, quand même ils seroient situés en pays de droit écrit.

Par la même raison, un pubère, mineur de vingt ans, domicilié en pays de droit écrit, peut tester de ses biens, quoique situés dans les coutumes de Paris et d'Orléans; et au contraire, s'il étoit domicilié dans

ces coutumes, il ne pourroit pas tester de ceux situés en pays de droit écrit.

Il y a néanmoins une différence à faire entre les lois qui régulent l'âge pour tester des biens ordinaires, et celles qui exigent un âge plus avancé pour tester des propres, que celui qui est requis pour tester des biens ordinaires. Les premières sont des statuts personnels, n'ayant pour objet que de régler l'état de la personne, en définissant à quel âge il doit être habile à user du droit de tester que la loi accorde aux citoyens. Mais celles qui défendent de disposer, avant un certain âge, des propres, même à ceux qui ont l'habilité de tester des biens ordinaires, paroissent avoir pour objet principal ces héritages propres qu'ils veulent conserver aux familles, en interdisant, avant un certain âge, leur disposition ; c'est pourquoi ces lois ayant pour objet les choses plutôt que les personnes, doivent passer pour statuts réels, et, par conséquent, ne doivent exercer leur empire que sur les choses situées dans leur territoire, et l'y exercer à l'égard de toutes sortes de personnes. C'est sur ces principes qu'il paroît que, par arrêt rapporté au sixième volume du *Journal des Audiences*, on a jugé qu'un jeune homme de vingt-un ans, domicilié à Paris, avoit pu tester de ses propres situés en Berri, quoique la coutume de Paris, en permettant de tester des biens ordinaires à vingt ans, ne permette de disposer du quint des propres qu'à vingt-cinq.

SECTION II.

Des personnes qui sont capables ou non de recevoir par testament.

Les personnes qui sont incapables de tester ne sont pas pour cela incapables de recevoir les dispositions testamentaires qui pourroient être faites à leur profit; on peut en faire au profit des impubères, des fous, des interdits, des sourds et muets, quoique ces personnes soient incapables de tester.

Il y a quatre espèces d'incapacités de recevoir par testament: une absolue, une relative à certaines choses, une relative à la personne du testateur; enfin il y a une incapacité de recevoir des legs, relative à la qualité qu'a le légataire d'héritier de celui qui lui a fait le legs.

Observez en général, à l'égard de tous les incapables, que ce qu'on ne peut leur léguer directement, on ne le peut non plus par personnes interposées, en léguant à une personne qu'on chargeroit secrètement de restituer à la personne incapable.

La preuve par témoins de cette interposition de personnes peut être admise par témoins, ainsi qu'il a été jugé par arrêt du 9 février 1661, rapporté par Soefve, n. 33; à défaut de preuve, on peut déférer le serment au légataire qu'on soupçonne être personne interposée, si c'est pour lui qu'il entend accepter le legs.

ARTICLE PREMIER.

De l'incapacité absolue.

Les personnes qui sont privées de l'état civil ont une incapacité absolue de recevoir par testament, puisqu'elles sont regardées comme n'étant point.

C'est pourquoi, 1^o les religieux sont incapables de recevoir aucune disposition testamentaire.

On permet, néanmoins, les legs de pension viagère faits à un religieux ou à une religieuse pour ses aliments, mais elle ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour les aliments, et si elle excédoit, elle seroit réductible; on peut tirer argument pour la somme à laquelle peuvent monter ces pensions, de ce qui a été réglé par la déclaration du 28 avril 1693, pour les pensions que les communautés religieuses, établies depuis 1600, peuvent exiger pour la dot de celles qui font profession, lesquelles sont réglées par cette loi à 400 livres pour Paris, et à 350 livres pour les autres villes.

On peut très certainement en conclure qu'une pension léguée à un religieux ou à une religieuse ne peut excéder ces sommes, et même elles peuvent être réduites à moins, suivant que les couvents sont riches ou pauvres, ou que la succession du testateur est plus ou moins opulente.

Observez, à l'égard de ces legs de pension faits à des religieux, que ce n'est point à ce religieux; mais au couvent où est ce religieux que le droit qui résulte de ce legs est acquis; car ce religieux, par son état de

164 TRAITÉ DES DONATIONS TESTAMENTAIRES,
religieux, ne peut rien avoir en propre; c'est pourquoi ce n'est point le religieux, mais le couvent qui en fera la demande en justice, c'est au couvent à qui la délivrance en doit être faite; ce n'est point au religieux, mais au supérieur, ou autre préposé, pour recevoir les revenus du couvent, que les arrérages de cette pension doivent être payés.

Si cependant ce religieux avoit un bénéfice hors du cloître, comme, en ce cas, le religieux peut avoir un pécule, et qu'il est autorisé à faire les demandes en justice pour raison de ce qui dépend de son pécule, il pourra, par lui-même, faire la demande du legs de pension viagère qui lui avoit été fait, et en recevoir les arrérages, cette pension viagère faisant partie de son pécule.

2° Les condamnés à une peine capitale étant, par cette condamnation, privés de l'état civil, deviennent par conséquent, incapables de recevoir aucune disposition testamentaire.

3° Les communautés, corps, confrairies, etc., qui ne sont point autorisés dans le royaume, n'ont aucun état civil, aucune existence civile, et, par conséquent, sont incapables d'aucunes dispositions testamentaires.

Il n'y a de corps autorisés que ceux qui sont établis ou confirmés par des lettres-patentes du roi, enregistrées au parlement dans le ressort duquel ils sont établis.

Si un corps, à qui le testateur a fait un legs, n'avoit point, lors du testament, de lettres-patentes, mais que, lors du décès du testateur, il se trouvât érigé par lettres-patentes, le legs seroit-il valable? La règle de

Caton semble y résister : *Quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere nequit.*

Les couvents des capucins, récollets, et d'autres instituts semblables, quoique autorisés par lettres-patentes, sont, par la profession particulière de pauvreté qu'ils font, incapables de legs.

On admet néanmoins les legs de sommes modiques qui leur sont faits pour prier Dieu ; même ceux de sommes assez considérables, lorsqu'ils sont faits pour la reconstruction ou augmentation de leur monastère.

Enfin, les étrangers, quoique domiciliés en France, lorsqu'ils ne sont point naturalisés, ont une incapacité absolue de recueillir aucune disposition testamentaire ; car les droits de recevoir par testament, comme de faire un testament, sont des droits accordés par la loi civile, et qui ne peuvent appartenir qu'aux seuls citoyens.

ARTICLE II.

De l'incapacité relative à certains biens.

Les corps et communautés autorisés, les fabriques, les hôpitaux, les bénéficiers, en leur qualité de bénéficiers, et généralement tous ceux qu'on appelle gens de main-morte, ne sont pas absolument incapables des dispositions testamentaires qui seroient faites à leur profit.

On peut leur léguer de l'argent ou autres choses mobilières, même des rentes constituées sur le roi, le clergé, diocèse, pays d'état, villes et communautés ;

Caton semble y résister : *Quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere nequit.*

Les couvents des capucins, récollets, et d'autres instituts semblables, quoique autorisés par lettres-patentes, sont, par la profession particulière de pauvreté qu'ils font, incapables de legs.

On admet néanmoins les legs de sommes modiques qui leur sont faits pour prier Dieu ; même ceux de sommes assez considérables, lorsqu'ils sont faits pour la reconstruction ou augmentation de leur monastère.

Enfin, les étrangers, quoique domiciliés en France, lorsqu'ils ne sont point naturalisés, ont une incapacité absolue de recueillir aucune disposition testamentaire ; car les droits de recevoir par testament, comme de faire un testament, sont des droits accordés par la loi civile, et qui ne peuvent appartenir qu'aux seuls citoyens.

ARTICLE II.

De l'incapacité relative à certains biens.

Les corps et communautés autorisés, les fabriques, les hôpitaux, les bénéficiers, en leur qualité de bénéficiers, et généralement tous ceux qu'on appelle gens de main-morte, ne sont pas absolument incapables des dispositions testamentaires qui seroient faites à leur profit.

On peut leur léguer de l'argent ou autres choses mobilières, même des rentes constituées sur le roi, le clergé, diocèse, pays d'état, villes et communautés ;

mais, depuis l'édit de 1749, on ne peut leur léguer des rentes constituées sur particuliers, même dans les provinces où ces rentes sont réputées meubles, car l'édit est général, ni encore moins aucuns héritages, ni droits réels; ledit édit, art. 17, déclare nuls lesdits legs, ce qui est une suite de la défense générale qui leur est faite, d'acquérir à l'avenir, à quelque titre que ce soit, aucuns biens de cette espèce.

Quoique les gens de main-morte puissent acquérir des biens de cette espèce, en vertu d'une permission particulière du roi, par lettres-patentes duement enregistrées, néanmoins les legs qui leur seroient faits de biens de cette espèce, quoique sous la condition d'obtenir par eux des lettres-patentes, ne laissent pas d'être nuls; c'est ce qui est expressément décidé par ledit article 17; les legs qui seroient faits des biens de cette espèce à des tierces personnes, à la charge d'en remettre les revenus aux gens de main-morte, ou à la charge de les vendre et de leur en remettre le prix, sont pareillement déclarés nuls, dit l'art. 17.

Par la même raison, les legs d'une somme d'argent faits aux gens de main-morte, ne sont payables que sur les biens de la succession qui sont de l'espèce de ceux dont ces gens sont capables, et ne sont valables que jusqu'à concurrence de ce qu'il y a de biens de cette espèce dans la succession pour les acquitter.

Les legs universels faits aux gens de main-morte, ne comprennent pareillement que ceux des biens de cette succession dont ces gens sont capables, et non les héritages et rentes de la succession dont ils sont incapables.

Les legs de ces sortes de biens, faits aux gens de main-morte par des testaments qui ont une date authentique avant l'édit, sont-ils valables lorsque le testateur est mort depuis l'édit? Les raisons pour la négative sont que les testaments n'ont aucun effet que du jour de la mort du testateur; ce n'est que de ce jour que les légataires acquièrent un droit aux choses qui leur sont léguées; les gens de main-morte se trouvant incapables, dans ce temps, d'acquérir lesdites choses, le legs qui leur en a été fait ne peut avoir d'effet. Ajoutez que les dispositions testamentaires sont la dernière volonté du testateur; elles ne sont valables qu'autant qu'elles sont censées avoir été sa volonté au dernier instant de sa vie, ou du moins au dernier instant qu'il a été capable de volonté; or, dans ce dernier instant, il ne pouvoit plus vouloir ce qui étoit pour lors défendu par la loi; on dit au contraire que l'ordonnance, art. 28, dit : *N'entendons rien innover en ce qui concerne les dispositions ou actes faits en faveur des gens de main-morte, lorsque lesdites dispositions auront une date authentique avant la publication des présentes, ou auront été faites par des personnes décédées depuis.* Mais la réponse est que les actes et dispositions qui auront une date authentique avant l'édit, et dont l'édit parle, sont les actes et dispositions entre-vifs; parceque ces actes ont un effet du jour qu'il est certain qu'ils ont été passés, et qu'il faut rapporter aux testaments ce qui est ajouté, ou par des personnes décédées depuis.

Nonobstant ces raisons, l'Hôtel-Dieu d'Orléans a obtenu par arrêt la délivrance du legs universel fait à cet hôpital par le sieur Barré, mort depuis l'édit, par-

168 TRAITÉ DES DONATIONS TESTAMENTAIRES,
ce que son testament avoit une date authentique avant
l'édit, et la cour avoit déjà auparavant jugé la même
chose en pareille espèce au profit d'un autre hôpital.

ARTICLE III.

De l'incapacité relative à la personne du testateur.

Il y a des personnes à qui le testateur ne peut rien
léguer, quoiqu'elles soient capables de recevoir des legs
de toute autre personne.

Telles sont toutes les personnes qui ont quelque pou-
voir sur la personne du testateur, ce qui pourroit faire
craindre la suggestion.

C'est pour cette raison que l'ordonnance de 1539,
art. 131, déclare nulles toutes donations entre-vifs
et testamentaires faites au profit des tuteurs et autres
administrateurs, ce qui a été étendu par la coutume
de Paris aux pédagogues, et par la jurisprudence aux
médecins, chirurgiens, apothicaires, opérateurs, qui
gouvernoient le malade dans le temps qu'il a fait son
testament, aux directeurs et confesseurs du testateur,
au procureur dont le testateur étoit le client. Voyez ce
que nous avons dit en notre *traité des Donations en-
tre-vifs*, touchant les extensions et les limitations de
cette prohibition de donner à ces personnes.

A l'égard des maris et femmes, les coutumes sont
partagées; les unes, conformes au droit romain, en
leur défendant de se rien donner entre-vifs, leur per-
mettent de se donner par testament ce qu'elles pour-
roient léguer à toute autre personne, sans distinguer
s'ils ont enfants ou non; d'autres distinguent s'ils ont

enfants ou non ; d'autres distinguent entre les meubles et conquêts, et les autres biens, entre la propriété et l'usufruit. Celle de Paris, art. 282, celle d'Orléans, art. 280, et un grand nombre d'autres coutumes, défendent aux maris et femmes de se donner aucune chose par testament, non plus qu'entre-vifs, soit qu'ils aient enfants ou non.

Par la coutume de Paris, art. 283, comme nous l'avons déjà vu au *traité des Donations* entre mari et femme, le conjoint, lorsqu'il n'a pas d'enfants, peut donner et, par conséquent, léguer aux enfants que l'autre conjoint a d'un précédent mariage ; mais, dans les autres coutumes qui défendent aux conjoints de se donner directement ni indirectement, sans s'être expliquées sur les enfants, un conjoint, soit qu'il ait des enfants ou non, ne peut, pendant son mariage, rien léguer ni donner aux enfants que l'autre conjoint a d'un précédent mariage ; il y en a un arrêt de règlement que nous avons rapporté au *traité des Donations* entre mari et femme.

Ce qu'un conjoint lègue au père ou à la mère de l'autre conjoint, est aussi censé légué indirectement à ce conjoint. Sur ce principe, un legs fait par une femme à la mère de son mari a été déclaré nul par arrêt du 23 avril 1698, rapporté par Augeard.

Un homme qui a vécu en concubinage ne peut rien léguer à sa concubine, si ce n'est des aliments.

Les bâtards incestueux ou adultérins ne peuvent pareillement recevoir de leur père ou mère d'autres legs que des legs d'aliments.

A l'égard des bâtards ordinaires, ils sont capables

170 TRAITÉ DES DONATIONS TESTAMENTAIRES,
de legs particuliers, quoique considérables et en propriété, mais ils sont incapables de dispositions universelles; et celles qui auroient été faites à leur profit seroient réductibles à une certaine somme que le juge ordonneroit leur être délivrée en biens de la succession pour servir à leur établissement, laquelle somme peut être plus ou moins grande, selon les forces de la succession.

Il y a pourtant un arrêt dans Soefve, IV, 99, de 1665, qui a confirmé une disposition universelle au profit d'un bâtard légitimé par lettres.

Quoique les domestiques ne soient pas incapables de recevoir des legs de leurs maîtres, et que ceux qui leur sont faits soient au contraire regardés comme très favorables; néanmoins quelquefois les arrêts les réduisent lorsqu'ils sont excessifs, selon les circonstances. Par arrêt du 11 août 1713, un legs universel fait à un valet de chambre, qui montoit à plus de 50,000 livres, fut réduit à mille écus.

ARTICLE IV.

De l'incapacité qui résulte de la qualité d'héritier.

Par la nature même des choses, un héritier ne peut être grevé de legs envers lui-même, *hæredi à semetipso legari non potest*. C'est pourquoi, inutilement le testateur feroit-il un legs à celui qui est seul héritier du total de ses biens.

Par la même raison, le legs qui est fait à l'héritier en partie de quelques effets de la succession, n'est pas valable, si ce n'est pour les parts de ses cohéritiers;

hæredi à semetipso legari non potest, à cohærede potest.

l. 116, §. 1, ff. de leg. 1^o.

Tels sont aussi les principes du droit romain, et d'un très petit nombre de coutumes qui ont permis les prélegs.

Mais dans la plus grande partie du pays coutumier, et notamment dans les coutumes de Paris et d'Orléans, *nul ne peut être héritier et légataire*, parceque celui qui est héritier en partie, ne peut prélever sur la masse de la succession les sommes ni les choses qui lui sont léguées; mais il est obligé de les laisser dans cette masse, et de les conférer à ses cohéritiers.

Nous avons traité de cette incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire en notre *traité des Successions* où je renvoie.

Dans les coutumes de Paris et d'Orléans, et dans la plupart des coutumes, il n'y a que l'héritier qui accepte la succession qui ne peut être légataire; mais, si l'un de ceux qui sont appelés par la loi à la succession du testateur, renonce à sa succession, il peut demander le legs qui lui a été fait, comme le pourroit un étranger, quoique ce legs soit plus considérable que n'eût été sa portion héréditaire.

Mais, dans certaines coutumes qu'on appelle coutumes d'égalité, on ne peut avantager par legs l'un de ses héritiers présomptifs, plus que les autres, quand même il renonceroit à sa succession.

SECTION III.

De ceux qu'on peut grever.

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

Non seulement donc, ceux qui succèdent aux biens du testateur, en vertu d'une volonté expresse du testateur par laquelle il y sont appelés, peuvent être par lui grevés de legs; ceux que la loi appelle à la succession du testateur, peuvent pareillement l'être; car, quoique ce soit la loi qui leur défère la succession du défunt, on peut dire aussi que le défunt leur a laissé ses biens en tant qu'il ne leur a pas ôté, comme il eût pu le faire, *vel dum eis non adimitur*.

Au contraire, ceux à qui le défunt ne laisse que leur légitime, ne peuvent être par lui grevés de legs; car, n'ayant pu leur rien ôter de ce qu'ils tiennent de la loi seule, on ne peut pas dire qu'il tiennent rien de lui.

Je peux grever de legs l'héritier de mon héritier, ou de mon légataire, pourvu que je greve en tant qu'héritier de mon héritier, ou de mon légataire.

CHAPITRE IV.

Des choses qui peuvent être léguées ou non, et jusqu'à quelle concurrence de ses biens peut-on disposer par testament.

ARTICLE PREMIER.

Des choses qui peuvent être léguées ou non.

§. I. Exposition générale de ce qu'on peut léguer.

Un testateur peut léguer, ou l'universalité de ses biens, ou une quotité de cette universalité, comme la moitié, le tiers, le vingtième, etc., ou l'universalité d'une certaine espèce de biens, comme ses meubles, ses acquêts, ou une quotité de ces universalités, comme le tiers de ses meubles, le quint de ses propres, etc.

Il peut léguer, ou des corps certains, comme une telle maison, un tel cheval, sa bibliothèque, sa garde-robe, etc., ou des choses indéterminées, comme un cheval, un bassin d'argent de tant de marcs, ou une certaine somme d'argent, comme une somme de 10,000 livres, ou une certaine quantité, comme dix muids de blé, un tonneau de vin, etc.

Il peut léguer, et les corps certains qui existent déjà lors du testament, et ceux qui n'existent pas encore, mais qui doivent exister, comme le vin de la récolte qui se fera dans une telle maison de vignes après sa mort.

§. II. Du legs de la chose d'autrui, de celle de l'héritier.

On peut léguer, non seulement ses propres choses, mais celles de son héritier et celles des personnes tierces; et l'héritier, ou autre personne qui a été chargée de ce legs, est tenu de l'acheter de celui à qui elle appartient, pour la donner au légataire, ou bien de lui en donner le prix, au cas auquel celui à qui elle appartient ne voudroit pas la vendre.

Observez que le legs d'une chose qui appartient à un tiers, n'est ordinairement valable que lorsque le testateur paroît avoir su que la chose ne lui appartenoit pas, comme, par exemple, si cette chose n'étoit pas en sa possession; mais lorsqu'il a cru que la chose d'autrui qu'il a léguée étoit à lui, comme dans le cas auquel il en auroit été en possession, le legs n'est pas valable; parcequ'on présume qu'il ne l'auroit pas léguée, s'il eût su qu'elle ne lui appartenoit pas; *cum nemo faciliè presumatur hæredem suum redemptione rei alienæ onerare velle.*

En cela, le legs de la chose qui appartient à un tiers est différent du legs de celle qui appartient à l'héritier ou autre personne qui a été elle-même grevée du legs; car, à l'égard du legs de celle-ci, les jurisconsultes décident indistinctement qu'il est valable, soit que le testateur ait su qu'elle ne lui appartenoit pas, soit qu'il ait cru qu'elle lui appartenoit; car, en ce cas, *nullâ redemptione oneratur hæres.*

Quelquefois même le legs de la chose d'un tiers est valable, quoique le testateur, en la léguant, ait cru léguer sa propre chose; savoir, lorsqu'il y a lieu de

présumer que le testateur auroit fait un autre legs équipollent au légataire, s'il ne lui eût pas légué cette chose. Par exemple, un testateur a deux parents au même degré, il fait l'un des deux son légataire universel, et donne à l'autre une maison dont il étoit en possession, et qu'il ignoroit appartenir à un autre qu'à lui, le legs de cette maison doit être valable, parceque ce légataire étant son héritier présomptif au même degré que celui qu'il a fait son légataire universel, la présomption est que le testateur a voulu qu'il eût quelque chose de ses biens, et que, s'il eût su que cette maison qu'il lui a léguée ne lui appartenoit pas, il lui auroit légué quelque autre chose. Un autre exemple : je suppose que c'est à son bâtard que le testateur a légué l'usufruit d'un héritage qu'il croyoit faussement lui appartenir pour lui servir lieu d'aliments, ce legs est valable ; car la présomption est que le testateur auroit légué d'ailleurs des aliments à son bâtard.

Puisqu'on peut léguer la chose d'autrui, il s'ensuit que le testateur, qui est propriétaire d'une chose en commun avec une autre personne, peut léguer cette chose entière ; mais, dans le doute, s'il a voulu léguer la chose entière ou seulement la part qu'il y avoit, on doit présumer plutôt qu'il n'a voulu léguer que sa part.

Lorsqu'il s'est servi du pronom *mon*, *ma*, il est hors de doute qu'il n'a légué que sa part ; comme lorsqu'il s'est exprimé ainsi : Je lègue à un tel ma maison de la Croix-Blanche ; car le pronom *ma* restreint le legs à la portion qu'il avoit dans cette maison ; l. 5, §. 2, ff. de leg. 1^o.

Il y a plus, si le testateur étoit propriétaire, à la vérité, du total de la maison, mais qu'il en dû à un tiers la restitution d'une partie, il seroit censé n'avoir légué que l'autre partie qu'il pouvoit conserver; l. 30, §. 4, ff. *de leg.* 3°.

Quid, s'il s'étoit ainsi exprimé: Je lègue à un tel la maison de la Croix-Blanche! La question est controversée entre les interprètes si le legs doit être présumé du total, ou seulement de la portion qu'avoit le testateur; la raison pour prétendre qu'il est de la maison entière est que le testateur ne l'a point restreint à sa portion en se servant du pronom *ma*, et qu'ordinairement l'appellation indéfinie d'une chose désigne la chose entière; la raison pour décider, au contraire, qu'il n'est que de la portion qui appartient au testateur, se tire du principe posé ci-dessus qu'on doit, dans le doute, présumer que le testateur n'a voulu léguer que ce qui étoit à lui.

Lorsque la chose léguée n'appartenoit qu'imparfaitement au testateur, il est censé n'avoir légué que le droit qu'il y avoit, et n'avoir légué la chose que telle qu'il l'avoit; par exemple, s'il n'avoit que la seigneurie utile d'une maison, il est censé, en la léguant, n'avoir légué que la seigneurie utile; l. 71, §. 1, ff. *de leg.* 1°.

§. III. De la chose du légataire.

Si la chose léguée appartenoit déjà au légataire, le legs qui lui en est fait n'est pas valable, ne pouvant avoir aucun effet; *cùm id quod meum est, non possit amplius fieri meum.*

Il est même décidé par les lois romaines qu'un tel

legs, lorsqu'il a été fait purement et simplement, ne deviendrait pas valable, quand même, depuis le testament, la chose léguée auroit cessé d'appartenir au légataire, ce qui est fondé sur la règle de Caton: *Quod ab initio vitiosum est tractu temporis convalescere non potest.*

Cette règle, que nous venons de proposer, que le legs de la chose qui appartient déjà au légataire n'est pas valable, n'a lieu que lorsque la chose lui appartient parfaitement, *pleno jure*, et à titre lucratif.

Que si le légataire n'étoit propriétaire qu'imparfaitement de la chose qui lui a été léguée, le legs sera valable, à l'effet que celui qui en est chargé soit tenu de faire avoir au légataire ce qui lui manque par rapport à cette chose, ou qu'il lui en paie l'estimation, s'il ne peut la lui faire avoir. Par exemple, si le légataire n'avoit que la nue propriété de la chose qui lui a été léguée, l'héritier sera tenu de racheter l'usufruit pour faire avoir au légataire la pleine propriété; et si celui à qui cet usufruit appartient ne veut pas le vendre, l'héritier sera tenu de payer au légataire l'estimation de cet usufruit qui lui manque en la chose léguée.

Si le légataire étoit propriétaire de la chose qui lui a été léguée, mais qu'il l'eût donnée en nantissement, l'héritier sera tenu de la dégager pour faire avoir au légataire la possession de cette chose qui lui manquoit; l. 86, ff. *de leg.* 1^o.

Pareillement, si le légataire n'avoit qu'une propriété résoluble et sujette à éviction, *putà*, si le légat-

taire étoit propriétaire de la chose, avec charge de substitution, dans le cas d'une certaine condition, l'héritier sera tenu de le rendre propriétaire incommutable, en rachetant le droit du substitué, lorsqu'il y aura ouverture à la substitution, ou d'en payer l'estimation au légataire; l. 39, §. 2; l. 82, *ppio.*, et §. 1, ff. *de leg.* 1^o.

Lorsque le légataire n'étoit pas propriétaire à titre lucratif de la chose qui lui a été léguée, le legs qui lui en a été fait est encore valable, à l'effet que l'héritier chargé du legs soit tenu lui rendre le prix qu'il lui en coûte pour en devenir le propriétaire; l. 34, §. 7, ff. *de leg.* 1^o, et *passim tit. de leg. in Pand. Justinian.* n. 131, 132. *Nec enim videtur perfectè cujusque id esse cujus ei pretium abest. d. n. 131.*

§. IV. Des choses hors le commerce.

Il est évident que le legs d'une chose qui n'est pas dans le commerce n'est pas valable, tel que seroit le legs d'une place publique, d'un cimetière, d'une église, d'un prieuré, d'un canonicat.

Le legs d'une compagnie de cavalerie, d'un office d'écuyer du roi, etc., paroîtroit aussi nul, ces offices étant des choses qui ne sont pas dans le commerce. Néanmoins, comme les personnes qui ont les qualités pour obtenir ces offices en obtiennent l'agrément, moyennant une somme d'argent qu'on donne à celui qui s'en démet, ne pourroit-on pas dire qu'un tel legs, fait à une personne de qualité à obtenir ces offices, peut être valable, non comme étant le legs de l'office, qui, étant chose hors du commerce, ne peut être l'ob-

jet d'un legs, mais comme étant dans l'intention du testateur, plutôt que selon les termes dont il s'est servi, le legs de la somme d'argent nécessaire pour en obtenir l'agrément.

Les legs de matériaux unis à des édifices n'étoient pas valables par le droit romain, parcequ'un sénatus-consulte en avoit interdit le commerce; n'ayant point dans notre droit aucune loi qui l'interdise, le legs de ces choses doit être valable; mais si ces matériaux légués ne pouvoient être séparés sans dommage, il est de l'équité que l'héritier chargé du legs soit recevable à payer au légataire l'estimation à la place de la chose.

Il ne faut pas mettre sur cette matière, au rang des choses qui sont hors le commerce, les héritages qui appartiennent à l'église ou aux mineurs; car il suffit que ces héritages puissent être aliénés en certains cas et avec certaines formalités, pour qu'ils soient regardés comme n'étant pas absolument hors du commerce et comme susceptibles d'estimation, ce qui suffit pour que le legs en soit valable, à l'effet que l'héritier grevé du legs soit tenu, faute de pouvoir acquérir la chose, d'en payer au légataire l'estimation.

A l'égard des biens du domaine du prince, ils sont absolument hors le commerce, et le legs qui seroit fait de quelqu'un de ces biens ne seroit pas valable. *Facit.*, l. 39, §. *fin.*, ff. *de leg.* 1^o.

Non seulement le legs des choses qui sont hors du commerce général n'est pas valable, le legs de celles qui sont dans le commerce général, mais dont le commerce est, par une loi particulière, interdit à la per-

180 TRAITÉ DES DONATIONS TESTAMENTAIRES,
sonne du légataire, ne l'est pas non plus; c'est pour
cette raison que l'édit de 1749 déclare nuls les legs
d'héritages faits à des gens de main-morte.

§. V. Des choses qui s'éteignent par la mort du testateur.

Il est évident que le legs des choses qui sont de nature à s'éteindre par la mort du testateur, ne peut être valable, tel que seroit le legs d'un droit d'usufruit qui appartiendroit au testateur; l. 24, §. 1, ff. *de leg.* 1^o.

§. VI. Des legs *in faciendo*.

Il nous reste à observer que non seulement les choses peuvent faire l'objet des legs, mais aussi les faits; un testateur peut charger son héritier, ou toute autre personne qu'il peut grever du legs, de faire telle chose ou de s'abstenir de faire telle chose en la considération d'une telle personne qui y a intérêt; par exemple, c'est un legs valable fait à Pierre, lorsque je charge mon héritier de blanchir le mur de sa maison, qui est vis-à-vis de celle de Pierre, pour donner du jour à la sienne, et pareillement celui par lequel je chargerois mon héritier de ne point louer à des serruriers ou autres ouvriers, sa maison voisine de celle où loge Pierre, tant que Pierre y demeurera.

Pour que le legs d'un fait soit valable, il faut que le legs soit possible, licite, et que le locataire y ait intérêt.

ARTICLE II.

Jusqu'à quelle concurrence peut-on léguer.

Par le droit romain, un testateur dispose de tous ses biens par l'institution d'héritier, mais il n'en peut disposer que des trois quarts par legs particuliers, ni même par fidéicommiss universel, l'héritier ayant le droit de retenir la quarte falcidie vis-à-vis des légataires, et la quarte trebellianique vis-à-vis des fidéicommissaires universels.

A l'égard du droit coutumier, les coutumes sont fort partagées sur la quantité des biens dont on peut disposer par testament.

La coutume de Berri ne distingue point les propres des autres biens; et ne restreint point, par rapport à aucuns biens, le pouvoir d'en disposer; plusieurs coutumes ne permettent de disposer que d'une partie de ses biens, sans distinguer les propres des autres, et elles fixent différemment cette portion, les unes au quart, d'autres au tiers; celle de Bourgogne aux deux tiers; le plus grand nombre de coutumes permet de disposer par testament de tous ses meubles et acquêts, mais ne permet de disposer que d'une portion des propres.

Elles diffèrent encore, en ce que les unes permettent de disposer des meubles et acquêts en total, soit que le testateur ait des propres ou non; quelques autres, au contraire, subrogent les acquêts aux propres, lorsque le testateur n'a point laissé de propres, et même les meubles aux propres et aux acquêts, lorsque

le testateur n'a laissé ni propres ni acquêts, et ne permettent, en ces cas, d'en léguer que la même portion qu'il auroit pu léguer des propres, s'il en eût eu.

Les coutumes fixent aussi différemment la portion dont on peut disposer des propres; les unes la fixent à la moitié, les autres au tiers, les autres au quart, les autres au quint; il y en a qui distinguent entre les propres féodaux et les autres propres, en ne permettant de disposer que du quint des propres tenus en fief, et permettant de disposer du quart, du tiers, de la moitié des autres.

Il y a des coutumes qui, en restreignant le pouvoir de disposer des propres, quant à la propriété, à une certaine portion, permettent, néanmoins, de disposer du total, quant à l'usufruit, ou permettent de disposer, les unes de trois années, les autres d'une année du revenu desdits propres.

Celles de Paris et d'Orléans, qui sont les seules auxquelles nous nous attachons, qui sont en ce point suivies d'un très grand nombre de coutumes, permettent de disposer par testament de tous les meubles et acquêts, et du quint des propres, *et non plus avant.*

§. I. Quels sont les biens jusqu'à concurrence desquels nos coutumes permettent de disposer par testament.

Les biens jusqu'à concurrence desquels il est permis à quelqu'un de tester sont ceux qui lui appartenoient à son décès, et qu'il laisse dans sa succession; les légataires ne peuvent rien prétendre sur ceux qu'il avoit donnés entre-vifs à quelqu'un de ses enfants quoique le donataire, qui se porte héritier, les rapporte

à la succession ; car ce rapport ne se fait qu'en faveur de ses cohéritiers ; ce n'est que vis-à-vis d'eux que ces propres rapportés à la succession sont mis dans la masse des biens de la succession ; mais vis-à-vis des légataires, qui ne doivent point profiter de ce rapport, qui n'est pas fait pour eux, ils n'en font pas partie.

§. II. Quels sont les propres dont nos coutumes réservent les quatre quints à l'héritier.

Les propres dont nos coutumes réservent à l'héritier les quatre quints sont les propres réels.

Nous avons expliqué en notre *traité des Divisions des biens*, quels étoient ces propres réels ; nous y renvoyons. Nous observerons que non-seulement les héritages, mais aussi les rentes constituées dans les coutumes qui les réputent immeubles, et même les offices venaux, sont susceptibles de la qualité de propres de disposition :

A l'égard des propres fictifs, c'est-à-dire du emploi des propres des mineurs, qui par les art. 351 de Paris et d'Orléans, est réputé propre dans leur succession, et des propres conventionnels, ces propres ne sont point réputés pour tels en cette matière, à moins que la convention, qui forme le propre conventionnel, ne contienne une extension expresse au cas de la disposition, comme lorsqu'une femme a stipulé propre une certaine somme à ceux du côté et ligne, en ces termes : *Quant à tous effets, même quant à la disposition.*

Lorsqu'une personne a, par contrat de mariage, ameubli un de ses propres réels, cet ameublement n'empêche pas que cet héritage, pour ce qui en de-

meure dans la succession de cette personne qui a fait l'ameublement, soit sujet à la réserve des quatre quints, comme s'il n'avoit point été ameubli; car l'ameublement n'a d'effet que vis-à-vis l'autre conjoint, et n'ôte point à l'héritage ameubli la qualité de propre qu'il a.

§. III. Sont-ce les quatre quints de chaque propre, ou du total des propres que la coutume réserve aux héritiers.

Ce sont les quatre quints de l'universalité des propres du défunt, et non pas les quatre quints de chaque héritage propre que nos coutumes réservent à l'héritier; c'est pourquoi si on a légué à quelqu'un un certain héritage propre, l'héritier n'en peut rien retenir, si cet héritage n'exécède pas en valeur la cinquième partie du montant de tous les propres.

Lorsque le défunt a laissé des propres situés en différentes coutumes: par exemple, s'il a laissé des propres situés dans la coutume de Paris, de valeur de quatre-vingt et tant de mille livres, et qu'il ait laissé dans la coutume d'Orléans des propres de valeur de 20,000 livres, qu'il ait légué les propres situés en la coutume d'Orléans en entier, l'héritier pourra-t-il retenir les quatre quints de ces propres? Le légataire lui opposera qu'il est rempli des quatre quints que les coutumes de Paris et d'Orléans lui réservent dans le total des propres de la succession par les propres situés en la coutume de Paris, de valeur de quatre-vingt et tant de mille livres, qui fait plus des quatre quints de la valeur du total des propres de la succession. L'héritier réplique que les coutumes de Paris et d'Orléans lui déférant in-

dépendamment l'une de l'autre la succession des biens situés dans leur territoire, chacune de ces coutumes lui réserve les quatre quints des propres situés dans son territoire; ce ne sont donc point les quatre quints des propres situés dans les différentes coutumes qui lui sont réservés; car il faudroit pour cela qu'il y eût une loi générale qui eût empire sur tous les territoires, qui le lui réservât, et il n'y en a point; les quatre quints des propres situés en la coutume d'Orléans sont donc véritablement réservés à l'héritier séparément, et indépendamment des propres situés en la coutume de Paris, que la coutume de Paris lui réserve; il peut donc les retenir et retrancher sur le legs de tous les propres situés en la coutume d'Orléans qui a été fait au légataire.

Il reste une question: doit-il, pour retenir les quatre quints des propres situés à Orléans, offrir d'abandonner le quint de ceux situés à Paris, qui n'est pas légué? Nous traiterons cette question au §. 5, où je renvoie.

Lorsque le défunt a laissé des propres situés dans une même coutume, mais affectés à différentes lignes, *putà*, des propres paternels et des propres maternels, sont-ce les quatre quints de l'universalité générale de tous ces propres, ou les quatre quints des propres de chaque ligne qui sont réservés à l'héritier? Par exemple, si le défunt avoit pour quatre-vingt et tant de mille livres de propres paternels, et pour 20,000 livres seulement de propres maternels, et qu'il eût légué les propres maternels en entier, l'héritier aux propres maternels pourroit-il en retenir les quatre quints? La raison de douter est que la coutume permet en général et indistinctement

de disposer du quint de ses propres, *et non plus avant*; d'où il semble suivre, que dans cette espèce, le legs n'excédant pas le quint de tous les propres du testateur, il ne peut souffrir de retranchement; néanmoins je pense que l'héritier maternel peut, en ce cas, retenir les quatre quints des propres de cette ligne; la coutume ayant eu pour motif de conserver les biens dans les familles, elle a dû avoir en vue l'intérêt de chaque famille, et, par conséquent, son esprit est, non de réserver les quatre quints des propres en général, mais de réserver à chaque famille les quatre quints des propres qui lui sont affectés. Lalande est d'avis contraire, et il s'appuie sur un arrêt rapporté par Charondas; mais il ne paroît pas que cet arrêt soit suivi, puisque Lebrun, Duplessis, Renusson, sont du sentiment que nous tenons.

Le légataire, en ce cas, doit-il être indemnisé sur les biens disponibles auxquels succèdent les héritiers paternels, du retranchement qu'ils souffrent de la part des maternels? Nous traiterons cette question ci-après au §. 5.

§. IV. En faveur de quel héritier la réserve des quatre quints est-elle faite.

C'est aux héritiers du côté et ligne d'où les propres procèdent que nos coutumes réservent les quatre quints des propres; c'est pourquoi, s'il ne se trouvoit aucun parent du défunt qui fût parent du côté de celui qui a mis l'héritage dans la famille, et qu'en conséquence les plus proches parents du défunt fussent héritiers de ces biens, non comme de biens propres,

mais comme de biens ordinaires, il n'y auroit pas lieu à la réserve coutumière, et les legs que le défunt auroit faits seroient valables, non seulement jusqu'à la concurrence du quint, mais jusqu'à la concurrence du total de ses propres, qui ne différeroient point, en ce cas, des biens ordinaires, à plus forte raison cette décision doit-elle avoir lieu, lorsqu'à défaut de parents, la succession est déferée ou à la veuve du défunt, ou au mari de la défunte, ou au fisc.

Observez que la réserve des quatre quints des propres est faite aux héritiers de la ligne en leur qualité d'héritiers; c'est pourquoi les plus proches parents de la ligne n'y peuvent avoir aucune part, s'ils ne se portent héritiers du défunt.

Si donc une personne ayant pour ses héritiers aux propres deux parents de la ligne au même degré, fait l'un deux son légataire universel, ce légataire universel, qui renoncera à la succession pour se tenir à son legs, ne pourra rien prétendre dans les quatre quints des propres qui appartiendront à l'autre parent seul qui se sera porté héritier.

En cela la légitime coutumière est différente de la légitime de droit; celle-ci est accordée aux enfants, principalement en leur qualité d'enfants; c'est pourquoi, de deux enfants dont l'un est héritier l'autre légataire, l'enfant héritier n'a que sa part dans la légitime de droit, l'enfant légataire est compté, et prend sa légitime dans ce qui lui est légué, mais la légitime coutumière est accordée à l'héritier, en sa qualité d'héritier; c'est pourquoi elle appartient en entier à ceux seulement qui ont pris la qualité d'héritier.

§. V. De l'effet de la réserve.

Lorsque l'héritier se croit grevé de legs au-delà de la valeur des biens dont la coutume permet de disposer, il lui est permis de se décharger entièrement du legs, en abandonnant aux légataires les biens disponibles; c'est-à-dire les meubles, les acquêts, et le quint des propres.

Ce que l'héritier qui fait l'abandon devoit au défunt, doit-il être compris dans cet abandon? La raison de douter pouvoit être que cette créance qu'avoit le défunt contre son héritier ayant été éteinte par la confusion qui s'en est faite, elle n'existe plus, et ne peut plus, par conséquent, être abandonnée; mais l'avantage de la libération de cette dette que l'héritier a ressenti en devenant l'héritier de son créancier, est un avantage subsistant que l'héritier a retiré de la succession, lequel doit faire partie de l'abandon. L'héritier qui fait cet abandon doit aussi compter de tous les fruits qu'il a perçus des biens disponibles; c'est-à-dire des fruits des acquêts et du cinquième du fruit des propres; *nam fructus augeant hæreditatem.*

L'héritier qui, ayant connoissance du testament, auroit disposé d'une partie du mobilier, sans faire aucun inventaire, pourroit n'être pas reçu à faire cet abandon, et être condamné à payer tous les legs particuliers, faute de pouvoir constater, comme il l'auroit dû, le montant du mobilier de la succession dont il offre faire l'abandon; on peut, pour le décider, tirer argument de la constitution de Justinien, qui dénie la falcidie à l'héritier qui a manqué de faire inventaire.

Que si l'héritier avoit disposé du mobilier, sans faire inventaire, avant que d'avoir connoissance du testament, je ne pense pas qu'on pût lui reprocher qu'il n'a point fait d'inventaire, mais qu'il seroit recevable dans ses offres de compter aux légataires du prix des choses dont il avoit disposé, sauf aux légataires à justifier les omissions.

A l'égard de l'héritier qui ne succède qu'aux propres n'ayant à abandonner que la cinquième partie des propres, il est évident qu'il n'est pas besoin d'aucun inventaire pour cet abandon.

Sur les biens abandonnés par l'héritier aux légataires pour l'acquittement des legs, il faut prendre de quoi payer une portion des dettes de la succession, proportionnée à la raison dans laquelle sont ces biens abandonnés avec le total de la succession; par exemple, si le total des biens monte à 36,000 livres, et que les disponibles qu'on abandonne aux légataires, montent à 24,000 livres, qui font les deux tiers des 36,000 livres, il faudra prendre sur ces 24,000 livres abandonnées aux légataires les deux tiers des dettes, frais funéraires et autres charges de la succession; *nec obstat*, que les légataires particuliers ne sont pas tenus des dettes de la succession; car il est vrai qu'ils n'en sont pas tenus directement, et par leurs qualités de légataires particuliers, et qu'en conséquence, s'il y avoit dans les biens disponibles de quoi acquitter entièrement, tant les dettes que les legs, les légataires particuliers percevroient leurs legs sans aucune diminution, sans rien porter des dettes; mais les biens disponibles que l'héritier abandonne pour l'acquittement

des legs renfermant, en tant que *biens*, la charge et déduction des dettes; suivant cette règle: *Bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno*; les légataires ne peuvent être payés que sur le surplus qui reste de ces biens, après que la portion de ces dettes, dont ces biens disponibles sont tenus, aura été acquittée; d'où il arrive que, si le surplus qui restera n'est pas suffisant pour acquitter tous les legs, les légataires souffrent indirectement des dettes.

On doit retenir et déduire sur les biens disponibles abandonnés par l'héritier, non seulement ce qui est dû à des tiers pour la part que ces biens en doivent porter, mais même ce que le défunt devoit à l'héritier qui fait l'abandon pour la part que lesdits biens en doivent porter, l'héritier qui en étoit le créancier, en faisant sur lui-même confusion de cette dette, l'a, par cette confusion, acquittée en entier à ses dépens, et a libéré les biens disponibles de la part que lesdits biens en devoient porter, et il en doit, par conséquent, être indemnisé sur lesdits biens pour ladite part, comme il le seroit des dettes qu'il auroit payées en entier à des tiers à qui elles étoient dues.

Lorsqu'il y a des dettes conditionnelles dont la condition est encore pendante, ou des dettes contestées, il n'y a rien à retenir pour raison desdites dettes, puisqu'il n'est pas certain qu'il soit rien dû; mais l'héritier peut demander que les légataires auxquels il fait l'abandon lui donnent caution de rapporter la part dont les biens abandonnés doivent être tenus desdites dettes, si la condition existe, ou qu'il soit jugé qu'elles soient dues; et faute de donner cette caution, on doit laisser

en dépôt la somme à laquelle pourra monter cette part.

Lorsque depuis l'abandon, des dettes qui n'étoient pas connues sont apparues, que l'héritier a été obligé de payer en entier, l'héritier a action contre les légataires, pour répéter contre eux la part que les biens disponibles abandonnés doivent porter de ces dettes. Cette action est celle qu'on nomme en droit *condictio indebiti*, qui a lieu lorsque quelqu'un a payé plus qu'il ne devoit; car l'héritier, en faisant son abandon sans retenir cette somme qu'il avoit droit de retenir, et qu'il auroit retenue si ces dettes eussent été pour lors connues, se trouve avoir payé aux légataires plus qu'il ne devoit.

Chacun des légataires est tenu de cette action à proportion de ce qu'il a eu pour sa part dans les biens abandonnés.

Après qu'on a déduit et prélevé sur les biens disponibles la somme à laquelle monte la part que ces biens doivent porter des dettes et autres charges de la succession, ce qui en reste doit se partager entre tous les légataires particuliers, au prorata et au marc la livre de leurs legs; s'il ne se trouve pas de quoi acquitter tous les legs, chaque legs souffrira diminution à proportion de ce qui manque pour l'acquittement du total.

Les legs faits à des hôpitaux, ceux faits pour des prières et autres legs pieux n'ont aucun privilège dans cette contribution; cela a été jugé il y a fort longtemps contre l'Hôtel-Dieu d'Orléans.

C'est une question, si les légataires de corps certains qui se trouvent en nature parmi les biens abandonnés,

doivent entrer dans cette contribution avec les légataires de sommes d'argent ou de choses indéterminées, et souffrir dans leurs legs la même diminution que souffriront les autres légataires, ou s'ils doivent prendre le corps certain qui leur est légué, sans entrer dans aucune contribution avec les autres legs? En faveur de la contribution, on cite la loi 56, §. 4, ff. *ad leg. falc.*, qui décide nettement que le legs d'un corps certain et le legs d'une somme d'argent souffrent l'un et l'autre un semblable retranchement pour la falcidie; on ajoute que le testateur ayant également voulu que les légataires d'une somme d'argent eussent la somme entière qu'il leur a léguée, comme il a voulu que les légataires de corps certains eussent les corps certains entiers qu'il leur a légués; la condition des uns et des autres, qui ont en leur faveur une égale volonté du testateur, doit être égale, et ils doivent, par conséquent, souffrir un égal rerranchement dans leurs legs, lorsque la volonté du testateur ne peut pas s'accomplir en entier.

D'un autre côté, pour le sentiment contraire, on dit que le testateur a, en mourant, transféré la propriété des corps certains qu'il a légués, aux légataires auxquels il les a légués, suivant les principes que nous verrons *infra*, chap. 2; ces légataires ont donc droit de se faire délivrer la possession des choses qui leur appartiennent, les dettes de la succession étant une charge de l'universalité des biens, et non de ces corps certains que le testateur en a distraits pour les léguer, suivant cette maxime: *Æs alienum universi patrimonii, non singularum rerum onus est.* Les légataires de ces

corps certains ne peuvent être tenus des dettes, tant qu'il y a dans l'universalité des biens disponibles de quoi acquitter la part des dettes dont cette universalité est tenue. Ces légataires de corps certains n'ayant rien de commun avec les autres légataires, dont les legs doivent être acquittés sur ce qui restera de l'universalité des biens disponibles, il n'y a aucune raison qui puisse obliger ces légataires de corps certains à venir en contribution avec les légataires particuliers de sommes d'argent, et autres dont les legs sont payables sur l'universalité des biens disponibles, puisque ces légataires de corps certains n'ont rien à prendre dans cette universalité, étant légataires de choses que le testateur en a distraites et séparées en les leur léguant. A l'égard de ce qui a été allégué ci-dessus en faveur de la contribution, la réponse est que l'argument tiré de la loi *falcidienne* n'a ici aucune application; la *quarte falcidienne* étoit la *quarte* de tous les biens que le testateur délaissoit lors de sa mort; lorsque ces biens se trouvoient épuisés par les legs, l'héritier avoit droit de retenir sa *quarte* dans tout ce qui composoit les biens de la succession; il étoit propriétaire par indivis pour un quart des corps certains qui avoient été légués, avec les légataires, qui, au moyen de la *falcidienne*, n'en étoient propriétaires que pour les trois autres quarts; c'est pourquoi la *falcidienne* s'exerce également sur les legs de corps certains comme sur les autres; mais, dans notre droit coutumier, la légitime que nos coutumes accordent à l'héritier, consistant dans les quatre quints des propres seulement, et ne s'étendant point aux autres biens, les lois qui concer-

ment la falcidienne n'ont aucune application. A l'égard de l'autre objection, la réponse est que le testateur, en n'assignant aucun corps certain de ses biens aux légataires de sommes d'argent et de choses indéterminées, a voulu qu'ils fussent payés sur ce qui resteroit de l'universalité des biens disponibles, après qu'on en auroit distrait les corps certains dont il avoit spécialement disposé. Cette volonté renferme tacitement la condition, si et autant qu'il se trouvera dans lesdits biens de quoi les acquitter, et, en cela ces legs différent de ceux des corps certains qui ne renferment point une pareille condition, mais qui sont sujets à s'éteindre, si le corps certain qui en fait l'objet venoit à périr. Ce dernier sentiment, qui n'assujettit point les légataires de corps certains à la contribution, me paroît le plus probable; c'est celui de Duplessis.

Lorsque le testateur a légué certains héritages propres qui font plus que le quint de ses propres, c'est une grande question si, pour pouvoir retenir sur les propres légués l'excédant du quint que les coutumes lui permettent de léguer, l'héritier est obligé d'abandonner au légataire tous les biens disponibles auxquels il succède? Pour la négative, on allègue ce brocard de droit: *Voluit quod non potuit, noluit quod potuit*. L'héritier peut retenir l'excédant du quint des propres, parceque le testateur, en le léguant, a voulu cé qu'il ne pouvoit, *voluit quod non potuit*; mais il n'est pas obligé, dit-on, d'abandonner à la place au légataire les biens disponibles; car on ne peut pas dire qu'il ait voulu les lui léguer, *noluit quod potuit*, et, par conséquent, le légataire ne peut pas les prétendre.

On ajoute qu'un testateur peut bien, à la vérité, léguer les choses d'autrui et celles qui appartiennent à son héritier, mais qu'il ne peut pas léguer celles dont le legs est spécialement défendu : or, dit-on, tel est l'excédant du quint des propres, puisque nos coutumes disent, absolument, *peut tester de ses meubles et acquêts et quint des propres, et non plus avant*. On ajoute que, suivant la constitution de Justinien, en la loi 36, *cod. de inoff. test.*, suivie parmi nous, lorsque quelqu'un a légué l'usufruit de tous ses biens, l'enfant qui retient la propriété de la portion des biens qui lui est due pour sa légitime n'est pas obligé, pour retenir l'usufruit de cette portion, d'abandonner au légataire, à la place de cet usufruit qu'il lui ôte, la propriété de l'autre portion des biens que le testateur auroit pu léguer, s'il l'eût voulu ; d'où l'on conclut *à pari* que l'héritier n'est pas obligé, pour retenir sa légitime coutumière dans les propres, d'abandonner les autres biens disponibles. Nonobstant ces raisons, l'opinion de ceux qui pensent que l'héritier ne peut retenir les quatre quints des propres qu'en abandonnant tous les biens disponibles auxquels il succède, me paroît la plus probable. La coutume, en réservant à l'héritier les quatre quints des propres du défunt, ne lui peut pas donner plus de droit dans ces propres qu'il en a dans sa propre chose ; par conséquent, si, suivant qu'il est défini en droit, il ne peut refuser la prestation du legs de sa propre chose qu'en abandonnant les biens disponibles auxquels il succède, il ne peut, par la même raison, refuser la prestation du legs des propres, même pour les portions que la loi lui réserve, qu'en abandonnant

196 TRAITÉ DES DONATIONS TESTAMENTAIRES ,
au légataire les biens disponibles. La différence qu'on veut mettre, pour se tirer de cet argument, entre le legs de la propre chose de l'héritier et le legs des quatre quintes des propres, en disant qu'aucune loi ne défend de léguer la chose de son héritier, et que notre loi municipale défend de léguer les quatre quintes des propres, n'a aucune solidité; car premièrement on ne trouvera pas que nos coutumes de Paris et d'Orléans défendent expressément de léguer les quatre quintes des propres; ces termes, *et non plus avant*, qui se trouvent après ceux-ci, *peuvent disposer par testament..... de tous leurs biens meubles, acquêts, et conquêts immeubles, et de la cinquième partie de tous leurs propres héritages*, se rapportent à toute la phrase, et non pas seulement aux derniers mots, *et de la cinquième partie de tous leurs propres*; et, par conséquent, la loi ne défend pas simplement de disposer *plus avant* que de la cinquième partie des propres; mais elle défend de disposer *plus avant que de tous les meubles, acquêts, et quintes des propres*; la loi n'a donc pas tant voulu annuler le legs de ce qui excéderoit le quint des propres, qu'elle a voulu conserver à l'héritier cet excédant, et lui permettre de le retenir en abandonnant, à la place, au légataire les autres biens disponibles auxquels il succède, et il paroît que c'est son esprit, par l'art. 195, par lequel elle lui permet de faire cet abandon. 2° Quand même la loi, en permettant de léguer le quint des propres avec les autres biens disponibles, auroit expressément défendu de disposer des quatre autres quintes, cette défense, qui ne se seroit faite que pour l'intérêt de l'héritier à qui la loi veut les conserver, n'auroit

d'autre effet que de donner à l'héritier le droit de les retenir, en abandonnant les biens disponibles que le testateur lui a laissés, pouvant les lui ôter; ce qui se prouve par l'exemple du legs qu'un mari a fait d'un fonds dotal de sa femme; certainement toute disposition du fonds dotal, soit entre-vifs, soit testamentaire, est expressément défendue au mari, par la loi *Julia*; néanmoins, le jurisconsulte, en la loi 13, §. 4, ff. *de fund. dotal.*, décide que le legs du fonds dotal est valable, lorsque le mari a institué héritier sa femme, à qui le fonds dotal doit être rendu, et qu'il lui laisse dans sa succession autant ou plus que ne vaut le fonds dotal; et la raison est parceque la femme, pour l'intérêt de laquelle la défense de l'aliénation du fonds dotal est faite, se trouve hors d'intérêt, trouvant dans la succession des biens qui équipollent à ce fonds dotal, et ayant même la liberté de le conserver, en n'acceptant pas la succession; par la même raison, le legs des propres, même pour les quatre quints, doit valoir, lorsque le testateur laisse à la place, à son héritier, d'autres biens dont il auroit pu disposer, puisque cet héritier, pour l'intérêt duquel la loi a été faite, a d'autres biens à la place des quatre quints des propres, et qu'il est même le maître de les retenir, en abandonnant les autres biens. On voudra peut-être établir une différence entre la femme pour le fonds dotal, et l'héritier pour les quatre quints des propres, en disant que la loi *Julia* ayant eu en vue de conserver une dot à la femme, pour qu'elle puisse se remarier, il est indifférent, pour cette vue, qu'elle ait son fonds dotal ou d'autres biens à la place; au lieu que la vue de la coutume étant de

conserver les propres dans les familles, il n'est pas indifférent, pour la vue de la loi, que ce soit ces propres ou d'autres biens à la place qui soient réservés à l'héritier : la réponse est qu'il suffit, pour remplir la vue de la coutume, que l'héritier demeure le maître de conserver ces propres, en abandonnant les biens disponibles; qu'il ne peut pas avoir plus d'affection aux propres de la succession du testateur qu'à ses propres biens; néanmoins, on convient que le legs de la propre chose de l'héritier est valable; pourquoi celui des propres du testateur ne le seroit-il pas, même pour les quatre quints, lorsque le testateur laisse à l'héritier d'autres biens disponibles, qu'il est le maître d'abandonner, s'il veut conserver lesdits quatre quints?

A l'égard de l'argument qu'on tire de la constitution de Justinien, qui, dans le cas d'un legs d'usufruit de tous les biens, permet à l'enfant légitimataire de retenir la pleine propriété de sa légitime, sans être obligé d'abandonner au légataire la propriété de l'autre portion des biens de la succession dont le testateur auroit pu disposer; la réponse est que cette constitution, contenant un droit singulier qui n'est fondé que sur la grande faveur de la légitime de droit, ne doit pas être étendue à la légitime coutumière, qui n'a pas la même faveur.

L'opinion que nous avons suivie est celle de Dumoulin sur la coutume de Paris, et en ses notes sur les coutumes de Montargis et d'Auvergne. Ricard l'accuse mal-à-propos de tomber en contradiction avec lui-même, par sa note sur l'article 263 de la coutume de Reims.

La jurisprudence n'est pas bien certaine sur cette question; il y a beaucoup d'arrêts pour et contre, et il y en a un assez moderne, contraire à notre opinion. Ricard et Duplessis apportent un tempérament à l'opinion que nous avons embrassée; ils pensent que l'héritier qui veut retenir les quatre quints des propres qui ont été légués, ne doit pas être obligé d'abandonner précisément aux légataires tous les biens disponibles, et qu'il doit suffire qu'il en abandonne jusqu'à la concurrence de la valeur des quatre quints qu'il veut retenir; ce tempérament est rejeté par Dufresne, en son *Journal des Audiences*, et le sentiment de Dufresne paroît plus conforme aux principes de droit, qui ne permettent pas à l'héritier grevé du legs de sa propre chose d'en donner l'estimation à la place.

C'est une question qui dépend de la décision de la précédente, de savoir si, lorsque le testateur a légué tous les propres situés dans une coutume, l'héritier, qui veut retenir la portion que cette coutume lui réserve, est obligé d'abandonner au légataire les portions disponibles des propres situés dans les autres coutumes? Dumoulin décide pour l'affirmative; car, en sa note sur l'art. 4, chap. 12 de la coutume d'Auvergne, qui défend de léguer plus du quart de ses biens, il dit: *Fallit si habet bona alibi sita, ubi potest amplius legare, quia residuum capietur in bonis alibi sitis.*

Lorsque l'héritier aux propres, qui retranche du legs d'un héritage propre les quatre quints que la loi lui réserve, n'est point l'héritier des autres biens disponibles, le légataire peut-il demander aux héritiers des biens disponibles l'estimation des quatre quints des

propres qui lui ont été retranchés? Dumoulin, sur Paris, §. 93, décide qu'il ne le peut; *quia*, dit-il, *legatum est de certo corpore*; or, le testateur qui lègue un corps certain de sa succession n'est censé charger de ce legs que ceux de ses héritiers qui y succèdent, comme nous le verrons par la suite; ne pourroit-on pas dire que cette règle n'a lieu que lorsque l'héritier qui succède à ce corps certain pouvoit être chargé de la prestation du legs de ce corps certain; mais que, lorsqu'il ne pouvoit pas en être chargé, le testateur doit être présumé en avoir chargé ses autres héritiers qui n'y succèdent pas? Il est certain qu'il pouvoit, s'il eût voulu, charger de la prestation des quatre quints des propres l'héritier de l'autre ligne, puisqu'on peut charger son héritier de la prestation du legs de la chose d'autrui; or, on ne doit pas présumer qu'il l'a voulu, puisqu'il n'avoit pas d'autres moyens de les léguer valablement, qu'en chargeant de la prestation de ces quatre quints l'héritier de l'autre ligne, qui succède à ses biens disponibles, et qu'il en pouvoit seul charger; et que c'est une maxime puisée dans la nature, que quiconque veut la fin est censé vouloir les moyens obviés et nécessaires pour y parvenir.

Nonobstant ces raisons, je ne crois pas que le légataire puisse réussir dans sa demande contre les héritiers aux meubles et acquêts; car si, sur les questions précédentes, ce n'est qu'avec grande peine qu'on s'est déterminé à récompenser le légataire sur les meubles et acquêts, lorsque c'est le même héritier qui succède aux propres et aux meubles et acquêts, et que la jurisprudence n'en est pas même bien constante, cette ré-

compense doit souffrir infiniment plus de difficulté lorsque ce ne sont pas les mêmes héritiers.

CHAPITRE V.

De l'exécution des testaments; de l'effet des legs, et des actions des légataires.

SECTION PREMIÈRE.

Des exécuteurs testamentaires.

Quoique l'héritier soit chargé de droit de l'exécution des dernières volontés du défunt, et qu'il ne soit pas nécessaire d'en charger d'autres personnes, néanmoins il est assez d'usage que les testateurs, pour procurer une plus sûre, plus exacte, et plus diligente exécution de leurs dernières volontés, nomment, par leurs testaments, des personnes à qui ils la confient; on les appelle exécuteurs testamentaires.

ARTICLE PREMIER.

De la nature de la charge d'exécuteur testamentaire, et quelles personnes peuvent la remplir.

La charge d'exécuteur testamentaire n'est point une charge publique, c'est un simple office d'ami; d'où il résulte, 1° que cette charge est volontaire, et que les personnes que le testateur a nommées pour ses exécuteurs testamentaires ne peuvent être forcées à accepter cette charge.

compense doit souffrir infiniment plus de difficulté lorsque ce ne sont pas les mêmes héritiers.

CHAPITRE V.

De l'exécution des testaments; de l'effet des legs, et des actions des légataires.

SECTION PREMIÈRE.

Des exécuteurs testamentaires.

Quoique l'héritier soit chargé de droit de l'exécution des dernières volontés du défunt, et qu'il ne soit pas nécessaire d'en charger d'autres personnes, néanmoins il est assez d'usage que les testateurs, pour procurer une plus sûre, plus exacte, et plus diligente exécution de leurs dernières volontés, nomment, par leurs testaments, des personnes à qui ils la confient; on les appelle exécuteurs testamentaires.

ARTICLE PREMIER.

De la nature de la charge d'exécuteur testamentaire, et quelles personnes peuvent la remplir.

La charge d'exécuteur testamentaire n'est point une charge publique, c'est un simple office d'ami; d'où il résulte, 1° que cette charge est volontaire, et que les personnes que le testateur a nommées pour ses exécuteurs testamentaires ne peuvent être forcées à accepter cette charge.

De là il suit, 2^o que les personnes qui ne sont pas capables de fonctions publiques et offices civils ne laissent pas de pouvoir être exécuteurs, pourvu néanmoins qu'elles soient capables de s'obliger; car un exécuteur étant comptable de son exécution doit être capable de s'obliger à la reddition de son compte.

Il suit de ces principes, qu'une femme peut être exécutrice testamentaire, quoiqu'elle ne soit pas capable des fonctions publiques et offices civils.

Si néanmoins elle est sous puissance de mari, elle ne peut accepter, ni exercer cette charge, qu'avec l'autorité de son mari, parceque cette autorité lui est nécessaire pour s'obliger; un moine ne peut être exécuteur testamentaire, parcequ'il ne peut s'obliger.

Un mineur ne peut être exécuteur testamentaire, parceque, étant restituable contre les obligations qu'il contracte, il ne s'oblige pas efficacement.

Néanmoins, s'il étoit émancipé, et que l'objet de l'exécution testamentaire étant peu considérable, les obligations qui en pourroient résulter fussent proportionnées à ses revenus, dont l'émancipation lui donne droit de disposer, il ne devroit pas être exclus de l'exécution.

Un homme sans biens peut-il être exécuteur testamentaire? Il semble que non, puisqu'il faut qu'un exécuteur puisse s'obliger, et que vis-à-vis de ceux à qui il doit rendre compte de son exécution, ce soit presque même chose qu'il ne puisse s'obliger, ou qu'il soit sans biens; *cum perindè sit non habere actionem et habere inanem*; néanmoins, *in praxi*, un homme, quoique sans biens, ne peut guère être refusé pour

exécuteur testamentaire; car les héritiers ne sont pas recevables à demander qu'il justifie sa solvabilité, ni encore moins qu'il donne caution; le testateur ayant suivi sa foi, les héritiers doivent la suivre; on peut aussi tirer argument de ce qui est décidé en droit, que la pauvreté n'est pas une raison pour exclure d'une tutèle celui que le testateur a nommé pour tuteur de ses enfants.

Que s'il étoit survenu un dérangement considérable dans les affaires de l'exécuteur testamentaire depuis le testament, sur-tout s'il avoit fait faillite, il pourroit être exclus de l'exécution testamentaire; car alors il y a lieu de présumer que, si le testateur eût prévu ce qui est arrivé, il ne l'auroit pas nommé pour son exécuteur.

Il reste à observer qu'on peut nommer pour exécuteurs testamentaires, même ceux *quibuscum non est testamenti factio*, c'est-à-dire envers lesquels on ne peut pas disposer par testament.

C'est pourquoi dans nos coutumes, qui ne permettent pas au mari de rien laisser par testament à sa femme, *aut vice versâ*, un mari ne laisse pas de pouvoir nommer sa femme pour son exécutrice testamentaire.

Par la même raison, je pense qu'on peut nommer pour exécuteur testamentaire un étranger non naturalisé; car c'est un pur office d'ami, comme nous l'avons vu, ce n'est point un office civil, ni encore moins une fonction publique dont les étrangers sont incapables.

Observez que, lorsque le testateur a nommé pour exécuteur testamentaire une personne à qui il n'est pas

Exécuteur

Testateur
ni du noble

204 TRAITÉ DES DONATIONS TESTAMENTAIRES,
permis de rien laisser par testament, il ne laisse pas de pouvoir lui faire, par son testament, un présent modique pour le récompenser des soins de l'exécution.

ARTICLE II.

De la saisine des exécuteurs testamentaires.

§. I. Ce que c'est, et quelle est l'origine de ce droit.

Le pouvoir des exécuteurs testamentaires consiste principalement dans la saisine, que les coutumes accordent à l'exécuteur testamentaire, pour l'accomplissement du testament. Cette saisine est compatible avec celle de l'héritier; car cette saisine, qui est accordée à l'exécuteur, n'est pas une vraie possession; l'exécuteur, par cette saisine, est constitué sequestre; il n'est en possession qu'au nom de l'héritier; c'est l'héritier qui est le vrai possesseur de tous les biens de la succession, suivant la règle, *le mort saisit le vif*; c'est la doctrine de Dumoulin, qui, sur l'art. 95, de Paris, dit: *Hæc consuetudo non facit quin hæres sit saisitus ut dominus, sed operatur quod executor potest ipse manum ponere et apprehendere.... et etiam executor non est verus possessor, et nisi ut procurator tantum.*

Cette saisine des exécuteurs testamentaires est de droit coutumier, et ne vient point du droit romain. Quelquefois, chez les Romains, un testateur nommoit une personne qui n'étoit ni son héritier, ni son légataire, pour exécuter les legs d'aliments qu'il avoit faits à ses affranchis, ou à d'autres personnes; mais cet exécuteur testamentaire devoit recevoir des mains de

l'héritier les sommes, ou autres choses, que le testateur avoit destinées pour la prestation desdits aliments.

§. II. De l'étendue de cette saisine.

Nos coutumes sont différentes sur l'étendue qu'elles donnent à la saisine de l'exécuteur testamentaire. La coutume de Paris, art. 297, et la plupart des coutumes, saisissent l'exécuteur testamentaire des biens meubles de la succession, durant l'an et jour du décès, pour l'accomplissement du testament. La coutume d'Orléans, art. 290, et quelques autres, saisissent l'exécuteur non seulement des meubles, mais même des héritages de la succession.

Une autre différence entre la coutume de Paris et celle d'Orléans est que celle de Paris saisit indéfiniment l'exécuteur des biens meubles de la succession; elle ne restreint point cette saisine à ce qui est précisément nécessaire pour l'accomplissement du testament; c'est pourquoi il y a lieu de penser que, dans la coutume de Paris, l'héritier ne seroit pas recevable, pour exclure l'exécuteur de cette saisine, de lui offrir somme à suffire pour l'accomplissement du testament. La coutume de Meaux peut en cela servir d'interprétation à celle de Paris; elle porte en ces termes, en l'art. 340: Et supposé que l'héritier offre accomplir le testament et bailler caution, ou laisser ès mains de l'exécuteur autant que monte le clair du testament, l'exécuteur, toutefois dedans l'an et jour, ne sera des-saisi.

Au contraire, la coutume d'Orléans restreint la saisine des biens meubles et immeubles de la succession

qu'elle accorde à l'exécuteur, à la concurrence de ce qui est nécessaire pour l'exécution du testament; car elle s'exprime ainsi, art. 290: *Les exécuteurs sont saisis des biens meubles et héritages du testateur, jusqu'à la valeur et accomplissement du testament.*

C'est pourquoi il n'est pas douteux, dans notre coutume, que l'héritier est recevable à empêcher l'exécuteur d'être en possession des biens de la succession, en offrant de lui remettre entre les mains somme à suffire pour l'accomplissement du testament.

Observez que l'accomplissement du testament comprend, non seulement l'acquiescement des legs, mais aussi celui des dettes mobilières de la succession; car l'acquiescement de ces dettes fait partie de l'exécution testamentaire, suivant que cela est formellement exprimé en l'art. 291 de notre coutume, ce qui vient de ce que c'étoit autrefois une clause ordinaire des testaments, que le testateur ordonnoit que ses dettes fussent acquittées, et cette clause étant clause ordinaire des testaments y est toujours sous-entendue, quand même elle n'y seroit pas exprimée.

§. III. Si le testateur peut restreindre la saisine de l'exécuteur, et s'il peut l'étendre.

Le testateur peut, soit dans la coutume de Paris, soit dans la coutume d'Orléans, restreindre cette saisine de l'exécuteur à une certaine somme; cela est porté par l'art. 297 de Paris, et 290 d'Orléans; il n'est pas douteux qu'en ce cas, l'héritier peut empêcher l'exécuteur d'être en possession des biens de la succession, en lui offrant la somme portée par le testament,

quand même elle ne seroit pas suffisante pour son accomplissement.

Mais, quoique le testateur ait déterminé la somme dont son exécuteur seroit saisi, l'exécuteur n'est pas pour cela réduit au droit de demander cette somme à l'héritier, et tant que l'héritier ne la lui offre pas, l'exécuteur peut de lui-même se mettre en possession des biens de la succession, jusqu'à concurrence, néanmoins, de cette somme, à moins que le testateur n'eût expressément décidé que l'exécuteur recevrait cette somme de son héritier.

Observez que, lorsque la somme dont le testateur a voulu que son exécuteur fût saisi, n'est pas suffisante pour l'entier accomplissement du testament, l'exécution testamentaire ne laisse pas de s'étendre à tout le testament; mais l'exécuteur ne peut se mettre de lui-même en possession des biens du testateur, que jusqu'à concurrence de la somme réglée par le testament, et il doit recevoir des mains de l'héritier le surplus de ce qui est nécessaire pour l'entier accomplissement du testament. Le testateur peut bien restreindre la saisine que les coutumes accordent à l'exécuteur testamentaire; mais peut-il l'étendre? Par exemple, dans la coutume de Paris, le testateur pourroit-il ordonner que l'exécuteur seroit saisi non seulement de ses meubles, mais même de ses héritages? Pourroit-il, dans la coutume d'Orléans, ordonner qu'il seroit saisi de ses biens jusqu'à concurrence d'une somme plus grande que celle à laquelle monte l'exécution du testament? Je ne le pense pas; car c'est par la vertu de la loi que l'exécuteur a cette saisine des biens du testateur;

comme c'est en faveur du testateur que la loi l'accorde, le testateur peut bien déroger à un droit qui n'est établi qu'en sa faveur, et le restreindre, mais il ne peut l'étendre; car il ne peut, par sa seule volonté, saisir de ses biens après sa mort son exécuteur; n'y ayant que la loi qui puisse accorder à l'exécuteur cette saisine, le testateur ne peut l'accorder au-delà de ce que la loi accorde. C'est l'avis de Ricard, qui est mal-à-propos rejeté par Lemaître.

§. IV. Des effets de la saisine de l'exécuteur.

Les effets de la saisine de l'exécuteur testamentaire sont que l'exécuteur peut se mettre de lui-même en possession des biens de la succession, dont la coutume le saisit, en faisant, néanmoins, par lui un inventaire en présence des héritiers, ou eux appelés lorsqu'ils sont sur le lieu; sinon en présence du procureur du roi ou fiscal, comme nous le verrons par la suite.

L'exécuteur peut vendre à sa requête les meubles; mais il doit faire cette vente du consentement de l'héritier; et si l'héritier n'y consent pas, il doit l'assigner pour faire ordonner cette vente par le juge, ce que l'héritier ne pourra empêcher, à moins qu'il n'offrît de remettre à l'exécuteur les sommes nécessaires pour l'exécution du testament.

C'est la doctrine de Dumoulin sur l'art. 95, n. 10; *potest apprehendere, non autem vendere, sine hærede.*

Quoique la coutume de Paris le saisisse indéfiniment de tous les meubles, néanmoins le juge ne lui doit permettre d'en vendre que jusqu'à concurrence de la somme nécessaire pour l'accomplissement du testa-

ment; *non potest vendere sine hærede, et usque ad concurrentiam tantum. Mol. d. loco.*

A l'égard des héritages, quoique la coutume d'Orléans saisisse même des héritages l'exécuteur testamentaire, il ne peut ni les vendre, ni faire condamner l'héritier à en faire souffrir la vente, la saisine que la coutume lui en accorde n'étant qu'à l'effet d'en toucher les revenus pendant le temps que dure son exécution.

Il ne peut pas même en faire les baux, le temps de son exécution étant trop court.

C'est une suite de la saisine des biens meubles de la succession, que l'exécuteur peut, en sa qualité d'exécuteur, contraindre au paiement les débiteurs de la succession, et recevoir ce qu'ils doivent; et s'il n'y a point de titre exécutoire contre eux, il peut, en sa qualité, donner contre les débiteurs des demandes en justice.

Mais il ne pourroit pas, dans la coutume de Paris, recevoir le remboursement d'une rente, parceque cette coutume ne le saisit que des biens meubles.

Dans la coutume d'Orléans, qui saisit même des héritages l'exécuteur testamentaire, il sembleroit que l'exécuteur pourroit recevoir le remboursement des rentes dues à la succession; néanmoins, comme ce remboursement contient une aliénation d'immeubles, il est de la sûreté du débiteur de faire ce remboursement à l'héritier.

L'exécuteur étant saisi même des héritages dans la coutume d'Orléans, c'est une suite, qu'il peut intenter les actions pour raison de ces héritages.

C'est pourquoi notre coutume, art. 290, dit qu'il peut intenter complainte, ce qui doit s'entendre en ce sens, qu'il peut intenter cette action en sa qualité d'exécuteur, et de procureur légal de l'héritier ou de la succession, contre des tiers qui le troubleroient en la possession en laquelle il est au nom de l'héritier ou de la succession.

Peut-il l'intenter contre l'héritier lui-même, qui le troubleroit dans la saisine des biens de la succession que la coutume lui accorde? Lalande a dit mal-à-propos qu'il le pouvoit; l'héritier étant le vrai possesseur des biens de la succession, l'exécuteur ne les possédant qu'en son nom, il est évident qu'il ne peut pas former contre lui la complainte; il a seulement, en ce cas, une action qu'on appelle en droit *in factum*, par laquelle il peut conclure à ce qu'il soit fait des défenses à l'héritier de le troubler dans la disposition qu'il doit avoir des biens de la succession, pour l'accomplissement du testament.

L'exécuteur peut aussi, dans notre coutume d'Orléans, intenter les actions pétitoires, pour raison des héritages et droits appartenants à la succession, telles que l'action de revendication, l'action hypothécaire, etc.; elle s'en explique formellement, article 291: « Peut « intenter toutes actions possessoires, pétitoires, per-
« sonnelles et autres. »

Lorsqu'il y a plusieurs exécuteurs, un seul peut intenter ces actions; on peut tirer argument de la loi 24, §. 1, ff. *de admin. tut.*

Notre coutume d'Orléans donne aussi pouvoir à l'exécuteur testamentaire de défendre aux actions,

non seulement des légataires, mais à celles des créanciers de la succession pour dettes mobilières; car l'acquiescement de ces dettes, comme celui des legs, entre dans l'exécution. Notre coutume le décide expressément, art. 291: *Lesdits exécuteurs... peuvent dedans l'an être convenus et doivent, comme exécuteurs, répondre des dettes et choses mentionnées audit testament.*

Ils font néanmoins prudemment de dénoncer ces actions à l'héritier; car, faute de le faire, l'exécuteur s'exposeroit à des contestations avec l'héritier, qui pourroit soutenir qu'il n'a pas bien défendu aux demandes contre lui données, qu'il y avoit de bons moyens pour en obtenir le congé, et, sur ce prétexte, refuser de lui passer ce qu'il auroit été condamné de payer.

Les intérêts doivent-ils courir au profit du créancier, ou du légataire qui a donné sa demande contre l'exécuteur, du jour de cette demande, ou seulement du jour qu'elle a été dénoncée à l'héritier? Duplessis dit qu'ils ne doivent courir que du jour de la dénonciation, parceque ce n'est que de ce jour que l'héritier, qui est le vrai débiteur, est constitué en demeure. Je pense qu'ils doivent courir du jour de la demande donnée contre l'exécuteur, la coutume autorisant à donner la demande contre l'exécuteur; cette demande met l'héritier en demeure par l'exécuteur qui le représente, comme un mineur est mis en demeure par l'interpellation faite à son tuteur. Il est vrai que l'héritier, à qui l'exécuteur aura tardé à dénoncer la demande, pourra refuser de passer à l'exécuteur les intérêts avant la dénonciation, mais ils sont dus au demandeur.

ARTICLE III.

Des obligations de l'exécuteur testamentaire.

§. I. De l'inventaire.

La première obligation de l'exécuteur testamentaire qui a accepté cette charge, est de faire inventaire des effets de la succession; ce n'est qu'en faisant cet inventaire qu'il est saisi des biens de la succession; il ne doit point s'immiscer auparavant, à moins que ce ne soit pour choses urgentes, comme, par exemple, ce qui concerne les obsèques du défunt.

Cet inventaire doit être fait avec les héritiers, s'il y en a d'apparens dans le lieu; l'exécuteur n'est pas obligé de chercher ceux qui seroient hors l'étendue du bailliage; à défaut d'héritiers, il doit faire son inventaire en présence du procureur du roi ou autre officier chargé du ministère public, dans la juridiction du domicile qu'avoit le testateur, lors de son décès.

C'est une question entre les auteurs françois, si le testateur peut remettre à l'exécuteur testamentaire l'obligation de faire inventaire? Ricard pense qu'il le peut, par la raison que, qui peut le plus peut le moins; *qui potest plus potest et minus*; d'où il conclut que le testateur, qui pouvoit léguer à son exécuteur tous ses meubles, peut, à plus forte raison, le décharger d'en faire inventaire, cette décharge de faire inventaire étant un bien moindre avantage que le legs qui en seroit fait à l'exécuteur. On tire aussi argument de la loi *fin. cod. arb. tut.*, qui, par une raison semblable, per-

met au testateur de remettre l'obligation de faire inventaire à un tuteur testamentaire. Nonobstant ces raisons, je crois préférable le sentiment de Bacquet, Tronçon, et autres, qui pensent que l'exécuteur n'en peut être dispensé. La raison est que, l'exécuteur, tenant de la loi la saisine des biens de la succession, plutôt que du testateur, qui ne peut, par sa seule volonté, la lui donner après sa mort, il ne peut l'avoir que sous les conditions sous lesquelles la loi la lui accorde.

§. II. De la gestion de l'exécuteur.

L'exécuteur, après qu'il a fait inventaire, doit acquitter les legs portés par le testament, et les dettes mobilières des deniers qu'il a trouvés dans la succession, s'ils suffisent; mais il doit requérir pour cela le consentement de l'héritier, et, s'il le refuse, le faire ordonner par le juge, sans quoi il courroit le risque que l'héritier, qui prétendrait avoir de bons moyens pour se défendre de payer ce qui a été payé pour lui par l'exécuteur, refusât de lui passer dans son compte ce qu'il auroit payé.

Si les deniers trouvés dans la succession, ou ce qui peut être promptement exigé par les débiteurs, ne suffit pas pour acquitter les dettes mobilières et les legs, l'exécuteur doit faire procéder à une vente publique des meubles jusqu'à concurrence de ce qui est nécessaire pour les acquitter; mais, comme nous l'avons déjà dit, il doit faire cette vente avec le consentement de l'héritier, ou en vertu d'une sentence du juge qui l'aura ordonnée sur la demande que l'exécuteur en aura formée contre l'héritier.

Dans notre coutume, où l'exécuteur est saisi même des héritages, l'exécuteur, pendant le temps de son exécution, les doit faire valoir, faire faire les vendanges, acheter des tonneaux, etc.

§. III. Du compte d'exécution.

L'exécuteur doit rendre compte de son exécution à l'héritier ou autres successeurs universels.

Si le testateur l'avoit, par son testament, déchargé de rendre compte, cette décharge ne le dispenserait pas de rendre aucun compte; et tout l'effet seroit qu'on ne pourroit le rendre responsable de ce qu'il auroit pu pécher par négligence dans le cours de son exécution; *arg.*, l. 5, §. 7, ff. *de adm. tutor.*

L'exécuteur ne peut coucher en mise que ce qu'il a dépensé, et ne peut prétendre aucun salaire pour les soins qu'il s'est donnés; car l'exécution testamentaire est un service d'ami, qui de sa nature est gratuit; mais il est d'usage que le testateur fasse, par son testament, un présent à son exécuteur, en reconnaissance des soins qu'il se donnera pour l'exécution. L'exécuteur qui a accepté la charge doit avoir ce présent, et s'il refuse l'exécution, il ne peut le demander.

Lorsque l'exécuteur se trouve créancier, par son compte, pour les dettes et legs qu'il a acquittés, il a, selon Dumoulin, une hypothèque tacite sur les biens de la succession qu'il a déchargée, avec cette différence que, si c'est pour l'acquittement des dettes même chirographaires qu'il est créancier, il a cette hypothèque sur tous les biens de la succession, tant sur les propres que sur les autres; que, s'il est créancier pour

des legs qu'il a acquittés, il n'a cette hypothèque que sur les biens disponibles. *Mol.*, sur l'article 95 de l'ancienne coutume de Paris.

ARTICLE IV.

Quand finit l'exécution testamentaire.

Les coutumes ont restreint l'exécution testamentaire au temps d'un an, afin que les héritiers ne soient pas trop long-temps privés de la jouissance des biens de la succession, sur le prétexte que le testament ne seroit pas encore exécuté.

Quoique les coutumes disent, *l'an du décès*, cependant il ne court que du jour que l'exécuteur a été ou a pu se mettre en possession des biens de la succession; si on lui a fait des contestations, et que le testament ait été contesté, l'an ne court que du jour que les contestations ont été terminées. C'est la doctrine de Dumoulin, art. 95, n. 16. *Nota*, dit-il, *annum hinc utilem à tempore testamenti aperti, et cessantis impedimenti*; et Lemaître rapporte un arrêt qui a jugé que l'année de l'exécution ne devoit courir que du jour de l'arrêt qui a mis fin à des contestations sur un testament.

Mais lorsque l'exécuteur a été saisi des biens de la succession, ou a pu l'être, l'an court, et après l'an révolu l'exécuteur ne peut plus demeurer en possession, quoique le testament n'ait été ou n'ait pu encore être exécuté.

C'est pourquoi, quand il y auroit des legs dont la condition ne dût exister qu'après l'année, l'acquiescement de ces legs, lorsque la condition viendroit à exis-

ter, ne concerneroit plus l'exécuteur, dont la charge finit après l'année révolue, et le légataire ne pourroit s'adresser qu'à l'héritier.

Encore moins l'exécuteur pourroit-il prétendre de demeurer, après l'année, en possession des biens de la succession, jusqu'à l'existence de la condition.

Néanmoins, si les héritiers n'étoient pas solvables, et que les biens de la succession ne consistant qu'en mobilier, il y eût risque qu'ils ne les dissipassent, l'exécuteur seroit en droit d'exiger caution des héritiers pour sûreté des legs dont la condition est pendante; c'est ce que décide Dumoulin, art. 95, n. 7 et 8, à l'occasion d'un legs d'une somme de 200 écus, qu'un prête avoit léguée à sa bâtarde lorsqu'elle seroit nubile.

L'exécution testamentaire peut aussi finir, avant l'an révolu, par la mort de l'exécuteur testamentaire; car cette charge est personnelle et ne passe point aux héritiers de l'exécuteur, qui succèdent seulement à l'obligation de rendre compte de ce que le défunt a géré.

Si néanmoins le testateur avoit considéré dans le choix de son exécuteur, plutôt une certaine qualité que la personne, comme s'il avoit nommé pour exécuteur le procureur du roi, le doyen des avocats, en ce cas, l'exécution testamentaire ne finiroit pas par la mort, parceque l'exécution, en ce cas, n'étoit pas confiée à la personne qui est morte, mais à sa qualité de procureur du roi, ou de doyen des avocats, qui ne meurt point, et passe après lui à un autre.

SECTION II.

De l'effet des legs.

§. I. De quand les legs ont-ils effet.

Il est de la nature des testaments qu'ils n'aient aucun effet, et n'attribuent aucun droit aux légataires, tant que le testateur vit. Le testateur, tant qu'il vit, est maître de son testament, et en conséquence il a été jugé qu'il s'en pouvoit faire rendre la minute par le notaire. Voyez *Soefve*, 11, 144.

Mais, dès l'instant de la mort du testateur, les legs qui y sont contenus ont effet, et font acquérir un droit aux légataires, à moins qu'ils ne soient suspendus par une condition, auquel cas ils n'ont leur effet que du jour de l'existence de la condition.

Si le testateur y a seulement apposé un terme d'un temps certain et déterminé, ce terme n'a d'autre effet que de retarder l'exigibilité du legs jusqu'à l'expiration du terme; mais il n'empêche pas que le droit qui résulte du legs ne soit ouvert et acquis au légataire du jour de la mort du testateur, même avant l'échéance du terme; c'est ce que décident les lois, *Si post diem legata sint relicta simili modo atque in puris dies cedit*; l. 5, §. 1, ff. *qu. dies leg. ced. Dies legati statim cedit, sed ante diem peti non potest*; l. 21, ff. *h. tit.*

Cette décision a lieu, lorsque le temps apposé au legs est un temps certain et déterminé, comme lorsque le testateur a légué ainsi: Je charge mon héritier de donner à un tel la somme de tant, six mois après

mon décès. Il en est autrement lorsque le temps apposé au legs est un temps incertain; car il équipolle à une condition, et rend le legs conditionnel; ff. l. 21, *dies incertus pro conditione est*. Par exemple, si le testateur avoit légué une certaine somme à un jeune homme, lors de sa majorité, le legs seroit conditionnel, n'auroit aucun effet, et ne donneroit aucun droit au légataire avant sa majorité, parceque ce légataire pouvant mourir avant que d'être majeur, le temps de sa majorité est un temps incertain.

Quoique le temps apposé au legs doive certainement arriver; s'il est incertain quand il arrivera, et s'il arrivera du vivant du légataire, il passe pour un temps incertain, et rend le legs conditionnel; par exemple, si on a légué à Pierre la somme de tant, le jour que mourra Paul, c'est un legs conditionnel qui ne peut avoir aucun effet avant la mort de Paul; car, quoiqu'il soit certain que le jour de la mort de Paul viendra, il est incertain quand ce jour viendra, et s'il viendra du vivant du légataire.

Observez qu'on doit faire une grande attention si le temps incertain est apposé à la disposition même, comme dans les exemples ci-dessus rapportés, auquel cas il rend le legs conditionnel; mais il en est autrement si le temps n'est apposé que pour l'exécution du legs; par exemple, si le testateur a dit: Je lègue une telle somme à Pierre, qui lui sera payée le jour qu'il sera majeur, ou qui lui sera payée le jour que Paul mourra, le legs est pur et simple, et le droit en est acquis au légataire du jour de la mort du testateur; car ces termes, *le jour qu'il sera majeur, le jour que*

Paul mourra, ne se réfèrent pas à ceux-ci, je lègue une telle somme, mais seulement à ceux-ci, qui lui sera payée; ils ne concernent pas, par conséquent, la disposition même, mais seulement l'exécution et le paiement qui s'en doit faire, et, par conséquent, ils ne peuvent rendre conditionnelle la disposition; si donc le légataire meurt auparavant, il ne laissera pas de transmettre à ses héritiers le droit qui résulte du legs qui lui a été acquis dès le jour du décès du testateur.

§. II. Quels droits résultent du legs.

Lorsque le legs est d'un corps certain de la succession, dont le testateur étoit propriétaire lors de sa mort, et que le legs est pur et simple, la propriété de la chose léguée est censée passer de plein droit, et sans aucun fait ni tradition, de la personne du testateur en celle du légataire; c'est une des manières d'acquérir du droit civil que nous avons adoptée dans notre droit.

De là il suit: 1° que l'héritier ne peut aliéner la chose léguée; 2° que si l'héritage légué étoit chargé de quelques droits de servitude envers l'héritage voisin appartenant à l'héritier, ou que celui de l'héritier en fût chargé envers l'héritage légué, il ne se fait aucune confusion de ces droits de servitude, l'héritage légué étant censé n'avoir jamais appartenu à l'héritier.

Que si le legs est conditionnel, l'héritier, jusqu'à l'existence de la condition, est propriétaire de la chose léguée; c'est pourquoi il peut l'aliéner, et il se fait con-

fusion des droits de servitude que l'héritage légué avoit sur le sien, ou le sien sur l'héritage légué.

Mais, lorsque la condition vient à exister, la propriété de la chose léguée passe de plein droit, sans aucun fait ni tradition, en la personne du légataire.

Cela a lieu quand l'héritier, avant l'échéance de la condition, auroit aliéné à un tiers la chose léguée; car, n'ayant de cette chose qu'une propriété qui devoit se résoudre et passer en la personne du légataire, par l'existence de la condition, il n'a pu la transférer à celui à qui il a aliéné la chose, que telle qu'il l'avoit; *cum nemo plus juris ad alium transferre possit quàm ipse habet.*

Il doit rétablir les droits de servitude que l'héritage légué avoit sur le sien, et qui se sont éteints par la confusion, pendant qu'il a été propriétaire de l'héritage légué; *et vice versâ*, si l'héritage légué étoit chargé de quelques droits de servitude envers celui de l'héritier, le légataire les doit rétablir; car le légataire doit avoir l'héritage *eodem jure* que l'avoit le testateur lors de sa mort.

La propriété de la chose léguée passe, à la vérité, au légataire, sans aucun fait ni tradition, du jour de la mort du testateur, lorsque le legs est pur et simple, ou du jour de l'existence de la condition, lorsqu'il est conditionnel; mais il n'en acquiert la possession que du jour de la tradition et délivrance qui lui en est faite; jusqu'à cette tradition, l'héritier est le juste possesseur des choses léguées, comme de toutes les autres choses de la succession, et le légataire est obligé de lui en demander la délivrance, et il ne peut de lui-même

s'en mettre en possession; s'il le faisoit, ce seroit une voie de fait pour raison de laquelle l'héritier pourroit se pourvoir contre lui.

Cette décision a lieu, quand même le testateur auroit ordonné, par son testament, que les légataires seroient saisis de plein droit des choses qu'il leur lègue, et qu'ils pourroient s'en mettre d'eux-mêmes en possession; car le testateur ne peut pas, par sa volonté, transférer aux légataires la possession des choses que la loi transfère à son héritier, et il ne peut pas non plus permettre une voie de fait, en permettant aux légataires de se mettre, de leur autorité privée, en possession des choses dont l'héritier est saisi; c'est le cas de la maxime, *nemo potest cavere ne leges in suo testamento locum habeant*; et de celle-ci, *non est privatis concedendum quod publicè per magistratùs auctoritatem fieri debet*.

Le légataire ne peut pas même valablement obtenir du juge la délivrance des choses qui lui sont léguées, que sur une demande donnée contre l'héritier à qui il doit demander cette délivrance; c'est pourquoi, par arrêt du 16 mars 1677, rapporté au sixième volume du *Journal des Audiences*, un légataire universel, qui avoit obtenu, du juge qui avoit mis les scellés sur les effets de la succession, la délivrance de ces effets sans appeler l'héritier, a été condamné envers cet héritier aux intérêts des sommes d'argent dont la délivrance lui avoit été faite, du jour de la demande que l'héritier avoit donnée contre lui pour le rapport de ces deniers, jusqu'au jour de l'arrêt qui avoit déclaré le legs valable et en avoit saisi le légataire, la cour jugeant,

par cet arrêt, que ce légataire avoit injustement possédé jusqu'à ce temps les effets de la succession.

Que si la chose léguée se trouvoit, au jour de l'échéance du legs, être par-devers le légataire à qui le défunt l'auroit prêtée ou déposée, ou qui la tiendrait à quelque autre titre que ce fût, en ce cas le légataire peut la retenir : ce seroit un circuit inutile qu'il la rendît à l'héritier, pour que l'héritier la lui délivrât.

Lorsque la chose léguée n'est pas un corps certain, mais une quantité, comme une somme d'argent, ou une chose indéterminée, comme un cheval, il est évident qu'en ce cas le légataire ne peut devenir propriétaire que par la délivrance que lui fait l'héritier.

Il en est de même lorsque le legs est d'un corps certain, mais qui n'appartenoit pas au défunt, et que l'héritier a été obligé de racheter de celui à qui il appartenoit, pour le délivrer au légataire.

Soit que le legs soit d'un corps certain, soit de quelque autre chose, ou que ce soit un fait qui en fasse l'objet, les héritiers du testateur, ou les autres personnes qu'il en a grevées, contractent par l'acceptation qu'ils font de la succession, ou de ce qui leur a été laissé par le testateur, sans qu'il intervienne aucune convention entre eux et les légataires, l'obligation envers les légataires de donner ou de faire ce qui en fait l'objet ; c'est pourquoi l'acceptation de la succession est mise au rang des quasi-contrats, suivant que nous l'avons vu en notre *traité des Obligations*.

L'acceptation de la succession ayant un effet rétroactif au temps de la mort du testateur, et l'héritier étant censé, dès l'instant de cette mort, saisi des biens

de la succession, l'obligation qu'il a contractée de la prestation des legs, qui est une suite de l'acceptation, a pareillement le même effet rétroactif au temps de la mort du testateur; l'héritier est censé, dès cet instant, avoir été obligé à la prestation des legs, n'ayant pu être saisi des biens de la succession qu'à cette charge.

De cette obligation naît le droit qu'ont les légataires, quel que soit l'objet du legs, de demander aux héritiers, ou autres personnes grevées du legs, la prestation du legs; et comme l'obligation est censée contractée du jour du décès du testateur, par les héritiers qui en sont grevés, le droit est aussi acquis de ce jour aux légataires, lorsque le legs est pur et simple.

Que s'il est conditionnel, le droit n'est acquis que du jour de l'existence de la condition; car les conditions apposées aux dernières volontés n'ont pas d'effet rétroactif.

C'est encore un effet des legs, que la loi accorde aux légataires une hypothèque tacite sur les biens que les héritiers ou autres qui en sont grevés, recueillent de la succession du testateur qui les en a grevés.

SECTION III.

Des actions qu'ont les légataires pour la prestation des legs.

Les légataires peuvent avoir trois actions: l'action personnelle *ex testamento*, l'action de revendication de la chose léguée, et l'action hypothécaire.

ARTICLE PREMIER.

De l'action personnelle *ex testamento*.

L'action personnelle *ex testamento* est celle qui naît de l'obligation que les héritiers ou autres personnes grevées de la prestation du legs, contractent envers les légataires.

§. I. Contre qui se donne cette action.

Lorsqu'il y a un exécuteur testamentaire, c'est contre lui que les légataires ont coutume de donner leur action en délivrance de leur legs; car, quoique ce soit l'héritier qui a été grevé du legs par le testateur, qui en soit proprement le vrai débiteur, on peut dire que l'exécuteur testamentaire l'est aussi; en acceptant l'exécution, et se mettant en possession des biens de la succession, il accède à l'obligation des héritiers, et s'oblige tacitement envers les légataires à payer, à la décharge des héritiers, les legs jusqu'à concurrence des biens dont il est saisi.

Lorsqu'il y a plusieurs exécuteurs testamentaires, l'action peut se donner contre l'un d'eux.

La demande donnée par les légataires contre l'exécuteur testamentaire, doit être, par cet exécuteur, dénoncée aux héritiers qui sont tenus des legs; car ces héritiers sont les principales parties qui ont intérêt à discuter si le legs est dû ou non; c'est pourquoi l'exécuteur doit avoir les délais nécessaires pour les mettre en cause.

L'héritier mis en cause consent ou conteste la de-

mande du légataire, et si elle est trouvée juste, le juge saisit le légataire de son legs, condamne l'exécuteur à lui en faire délivrance, et déclare le jugement commun avec l'héritier.

Quoiqu'il y ait un exécuteur testamentaire, et que ce soit ordinairement contre lui que les légataires donnent leur demande; néanmoins, si un légataire l'avoit donnée contre l'héritier, je ne pense pas qu'elle fût mal donnée, puisqu'il est le vrai débiteur des legs; mais l'héritier devrait avoir délai pour mettre en cause l'exécuteur, pour qu'il eût à en faire la délivrance à sa décharge, attendu qu'il est saisi des biens.

Lorsqu'il n'y a point d'exécuteur testamentaire, il est évident qu'en ce cas la demande ne peut être donnée que contre les héritiers, ou autres personnes qui ont été grevées, soit expressément, soit tacitement; elle peut aussi se donner contre les héritiers de ces personnes, et contre leurs ayants cause, c'est-à-dire ceux qui leur succèdent dans la charge de la prestation du legs.

§. II. Quels héritiers, et quelles autres personnes sont tenues des legs, et pour quelle part chacun est-il tenu.

Lorsque le testateur a grevé quelqu'un nommément de la prestation de quelque legs, il est évident qu'il n'y a que celui qu'il en a grevé qui en soit tenu, et que l'action *ex testamento* ne peut être donnée que contre lui.

S'il a grevé nommément plusieurs, chacun de ceux qu'il a grevés n'est pas tenu du legs solidairement, à

moins que le testateur ne l'ait expressément ordonné; il n'en est tenu que *in virilem*, c'est-à-dire pour sa part personnelle et numérale; *putà*, s'il a grevé deux personnes, chacune sera tenue du legs pour moitié; s'il en a grevé trois, chacune sera tenue pour son tiers, etc.

Cette décision a lieu, quand même l'un de ceux qui ont été ainsi nommément grevés du legs succéderoit à une plus grande portion dans les biens du testateur que l'autre; car ceux qui sont grevés nommément sont tenus des legs *in virilem*, et non *pro portionibus hæreditariis*.

Par exemple, si le testateur a laissé pour héritiers plusieurs frères qui succèdent seuls à ses biens féodaux, et plusieurs sœurs qui succèdent à ses autres biens concurremment avec ses frères, et qu'il ait chargé nommément un de ses frères et une de ses sœurs d'un legs de mille écus qu'il a légué à un tiers, ils seront tenus de ce legs chacun pour une portion égale, c'est-à-dire chacun pour moitié, quoique le frère soit héritier d'une plus grande portion des biens du testateur que la sœur.

Je pense néanmoins que cette décision doit souffrir exception à l'égard des legs d'un corps certain auquel ceux qui sont nommément grevés du legs ont seuls succédé inégalement; car, en ce cas, je pense qu'ils en doivent être tenus *non in virilem*, mais pour la part à laquelle chacun d'eux a succédé à l'héritage légué; par exemple, si un testateur a chargé nommément son frère et sa sœur consanguins du legs d'une métairie, acquêt, dont ils étoient seuls héritiers, et qui étoit composée de terres féodales auxquelles le frère succédoit seul, à l'exclusion de sa sœur, chacun sera tenu

de ce legs pour la part qui lui appartient en l'héritage légué, et, par conséquent, le frère qui y a une plus grande part en sera tenu pour une plus grande part que sa sœur; car on ne doit pas présumer que la volonté du testateur ait été que la sœur achetât du frère ce qu'il avoit de plus qu'elle dans l'héritage légué, pour contribuer pour moitié au legs.

Lorsque le testateur a légué sans exprimer quelles personnes il chargeoit de la prestation du legs, il faut distinguer entre les legs de corps certains de sa succession et les autres legs.

Les legs qui ne sont pas de quelques corps certains de la succession, tels que sont les legs d'une certaine somme d'argent, d'une pension viagère, d'une chose indéterminée, ceux qui ont pour objet un fait, etc., sont des charges de tous les biens disponibles de la succession, et, par conséquent, tous les héritiers et successeurs universels en sont tenus chacun pour la part en laquelle ils succèdent.

C'est une question controversée, si l'héritier aux propres doit contribuer avec l'héritier aux meubles et acquêts aux legs, par proportion à la valeur du total des propres auxquels il succède, ou seulement par proportion à la portion disponible de ces propres, c'est-à-dire dans nos coutumes, *au prorata* seulement du quint des propres? Il y en a qui pensent qu'il doit contribuer à proportion de tous les biens auxquels il succède, la coutume ne lui donnant d'autre droit que de retenir la légitime des quatre quints qu'elle lui réserve, en abandonnant le surplus; tant qu'il ne l'abandonne pas, il n'a point de légitime, d'où ils concluent que tous les

biens auxquels il succède sont sujets à la contribution. J'inclinerois pour le sentiment contraire; nos coutumes, en décidant que le testateur peut léguer jusqu'à la concurrence des meubles, acquêts et quint des propres, décident qu'il n'y a que ces biens qui soient disponibles, que le surplus ne l'est pas; d'où il suit que ces legs ne sont une charge que de ces biens, et non des autres; or, chacun ne doit contribuer à une charge de certains biens qu'à proportion de la part qu'il a dans les biens qui y sont sujets, l'héritier aux propres n'ayant de part dans les biens disponibles qui sont sujets à la charge des legs que dans le quint des propres, les quatre autres quints n'étant point biens disponibles, ni, par conséquent, sujets à cette charge, il ne doit contribuer qu'à proportion du quint.

A l'égard des legs d'un corps certain, ce sont ceux qui succèdent au corps certain qui a été légué qui en sont seuls tenus, et chacun en est tenu pour la part pour laquelle il y succède.

Lorsque le legs est d'un corps certain qui appartient à l'un des héritiers, l'héritier, à qui la chose léguée appartient, est tenu pour le total envers le légataire; mais je pense qu'il peut demander à ses cohéritiers, qui succèdent avec lui à une même espèce de biens, qu'ils le récompensent chacun pour leur part, sur-tout dans les coutumes qui ne veulent pas qu'un héritier soit avantage l'un plus que l'autre. Il en est autrement de ceux qui succèdent à une autre espèce de biens; par exemple, si quelqu'un a légué un corps certain qui appartient à l'un de ses héritiers aux meubles et acquêts, cet héritier peut bien demander récompense à ses cohé-

ritiers qui succèdent avec lui aux meubles et acquêts, mais il ne pourra rien demander aux héritiers aux propres; car ils ne sont pas proprement ses cohéritiers.

Lorsque le legs est d'un corps certain qui appartient à un étranger, et que le testateur savoit appartenir à cet étranger, tous les héritiers et successeurs universels du testateur sont tenus de ce legs, chacun pour les mêmes portions pour lesquelles ils seroient tenus du legs d'une somme d'argent; car ce legs consiste dans la prestation de l'argent que vaut cet héritage.

Il y a plus de difficulté dans le cas auquel le testateur auroit cru que la chose léguée lui appartenoit, et que le legs ne laisseroit pas de valoir à cause de la qualité de la personne du légataire; car on peut dire qu'en ce cas, le testateur n'a eu d'intention de grever de ce legs, que ceux qui sont les héritiers à l'espèce de biens dont il croyoit que la chose léguée faisoit partie, et non pas ses héritiers à d'autres espèces de biens.

§. III. Si lorsque l'héritier, ou autre qui a été grevé nommément de la prestation de quelque legs, ne recueille pas la succession, ou ce qui lui a été laissé, celui qui le recueille à sa place est tenu de ces legs.

Par l'ancien droit romain, l'orsqu'un héritier avoit été grevé nommément de quelque legs, et qu'il ne recueillait pas la succession, celui qui la recueillait à sa place n'étoit point tenu de ces legs, cet héritier en ayant été nommément chargé, cette charge paroissoit ne devoir pas pouvoir s'étendre à d'autres personnes.

Ce ne fut que par la constitution de Sévère, que la jurisprudence s'établit, que le substitué de cette personne en devoit être tenu, le testateur étant présumé l'avoir substitué aux mêmes charges sous lesquelles il avoit institué son premier héritier; car pourquoi auroit-il plus épargné et moins grevé le substitué que l'institué, qui doit être présumé avoir été plus cher au testateur que le substitué, puisque le testateur l'a préféré au substitué.

Depuis la constitution de Sévère, on a décidé pareillement que les cohéritiers auxquels accroissoit la part de l'héritier grevé nommément de quelque legs, succédoient aussi à cette charge.

Notre droit françois a suivi cette jurisprudence: il est vrai que dans nos coutumes, nous n'avons point d'héritiers institués; mais, à l'exemple de ce qui est décidé par le droit romain à l'égard des héritiers institués nommément grevés de legs, on observe dans nos coutumes que, lorsque le légataire universel, lequel est en quelque façon *loco hæredis*, a été nommément grevé de legs particuliers, et qu'il ne recueille pas son legs universel, soit par le prédécès, soit par la répudiation qu'il en fait, le substitué de ce légataire universel, ou son colégataire qui le recueille à sa place, est tenu des legs et fidéicommis dont il avoit été nommément grevé.

A l'égard des successions *ab intestat*, la loi 1, §. 9, ff. de leg. 3^o, semble décider que les parents du degré suivant ne sont pas tenus des legs dont avoit été chargé celui du degré précédent, à la place et par le défaut ou répudiation duquel ils recueillent la succession.

Mais, sans entrer dans les discussions de quelques interprètes modernes sur le texte de cette loi, il faut dire que, dans notre jurisprudence françoise, les parents du degré suivant, qui recueillent la succession à la place de celui du degré précédent, doivent être tenus des legs dont il avoit été nommément chargé. Car, la présomption est que le testateur a voulu que ces legs fussent dus par quelque personne que ce fût qui recueillerait sa succession, et qu'il n'a pas voulu épargner et grever moins des parents plus éloignés, qui lui étoient moins chers, que ses plus proches qu'il a nommément grevés; c'est l'avis de Ricard.

A l'égard des légataires particuliers, si un légataire, qui avoit été lui-même nommément chargé de legs ou fidéicommiss envers d'autres, ne recueille pas, soit par son prédécès, soit autrement, le legs qui lui a été fait, l'héritier qui en profite, et par-devers qui la chose léguée demeure, est tenu des charges dont ce légataire avoit été nommément chargé.

Que si ce légataire avoit des colégataires, les lois romaines distinguoient *inter conjunctos re et verbis, et conjunctos re tantum; inter conjunctos re et verbis, pars deficientis accrescebat cum onere; inter conjunctos re tantum eo deficiente qui nominatim gravatus erat, alter totum retinebat sine onere*. Cette distinction est fondée sur des subtilités que notre droit n'a pas admises, et on doit décider indistinctement que le colégataire, qui recueille le legs entier, doit être tenu des charges dont avoit été nommément chargé le colégataire, dont la part lui accroît; c'est l'avis de Ricard.

Le droit romain faisoit une autre distinction que

nous ne suivons pas ; on distinguoit le cas auquel celui qui avoit été nommément grevé avoit été utilement institué héritier, ou fait légataire, et par son prédécès, ou sa répudiation, n'auroit pas recueilli la succession ou le legs ; et le cas auquel, celui qui avoit été nommément grevé, auroit été dès le commencement inutilement institué héritier, ou fait légataire ; au premier cas, celui qui succédoit à sa place, ou par-devers qui la chose léguée demeurait, succédoit aux charges ; mais, dans le dernier cas, il n'en étoit pas tenu ; car la disposition ayant été dès le commencement inutile, tout ce qui en faisoit partie, et par conséquent les charges sous lesquelles elle avoit été faite, paroisoient ne pouvoir pas subsister.

Dans notre droit françois, on ne fait point cette distinction, et il faut tenir indistinctement que, quiconque recueille les biens, ou une partie des biens, ou quelque chose particulière, à la place d'un autre, est tenu des charges qui avoient été imposées à celui à la place de qui il succède, soit que la disposition faite au profit de celui à la place de qui il succède, eût été d'abord non valable, soit qu'elle ne fût devenue caduque que par la suite.

§. IV. Quelle délivrance doit être faite au légataire.

La délivrance que doit faire au légataire d'un corps certain l'héritier, ou autre successeur qui est chargé de la prestation de ce legs, est une tradition de la chose léguée qui en procure au légataire la libre possession et jouissance ; *debet legatarius in vacuum possessionem induci.*

De là il suit que si la chose léguée se trouve être engagée, non seulement pour une dette de la succession, mais pour la dette d'un tiers, l'héritier est obligé de la dégager pour la délivrer au légataire; l. 57, ff. de leg. 1^o; l. 6, cod. de fideicomm.; car elle ne peut pas lui être délivrée sans cela.

L'héritier n'est néanmoins tenu à dégager la chose léguée qui est obligée pour la dette d'un tiers, que dans le cas auquel le testateur savoit qu'elle étoit engagée; il n'y est pas ordinairement tenu lorsque le testateur l'ignoroit, à moins qu'il n'y eût des circonstances qui persuadassent que le testateur y auroit obligé son héritier, quand même il l'auroit su. *D. L.*

Que si c'est à une dette de la succession pour laquelle la chose léguée est engagée, il n'y a aucun doute que l'héritier doit indistinctement l'acquitter, puisqu'il est tenu des dettes de la succession.

Suivant le même principe, que le légataire *debet induci in vacuam possessionem rei legatae*, les lois romaines décident que, lorsque la chose léguée se trouve grevée d'usufruit envers un tiers, le légataire peut demander que l'héritier qui est tenu de la prestation du legs rachète cet usufruit; l. 66, §. 6, ff. de leg. 2^o, parceque autrement la chose ne peut être délivrée au légataire; *non potest legatarius in vacuam rei possessionem induci.*

Parmi nous, qui ne sommes point astreints à suivre en tout les décisions du droit romain, j'inclinerois assez à penser que régulièrement l'héritier ne seroit point obligé à racheter l'usufruit; il est vrai que la chose ne peut être délivrée au légataire, tant que l'u-

usufruit subsistera; mais, comme cet usufruit doit finir un jour, on doit présumer que l'intention du testateur a été que la chose léguée seroit délivrée au légataire, lorsqu'elle pourroit l'être, c'est-à-dire lorsque l'usufruit seroit fini, plutôt qu'on ne doit croire que le testateur a voulu charger son héritier du rachat de cet usufruit, qui, quoique possible en soi, souvent ne seroit pas au pouvoir de l'héritier, l'usufruitier ne voulant pas toujours consentir à ce rachat, et c'est un principe tiré du droit romain même, que *nemo facile præsumitur hæredem suum redemptione onerare velle*. L'héritier est bien obligé de dégager la chose léguée, lorsque le testateur a su que la chose étoit engagée, parceque le testateur a certainement voulu que la chose fût délivrée au légataire, et qu'elle ne peut jamais l'être, si elle n'est dégagée; mais, comme l'usufruit est de nature à s'éteindre, la chose léguée pouvant être délivrée lorsqu'il sera fini, on ne peut pas de même assurer que le testateur a voulu que son héritier rachetât l'usufruit, parcequ'il a pu vouloir seulement que la chose fût délivrée au légataire, lorsque l'usufruit seroit fini.

Si c'étoit l'héritier qui se trouvât avoir lui-même un droit d'usufruit dans la chose léguée, il y auroit, en ce cas, moins de difficulté à suivre la décision des lois romaines; l. 25; l. 76, §. 2, ff. de leg. 2^o, qui veulent que l'héritier délivre incontinent la chose léguée, sans aucune rétention du droit d'usufruit qu'il y a; car, en ce cas, la délivrance est au pouvoir de l'héritier, et on ne le charge d'aucun rachat.

Il n'en est pas de même des autres servitudes dont

L'héritage légué se trouveroit chargé, l'héritier n'est point obligé de les racheter, et il n'est obligé à délivrer l'héritage légué que tel qu'il est, et avec la charge de ces servitudes, soit qu'elles appartiennent à des tiers, soit qu'elles appartiennent à lui-même; car ces droits de servitude n'empêchent pas que le légataire ne soit véritablement introduit *in vacuum rei possessionem*; l. 66, §. 6; l. 76, §. 2, ff. de leg. 2°.

Lorsqu'un héritage a été légué à l'Église (ce qui ne se peut plus depuis l'édit de 1749), les héritiers du testateur sont obligés d'acquitter le droit d'amortissement dû au roi et le droit d'indemnité dû au seigneur, pour mettre l'Église en état de posséder cet héritage; c'est une conséquence du même principe, que l'héritier doit introduire le légataire *in vacuum rei possessionem*.

Dans les donations entre-vifs, le donateur n'est pas obligé d'acquitter ces droits, si l'acte ne le porte; car, ces actes étant de droit étroit, l'obligation d'acquitter ces droits ne peut s'y suppléer: le donataire doit s'imputer de n'avoir pas fait expliquer le donateur.

A l'égard des profits de rachat et autres semblables, et du droit d'insinuation et de centième denier dû pour raison du legs, soit que le legs soit fait à des particuliers, soit qu'il soit fait à l'Église, les héritiers chargés de la prestation du legs n'en sont point tenus; c'est au légataire à les acquitter, ces droits étant des charges du fonds.

L'héritier n'est pas tenu non plus d'acquitter le droit de franc-fief, à la décharge d'un légataire roturier à qui le testateur a légué un fief.

L'héritier grevé du legs d'un corps certain remplit son obligation en introduisant le légataire *in vacuum rei possessionem*; il n'est point, au surplus, obligé de le défendre des évictions qui pourroient survenir; l. 77, §. 8, ff. *de leg. 2^o et passim*, à moins qu'il ne parût que telle eût été la volonté du testateur.

Lorsque le legs est d'un corps indéterminé ou d'une quantité, l'obligation de l'héritier chargé de la prestation du legs ne se borne pas à introduire le légataire en possession de la chose qu'il lui délivre, il doit lui en transférer une propriété irrévocable, et, par conséquent, il est tenu de la lui garantir et de la défendre des évictions.

§. V. En quel état la chose léguée doit-elle être délivrée.

La chose léguée, lorsque c'est un corps certain, doit être délivrée en l'état qu'elle se trouve lors de la délivrance.

Si elle est augmentée, le légataire profite de l'augmentation. Cela est indubitable à l'égard de l'augmentation naturelle. Par exemple, si l'héritage légué a été accru par alluvion, il n'y a pas de doute qu'il doit être délivré au légataire, tel qu'il est avec cet accroissement; l. 16, ff. *de leg. 3^o*.

Il en est de même des augmentations qui sont provenues du fait du testateur depuis le testament, la chose léguée doit être délivrée avec ces augmentations, soit qu'elles soient unies à la chose léguée par une union réelle, tels que sont les bâtimens construits sur un héritage légué; l. 39, *de leg.*; 2^o soit qu'elles y soient unies par une union de simple destination,

tels que sont des morceaux de terre que le testateur a, depuis son testament, incorporés à la métairie qu'il a léguée; l. 24, §. 2, ff. de leg. 1^o; l. 10, ff. de leg. 2^o.

Vice versâ, lorsque la chose léguée se trouve diminuée ou détériorée depuis le testament, la perte tombe sur le légataire à qui il suffit de la délivrer en l'état qu'elle se trouve, soit que la diminution ou détérioration soit naturelle, soit qu'elle provienne du fait du testateur; l. 24, §. 3, ff. de leg. 1^o.

Que, si elle provenoit du fait ou de la faute de l'héritier, ou autre personne chargée de la prestation du legs, le légataire en devoit être indemnisé par cette pesonne; l. 24, §. 4, ff. de leg. 1^o.

La personne grevée est tenue à cet égard de la faute ordinaire, *de levi culpâ*, l. 47, §. 5, ff. de leg. 1^o. Que, si la personne grevée étoit un légataire particulier, qui fût chargé de rendre à un autre incontinent ce qui lui auroit été laissé, sans en retirer aucun émolument, il ne seroit tenu que du dol et de la faute lourde; *de dolo et de latâ culpâ*; l. 108, §. 2, ff. d. tit.

L'héritier ou autre personne grevée de la prestation du legs est aussi tenue d'indemniser le légataire de la détérioration ou diminution de la chose léguée, lorsqu'elle est survenue depuis qu'il a été mis en demeure de la délivrer; l. 108, §. 11, ff. de leg. 1^o, ce qui n'a pas lieu indistinctement, mais seulement dans le cas auquel le légataire n'auroit pas souffert cette perte, si la chose lui eût été délivrée lorsqu'il l'a demandée.

Lorsque la chose léguée est une chose indéterminée, ce que l'héritier délivre pour s'acquitter d'un tel legs,

238 TRAITÉ DES DONATIONS TESTAMENTAIRES,
doit être une chose qui soit en bon état lorsqu'il la délivre, qui soit, comme l'on dit, loyale et marchande.

Le legs d'une certaine somme d'argent, comme de deux mille francs, de quatre mille francs, n'est susceptible d'aucune augmentation ni diminution, car, une somme d'argent est quelque chose d'invariable.

Il en est de même du legs de tant d'écus, comme de dix écus, de cent écus ; car, selon l'usage ordinaire de parler dans ces phrases, on entend par *écu* une somme de trois livres qui est quelque chose d'invariable, et non pas la pièce de monnaie qui s'appelle aussi écu, et dont la valeur est sujetté à variation.

Que, si le testateur a légué tant de louis d'or, *putà*, une bourse de cent louis d'or ; en ce cas, ce n'est pas une somme qui est léguée, mais un certain nombre de louis d'or, dont le valeur peut augmenter ou diminuer, et comme, suivant nos principes, le légataire doit profiter de l'augmentation ou souffrir de la diminution qui survient sur la chose léguée, si les louis sont augmentés ou diminués depuis le testament, le légataire profitera de l'augmentation ou souffrira de la diminution, et l'héritier sera tenu de lui compter cent louis d'or, quel qu'en soit le prix, au temps du paiement qu'il en fera. Cela a été ainsi jugé par arrêt rapporté au sixième volume du *Journal des Audiences*.

§. VI. Quand la chose léguée doit-elle être délivrée.

Lorsque le legs n'est suspendu par aucune condition, et qu'il ne contient aucun terme qui en diffère l'exécution, l'héritier qui a pris qualité ou qui a dû la

prendre, doit délivrer au légataire la chose léguée aussitôt qu'il la demande; l. 32, ff. *de leg.* 2^o.

Cette règle ne s'observe pas tellement à la rigueur, que le juge ne puisse accorder un délai convenable à l'héritier qui est grevé de la prestation du legs lorsque le legs est d'une somme d'argent ou de quelque autre chose qui ne soit pas par-devers lui, pour qu'il puisse faire de l'argent et se mettre en état d'acquitter le legs; l. 71, §. 2, ff. *d. tit.*

Lorsque le legs est d'un corps certain que l'héritier a par-devers lui, il ne peut ordinairement différer la délivrance; il peut néanmoins se rencontrer quelque juste cause de la différer. Les lois 67 et 69, §. 4, ff. *de leg.* 1^o, en rapportent des exemples qui n'ont pas d'application parmi nous; on peut apporter pour exemple le cas auquel le testateur auroit légué à un tiers quelques meubles aratoires, nécessaires à l'exploitation d'une métairie de la succession; on doit accorder à l'héritier qui ne peut s'en passer, un délai pour qu'il puisse se pourvoir d'autres à la place de ceux dont la délivrance lui est demandée.

Si l'héritier avoit fait quelques dépenses pour la conservation de la chose léguée, il ne seroit pas obligé à la délivrer, que légataire ne le remboursât préalablement de ce qu'il a remboursé; l. 58, ff. *de leg.* 1^o.

Lorsque le legs renferme quelque charge imposée au légataire, le légataire ne peut l'exiger qu'il ne soit prêt de satisfaire à la charge qui lui est imposée; l. 22, §. 1, ff. *de alim. leg.*

Lorsque le testament est olographe, la délivrance des legs ne peut être demandée que le testament n'ait été

240 TRAITÉ DES DONATIONS TESTAMENTAIRES,
reconnu par l'héritier, ou que, sur son refus de le re-
connoître, la vérification en ait été faite; car il ne peut
sans cela servir de fondement à la demande des légat-
naires.

Mais, si c'est un testament reçu par personne pu-
blique, il fait foi et la provision lui est due, quand
même il seroit attaqué de faux; l. 9, *cod. de leg.*

§. VII. Où la chose léguée doit-elle être délivrée.

Lorsque le testateur ne s'est point expliqué par son
testament sur le lieu où se feroit la délivrance de la
chose léguée, si c'est un corps certain, la délivrance
s'en doit faire au lieu où se trouve la chose; le légat-
naire l'y doit envoyer quérir à ses frais, à moins que
ce ne fût par le dol de l'héritier qu'elle eût été trans-
férée dans un lieu plus éloigné, auquel cas le légataire
devoit être indemnisé de ce qu'il en coûteroit de plus
pour la voiture. C'est la décision de la loi 47, §. 1, ff.
*de leg. 1^o: Si res alibi sit quàm ubi petitur, constat ibi
esse præstandam ubi relictu est, nisi alibi testator vo-
luit Sed si ab hærede translata dolo malo ejus, nisi
ibi præstetur ubi petitur, hæres condemnandus est
Si sine dolo, ibi præstabitur quo transtulit.*

Que si le legs est d'une somme d'argent, ou de
quelque chose indéterminée, le paiement s'en doit
faire au lieu où la délivrance doit être demandée,
ubi petitur; ff. l. 47, §. 1; c'est-à-dire au lieu où la
succession est ouverte.

§. VIII. Des accessoires de la chose léguée, des fruits, et intérêts.

L'héritier doit délivrer avec la chose léguée, celles qui en sont les accessoires nécessaires; par exemple, si on m'a légué l'usufruit d'un héritage auquel on ne puisse aborder que par un autre héritage de la succession, l'héritier doit délivrer, avec l'usufruit de cet héritage, un passage par l'héritage par lequel il faut passer pour y aborder; l. 2, §. 2, ff. *si ser. vind.*

Si on m'a légué une armoire, on me doit donner la clef; car c'est un accessoire nécessaire de l'armoire, et qui en fait partie; l. 52, §. *fin.* ff. *de leg. 3^o.*

On ne doit comprendre parmi les accessoires d'une métairie, ou d'une maison léguée, que ce qui en fait partie, et non pas les meubles et effets qui servent seulement à son exploitation, tels que les bestiaux, etc.

Mais les titres des héritages en sont un accessoire, et doivent être délivrés au légataire.

La loi 102, §. 3, ff. *de leg. 3*, décide que le legs d'une milice, ou office, comprend aussi la somme nécessaire pour la réception; *onera et introitus militiæ ab hærede danda*. Je ne crois pas que parmi nous, le legs d'un office comprenne les frais de la réception.

A l'égard des fruits des choses léguées, le légataire ne peut prétendre que ceux qui auroient été perçus depuis la demande en délivrance du legs; car, quoique le légataire soit fait propriétaire de la chose léguée dès l'instant de la mort du testateur, l'héritier qui ignore si le légataire acceptera le legs, est juste possesseur de

la chose jusqu'au temps de cette demande, et a droit, en cette qualité, d'en percevoir les fruits.

Ne doit-il pas au moins faire raison de ceux qui étoient pendants lors de l'ouverture du legs? Ricard décide pour l'affirmative, parceque, dit-il, ces fruits faisoient partie de la chose léguée; *cùm fructus pendentes sint pars fundi*; et que l'héritage dépouillé de ces fruits, devient par-là déprécié par le fait de l'héritier qui les a perçus; or, dira-t-on, l'héritier est tenu envers le légataire de ce dont la chose léguée a été dépréciée par son fait. Nonobstant ces raisons, je pense que l'héritier n'en doit point faire raison au légataire. Il est vrai que ces fruits faisoient partie de l'héritage légué, mais ils n'en faisoient partie qu'*ad tempus*, jusqu'à ce qu'ils en fussent détachés. La réponse à l'autre objection, est que l'héritier est à la vérité tenu de ce que la chose léguée est dépréciée par son fait, mais c'est lorsque c'est sans droit qu'il l'a fait; mais lorsqu'il a usé de son droit, la maxime n'a pas d'application; c'est pourquoi quoique l'héritage légué, sur lequel les fruits étoient pendants, soit moins précieux, par la perception que l'héritier fait des fruits, l'héritier n'est pas tenu d'en faire raison au légataire, parceque ayant qualité pour les percevoir, il use de son droit en les percevant.

A l'égard des fruits perçus depuis la demande, ils appartiennent au légataire, en tenant compte à l'héritier des impenses par lui faites pour les faire venir; mais à l'égard de celles faites par le testateur, le légataire n'est tenu d'en faire aucune raison.

Lorsque le legs consiste dans quelque somme d'ar-

gent, les intérêts en sont dus au légataire du jour de sa demande, pourvu qu'il ne l'ait pas donnée avant que la somme fût exigible.

Quoique les fruits ou les intérêts n'aient pas été demandés par la demande de la chose ou somme principale, ils ne laissent pas d'être dus du jour de cette demande, et non pas seulement du jour que le légataire y a depuis conclu; car ils sont dus par la demeure, et c'est du jour de la demande principale que l'héritier y a été constitué.

Lorsque le légataire s'est mis de son autorité privée, depuis le décès du testateur, en possession des héritages qui lui ont été légués, le refus qu'il fait à l'héritier de les restituer, et la contestation qu'il a avec cet héritier sur la validité du legs, n'équipollent pas à une demande en saisissement, et ne font pas gagner les fruits à ce légataire; c'est pourquoi, par arrêt du 16 mars 1717, déjà cité ci-dessus, le légataire, qui s'étoit mis ainsi en possession, fut condamné à rendre à l'héritier tous les fruits qu'il avoit perçus, jusqu'au jour de l'arrêt qui déclara le legs valable, et ordonna que les choses léguées lui resteroient.

Quoique les fruits et les intérêts ne soient régulièrement dus que du jour de la demande, néanmoins, ils seront dus du jour du décès, si le testateur l'a ordonné; en ce cas, ce n'est pas *ex morâ*, mais comme étant *per se* compris dans la disposition qu'ils sont dus.

Lorsque la chose léguée n'est ni une chose qui produise des fruits, ni une somme d'argent, il n'est dû *regulariter* ni fruits ni intérêts *ex morâ*; si cependant

244 TRAITÉ DES DONATIONS TESTAMENTAIRES,
le légataire a souffert, ou manqué de gagner par le retard, il peut prétendre des dommages et intérêts.

§. IX. En quel cas l'estimation de la chose léguée doit-elle être donnée au légataire à la place de la chose.

Lorsque la chose léguée existe et qu'elle est dans le commerce, et qu'il n'est pas au pouvoir de l'héritier de la délivrer au légataire, *putà*, parcequ'elle appartient à un étranger qui ne veut pas la vendre, ou qui veut la vendre au-delà de son juste prix, l'héritier, en ce cas, est tenu de payer au légataire l'estimation de la chose léguée à la place de cette chose qu'il ne peut lui délivrer; l. 14, §. *fin.* ff. de leg. 3^o et *passim*.

Cette estimation est pareillement due au légataire à la place de la chose, lorsqu'elle a péri par le fait de l'héritier ou par sa faute, ou lorsqu'elle a péri depuis qu'il a été constitué en demeure de la délivrer, dans le cas auquel le légataire n'en auroit pas souffert la perte, si elle lui eût été délivrée aussitôt qu'il l'a demandée. Hors ces cas, lorsque la chose léguée est périée, il n'est dû aucune estimation au légataire.

Ce qui a lieu, soit qu'elle appartint au testateur, soit que ce fût la chose d'autrui; et, en ce cas, l'héritier profite de l'extinction de la chose léguée, car il est déchargé de l'obligation de la racheter; l. 114, §. 19, ff. de leg. 1^o.

Pareillement il n'est dû aucune estimation de la chose au légataire, lorsqu'elle a cessé d'être dans le commerce, comme si un terrain légué avoit été pris pour faire le grand chemin, ou pour faire une place de ville; car

c'est la même chose, qu'une chose n'existe pas, ou ne soit plus dans le commerce.

Si néanmoins l'héritier avoit reçu quelque indemnité pour cela, il en devoit faire raison au légataire; *arg.* l. 78, §. 1. ff. *de leg.* 2, car, le légataire en étant devenu propriétaire, c'est à lui à qui en doit appartenir le prix dont le remboursement a été ordonné.

Il n'est dû pareillement au légataire aucune estimation de la chose léguée, lorsqu'elle a été volée à l'héritier sans sa faute; car, ou on sait entre les mains de qui elle est, et le légataire peut, en ce cas, la revendiquer, ou on ne sait pas ce qu'elle est devenue, et, en ce cas, c'est tout comme si elle n'existoit pas.

ARTICLE II.

Des autres actions des légataires.

§. I. De l'action de revendication.

Lorsque le legs est d'un corps certain qui appartenoit au défunt, le légataire en étant fait le propriétaire par la loi civile, il suit de là qu'outre l'action personnelle *ex testamento* qu'il a contre l'héritier pour se le faire délivrer et en obtenir la possession; il a aussi l'action de revendication, qui appartient à tout propriétaire, contre ceux qu'il trouve en possession d'une chose qui lui appartient.

Il faut observer que, selon notre droit françois, lorsque la chose léguée se trouve en la possession d'un tiers-détenteur, le légataire, pour pouvoir la revendiquer contre ce tiers, doit préalablement se faire saisir de

c'est la même chose, qu'une chose n'existe pas, ou ne soit plus dans le commerce.

Si néanmoins l'héritier avoit reçu quelque indemnité pour cela, il en devoit faire raison au légataire; *arg.* l. 78, §. 1. ff. *de leg.* 2, car, le légataire en étant devenu propriétaire, c'est à lui à qui en doit appartenir le prix dont le remboursement a été ordonné.

Il n'est dû pareillement au légataire aucune estimation de la chose léguée, lorsqu'elle a été volée à l'héritier sans sa faute; car, ou on sait entre les mains de qui elle est, et le légataire peut, en ce cas, la revendiquer, ou on ne sait pas ce qu'elle est devenue, et, en ce cas, c'est tout comme si elle n'existoit pas.

ARTICLE II.

Des autres actions des légataires.

§. I. De l'action de revendication.

Lorsque le legs est d'un corps certain qui appartenoit au défunt, le légataire en étant fait le propriétaire par la loi civile, il suit de là qu'outre l'action personnelle *ex testamento* qu'il a contre l'héritier pour se le faire délivrer et en obtenir la possession; il a aussi l'action de revendication, qui appartient à tout propriétaire, contre ceux qu'il trouve en possession d'une chose qui lui appartient.

Il faut observer que, selon notre droit françois, lorsque la chose léguée se trouve en la possession d'un tiers-détenteur, le légataire, pour pouvoir la revendiquer contre ce tiers, doit préalablement se faire saisir de

246 TRAITÉ DES DONATIONS TESTAMENTAIRES,
son legs par l'héritier ou autre successeur grevé de la
prestation du legs; c'est ce qui nous est attesté par Au-
tomne sur le tit. 43, lib. 6, *cod. comm. de leg.*, et par
Bacquet, *Traité des Droits de justice*.

§. II. De l'action hypothécaire.

Justinien a accordé, par sa constitution, une hypo-
thèque aux légataires sur les biens du testateur, aux-
quels auroient succédé les héritiers grevés de la pres-
tation des legs.

Quoique Automne dise que cette loi n'est pas sui-
vie en France, néanmoins elle y est suivie, et tout ce
en quoi notre droit françois diffère à cet égard du droit
romain, c'est que, par notre droit françois, le légataire
ne peut intenter les actions de revendication et hypo-
thécaire, qu'il ne se soit fait saisir de son legs avec
l'héritier.

Cette hypothèque a lieu quand même le testament
n'auroit pas été reçu par un notaire et seroit un sim-
ple testament olographe; car c'est la loi qui la donne.
Cette hypothèque n'a lieu sur la part des biens du tes-
tateur auquel chaque héritier succède, que pour la
part dont cet héritier est tenu du legs. La loi 1, *cod.*
comm. de leg., qui établit cette hypothèque, le décide
expressément: *In tantum hypothecaria unumquemque*
volumus conveniri, in quantum personalis actio adver-
sus ipsum competit; en cela, les legs diffèrent des det-
tes de la succession, et la raison de différence en est
évidente. Le défunt qui a contracté les dettes, en
ayant été débiteur pour le total, a hypothéqué tous et
chacun de ses biens au total desdites dettes; chaque por-

tion de ses biens qui passe à chacun de ses héritiers se trouve donc hypothéquée au total desdites dettes; mais le défunt n'a jamais été le débiteur des legs qu'il a faits; l'obligation ne commence que dans les personnes de ses héritiers; elle a été divisée dès le commencement; le testateur a hypothéqué les biens qu'il laissoit à chacun d'eux, aux charges qu'il leur imposoit; mais, comme il ne chargeoit chacun d'eux de la prestation des legs que pour la part qu'il lui laissoit dans ses biens, il n'a pas entendu hypothéquer cette part de ses biens qu'il leur laissoit qu'à la part des legs dont il les chargeoit. Notre sentiment, qui est fondé dans le texte même de la loi, est aussi celui de Ricard et des meilleurs auteurs. Bacquet et Renusson sont d'avis contraire; ils ne l'appuient d'aucune raison solide. Le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque sur lequel ils se fondent n'a aucune application; il est vrai que, lorsque des biens d'un débiteur du total de la dette ont été une fois obligés au total de la dette, chaque partie desdits biens ne cesse pas d'être obligée au total de la dette par le partage qui s'en fait; mais dans notre espèce, la part à laquelle chacun des héritiers a succédé n'a jamais été hypothéquée au total du legs; elle ne l'a été qu'à la part dont cet héritier en a été chargé, et, par conséquent, elle n'est hypothéquée que pour cette part; de même que, lorsque deux personnes s'obligent sans solidarité à une dette par un acte qui emporte hypothèque, les biens de chacun ne sont hypothéqués que pour la part pour laquelle chacun d'eux s'oblige.

L'hypothèque que la loi accorde aux légataires n'est

248 TRAITÉ DES DONATIONS TESTAMENTAIRES,
que sur les biens du testateur, et non sur ceux des
héritiers; le testateur ne peut pas hypothéquer les
biens de ses héritiers, car on ne peut hypothéquer le
bien d'autrui; les légataires ne peuvent donc acquérir
d'hypothèque sur les biens des héritiers que par la
sentence de saisissement de legs, ou par un acte par-
devant notaire par lequel les héritiers se seroient
obligés à la prestation du legs.

L'action hypothécaire, qui naît de l'hypothèque
que la loi accorde sur les biens du défunt, peut s'in-
tenter contre des tiers qui auroient acquis des héritiers
des biens de la succession, mais le légataire, pour pou-
voir l'intenter, doit au préalable se faire saisir de son
legs avec les héritiers.

CHAPITRE VI.

De l'extinction des legs, et du droit d'accroissement.

L'extinction de legs est ou générale, par la rupture
et destruction du testament où ils sont renfermés, ou
particulière à l'égard de quelque legs.

Elle arrive aussi, ou de la part du testateur, ou de
la part du légataire, ou de la part de la chose léguée,
ou par le défaut de la condition sous laquelle le legs
a été fait.

SECTION PREMIÈRE.

De l'extinction générale des legs, par la rupture ou destruction du testament dans lequel ils sont renfermés.

Par le droit romain, un testament pouvoit se rompre de deux manières: 1^o par un testament postérieur; 2^o par la survenance de quelque enfant dans la famille du testateur, qui se trouvât n'être ni institué héritier, ni exhérédé. Cette rupture de testament, soit de l'une, soit de l'autre manière, entraînoit l'extinction des legs et fidéicommis, et généralement de tout ce qui y étoit contenu.

Ces deux espèces de rupture de testament n'ont pas lieu dans nos provinces coutumières.

Nos testaments ne contenant point d'institution d'héritier, et n'étant autre chose que ce qu'étoient par le droit romain les codiciles; de même que, par le droit romain, une personne pouvoit faire plusieurs codiciles en différents temps, qui étoient valables en ce qu'ils n'avoient rien de contraire, de même, par notre droit françois, un premier testament n'est point rompu par un testament postérieur, à moins que le testateur n'ait déclaré, par le testament postérieur, qu'il révoquoit les précédents; l'un et l'autre subsistent ensemble dans ce qu'ils n'ont rien de contraire: à l'égard des dispositions contenues dans le premier testament, qui se trouveroient contraires à quelques unes de celles qui se trouvent dans le second, elles sont censées révoquées par celles du second.

Pareillement, notre droit coutumier n'exigeant

point, pour la validité des testaments, que les enfants du testateur soient institués héritiers, ou exhérités, la naissance d'un enfant né depuis le testament, qui se trouve préterit, ne rompt pas précisément par sa préterition le testament de son père

Néanmoins, si une personne faisoit son testament, ignorant la grossesse de sa femme, le posthume qui naîtroit pourroit faire déclarer nul le testament de son père, non précisément à cause de sa préterition, qui n'est point un vice dans nos testaments, mais par une conjecture de la volonté du testateur; on présume qu'il n'a fait les legs contenus dans son testament que parcequ'il croyoit n'avoir point d'enfant, et qu'il ne les auroit pas faits, s'il eût su qu'il lui en surviendrait. Cette présomption, fondée sur l'affection naturelle des parents pour leurs enfants, fait supposer dans le testateur une intention virtuelle de faire dépendre les legs qu'il a faits de la condition, s'il mourroit sans enfants; c'est ce que décide la loi 36, §. 2, ff. *de test. milit.*, à l'égard d'un testament militaire, dans lequel il n'étoit pas nécessaire d'instituer ou exhériter ses enfants.

La loi 33, §. 2, ff. *d. tit.*, le décide même dans le cas auquel l'enfant seroit survenu depuis le testament, du vivant du testateur.

Mais comme ce n'est pas la préterition par elle-même, mais la conjecture de la volonté du testateur, qui fait en ce cas annuler le testament; il suit de là, 1^o qu'on doit, en annulant le testament en ce cas, excepter et conserver certains legs modiques faits à des domestiques ou autres personnes à qui le testa-

teur auroit vraisemblablement légué, quand même il auroit prévu la naissance du posthume. Il suit de là, 2^o que si le testateur a donné quelques marques que sa volonté étoit que son testament fût exécuté, nonobstant la naissance de cet enfant, il doit l'être, sauf la légitime de cet enfant.

Cette volonté paroît, si depuis la naissance de cet enfant son testament lui a passé par les mains, s'il y a fait quelque apostille, quelque addition; car, c'est une marque non équivoque qu'il a persévéré dans la même volonté, nonobstant la naissance de cet enfant.

Les manières dont les testaments, selon notre droit romain, étoient infirmés *per capitis diminutionem testatoris*, ou bien *non aditâ hæreditate*, ne peuvent être non plus en usage parmi nous; car nous n'avons point d'institution d'héritier, de l'effet de laquelle dépendent les autres dispositions du testament; et il n'y a point non plus d'autre changement d'état en la personne du testateur qui infirme son testament, que la mort civile, qui résulte d'une condamnation à peine capitale.

Si le condamné à peine capitale avoit depuis recouvré la vie civile par des lettres d'abolition, son testament vaudroit.

SECTION II.

De l'extinction des legs de la part du testateur.

Les legs et toutes les dispositions testamentaires s'éteignent de la part du testateur, lorsqu'il est condamné à une peine capitale qui lui fait perdre la vie

252 TRAITÉ DES DONATIONS TESTAMENTAIRES,
civile et emporte la confiscation de ses biens; c'est ce
que nous avons vu en la section précédente.

Ils s'éteignent aussi de la part du testateur, par la
révocation qu'il en fait.

Quoique le testateur ait de son vivant exécuté d'a-
vance le legs qu'il avoit fait, en délivrant au légataire
la chose léguée, le legs ne laisse pas d'être révocable
par la pure volonté du testateur.

Mais il faut qu'il soit constant que le testateur, en
délivrant au légataire la chose léguée, n'a entendu
qu'exécuter d'avance le legs qu'il lui avoit fait, et non
pas lui faire une donation entre-vifs de la chose qu'il
lui avoit léguée.

La révocation est, ou générale, lorsque le testateur
révoque le testament, ou les legs et autres dispositions
testamentaires qui y sont contenues, ou particulières,
lorsque le testateur révoque un certain legs ou autre
disposition particulière. Cette révocation est expresse
ou tacite.

La révocation générale ne s'étend pas au legs que
le testateur auroit exécuté de son vivant, il faut, pour
le révoquer, une révocation particulière et spéciale.
Arrêt de 1675, chez *Soefv.*, II, 490.

Nous examinerons enfin si le testateur peut s'inter-
dire le pouvoir de révoquer ses dispositions.

§. I. De la révocation expresse, et de ce qui est nécessaire
pour qu'elle soit valable.

La révocation est expresse, lorsque le testateur a
déclaré expressément par quelque acte que ce soit,
pourvu qu'il soit par écrit, qu'il révoque son testa-

ment, ou qu'il révoque un tel legs ou une disposition particulière.

Par le droit romain, un testament ne pouvoit être révoqué que par un autre testament qui fût solennel. Par notre droit françois, nos testaments n'étant autre chose que ce qu'étoient les codiciles d'un homme *intestat*, qui pouvoient se révoquer *nudâ voluntate*, nos testaments peuvent aussi se révoquer par la nue volonté du testateur, pourvu qu'elle soit constatée par un acte par écrit, sans qu'il soit nécessaire que l'acte qui contient la révocation soit revêtu des formes des testaments; c'est pourquoi, si un testateur déclare, par un acte devant notaire, qu'il révoque son testament, ou une telle disposition de son testament, quoique l'acte qui contient cette révocation ne soit pas revêtu des formalités des testaments, la révocation ne laisse pas d'être valable. Il peut aussi faire cette révocation par un acte écrit ou seulement signé de sa main.

De là il suit que, quoiqu'un second testament, qui contient une clause de révocation du premier, soit nul dans la forme, le premier ne laisse pas d'être révoqué par cette clause; car la révocation des testaments pouvant se faire *nudâ voluntate*, quoique le second testament, qui contient la clause de révocation, ne soit pas revêtu des formalités nécessaires pour le rendre valable, il doit au moins être valable pour cette clause de révocation, qui n'est point assujettie à ces formalités.

Au reste, la révocation doit être par écrit; il seroit trop dangereux de faire dépendre les dernières volontés d'un testateur du témoignage de témoins qu'on

pourroit suborner pour assurer qu'il les a révoqués : on n'admet pas même la preuve testimoniale qu'il y a eu un acte par écrit de révocation, lorsqu'il n'en paroît aucun. Arrêt dans *Soefv.*, 1, IV, 71, mais la preuve du fait de suppression peut être admise; on peut même prendre, pour cela, la voie criminelle.

Pour que la révocation expresse d'un legs particulier soit valable, il faut que la personne que le testateur a déclaré qu'il privoit de ce legs soit la même personne à qui il l'a laissé. *Legatum nulli alii adimi potest, quàm cui datum est*; l. 21, ff. de adim. leg. C'est pourquoi si le testateur, après avoir légué une certaine somme au fils de Pierre, s'exprimoit ainsi dans un acte postérieur: Je prive Pierre du legs que j'ai fait à son fils, le legs ne seroit point révoqué; *de leg.*, 21.

Par la même raison, si le testateur qui a légué à ma femme déclare, par la suite, qu'il me prive de ce legs, le legs ne sera pas révoqué; mais cette disposition pourra s'entendre, en ce sens, qu'il fait ce legs, à la charge qu'il n'entrera pas dans la communauté de biens qui est entre ma femme et moi.

Il faut, pour que la révocation d'un legs soit valable, que la chose dont le testateur déclare qu'il prive le légataire soit la même chose qu'il lui avoit léguée, ou qu'elle en fasse partie. C'est pourquoi, si celui qui m'a légué l'usufruit d'un tel héritage déclare, par un autre acte, qu'il révoque le droit de passage qu'il m'a légué par cet héritage, cette révocation sera de nul effet, parceque ce droit de passage est une chose différente, et qui ne fait point partie de ce qu'il m'a légué; l. 3, §. 6, ff. de adim. leg.

Que si celui qui m'a légué un héritage déclare qu'il révoque le legs qu'il m'a fait pour la propriété, ou bien qu'il le révoque pour l'usufruit, la révocation sera valable, dans le premier cas, pour la nue-propriété, et je n'en pourrai prétendre que l'usufruit; et, dans le second cas, elle sera valable pour l'usufruit, et je ne pourrai prétendre que la propriété, en laissant l'usufruit à l'héritier; l. 2, *ppio.* et §. 1, *ff. d. tit.*; car ces choses font en quelque façon partie de ce qui m'a été légué, le legs d'un héritage comprenant la propriété et l'usufruit; *ususfructus pars fundi esse videtur.*

Si celui qui m'a légué soixante livres déclare qu'il révoque le legs de quatre-vingts livres qu'il m'a fait, la révocation est valable; car les soixante livres qu'il m'a léguées sont comprises dans la somme de quatre-vingts; l. 3, §. 5, *ff. d. tit.*

Si celui qui m'a légué indéterminément un volume de sa bibliothèque déclare qu'il ne me lègue point son corps de droit, la révocation est valable, à l'effet que je ne puisse choisir le corps de droit; ll. 11 et 12, *ff. d. tit.*

§. II. De la révocation tacite.

La révocation tacite se présume en plusieurs cas: 1° lorsqu'un testateur, par un testament postérieur, lègue à quelqu'un une partie de ce qu'il lui avoit légué par un précédent, il est censé avoir tacitement révoqué le legs pour le surplus; l. 20, *ff. de instr. vel instrum. legato.*

Suivant ce principe, si un testateur, par un premier testament, avoit légué à son débiteur la remise de tout

ce qu'il lui doit, et que, par un second, il déclare qu'il lui fait remise de tous les intérêts qu'il lui devra au jour de sa mort, il est censé avoir révoqué le legs de la remise du principal; l. 28, §. 5, de *liber. leg.*

2° Lorsqu'un testateur lègue, par un second testament, la même chose qu'il avoit léguée par un précédent testament à une autre personne, si quelques circonstances concourent, on présumera facilement que le testateur, par le legs porté au second testament, a tacitement révoqué celui fait par le premier testament. Un exemple de circonstance qui peut, en ce cas, faire présumer la révocation du legs porté au premier testament, c'est si le testateur, par le second testament, lui lègue d'autres choses à la place.

Que s'il n'y a aucune circonstance qui concoure pour établir cette présomption, le legs fait par un second testament de la même chose qui a été léguée par un premier testament à une autre personne, n'emporte point la révocation de celui porté au premier testament, et l'un et l'autre légataires sont admis au legs de cette chose, et sont entre eux ce qu'on appelle *conjuncti re tantum*, dont nous parlerons par la suite.

Lorsqu'il y a lieu de présumer que le testateur, en léguant à une seconde personne la même chose qu'il avoit léguée à une première, a eu intention de révoquer le legs fait à la première personne, cette révocation du premier legs a lieu, quand même le second n'auroit eu aucun effet, ou même auroit été fait à un incapable; l. 34, ff. de *leg.* 1°.

Si néanmoins le second avoit été fait sous une condition, le testateur sera présumé n'avoir voulu révo-

quer le premier que sous cette condition, à moins que quelques circonstances ne fissent connoître qu'il a voulu le révoquer absolument; l. 7, ff. *de adim. leg.*

3° Lorsque le testateur a barré ou raturé son testament en tout ou partie, il est censé avoir tacitement révoqué les dispositions qu'il a barrées. *Nihil interest inducatur quod scriptum est, an adimatur*; l. 16, ff. *de adim. leg. passim tit. de his quæ in test. del.*

4° L'aliénation que le testateur fait, à quelque titre que ce soit, d'une chose qu'il avoit léguée, renferme une révocation du legs qu'il en avoit fait, de telle manière que le légataire ne peut pas la prétendre, à moins qu'il ne prouve par quelques circonstances que le testateur a conservé la volonté de le lui léguer, ou du moins, que c'a été sa dernière volonté; l. 15, ff. *de adim. leg.*

Quand même l'aliénation ne seroit pas valable, elle ne laisseroit pas de renfermer la révocation tacite du legs. Par exemple, si un mari donnoit, pendant le mariage, à sa femme la chose qu'il a léguée à quelqu'un, cette donation, quoique nulle, ne laisseroit pas de faire réputer le legs révoqué; l. 24, §. 1, ff. *de adim. leg.* Par la même raison, si une femme mariée vend ou donne, sans l'autorité de son mari, la chose qu'elle a léguée; cet acte, quoique nul, ne laissera pas d'être suffisant pour faire présumer le legs révoqué.

Mais, pour que l'aliénation de la chose léguée renferme la tacite révocation du legs, il faut qu'il l'ait fait de son plein gré, sans que rien l'obligeât de le faire; c'est pourquoi, si le testateur a vendu, dans quelque

cas de nécessité urgente, la chose qu'il avoit léguée, on ne présumera point dans le testateur la volonté de révoquer le legs, et ce sera à l'héritier qui en est grevé à la prouver; l. 11, §. 12, ff. *de leg.* 3°.

Par la même raison, si le testateur qui avoit légué la part indivise qu'il avoit dans une maison a aliéné cette part par une licitation à laquelle il a été provoqué, le legs ne devra pas être censé révoqué.

Observez aussi qu'un simple engagement que le testateur feroit de la chose léguée ne doit pas faire présumer la révocation du legs; *Paul*, sentent. III, VI, 16. La raison est que le testateur comptant, en ce cas, recouvrer la chose qu'il ne fait qu'engager, cet engagement n'a rien de commun à la volonté de la laisser après sa mort au légataire.

Par la même raison, je pense qu'une vente faite sous faculté de réméré ne doit pas faire présumer la révocation du legs de la chose ainsi vendue, d'autant même que ces ventes sont faites *ex causâ alicujus urgentis necessitatis*.

5° De grandes inimitiés survenues depuis le testament entre le testateur et le légataire, font présumer la révocation du legs; l. 3, §. 11; l. 22; l. 31, §. 2, ff. *de adim. leg.*, à moins qu'il n'y eût eu entre eux une réconciliation parfaite; l. 4, ff. *d. tit.*; mais une légère brouillerie, un petit refroidissement, ne donnent pas lieu à cette présomption.

On doit aussi avoir égard à la qualité de la personne du légataire; si le légataire n'avoit d'autre titre que celui d'ami du testateur, pour avoir mérité le legs qui lui a été fait, l'inimitié survenue depuis fait facilement

présumer la révocation de ce legs ; mais si le légataire étoit l'un des enfants du testateur, ou son plus proche parent en collatérale, ou son insigne bienfaiteur, on ne présumera pas si facilement la révocation du legs ; car, en ce cas, on peut croire que, si le testateur n'a pas révoqué le legs, c'est qu'il a été plus sensible aux liens du sang, ou aux bienfaits reçus qui lui rendent chère la personne du légataire, qu'à l'offense qu'on présume qu'il lui a pardonnée.

Suivant ces principes, le legs fait à un domestique doit être censé révoqué, si le testateur depuis l'a chassé de chez lui par mécontentement.

Il en seroit autrement s'il en étoit sorti parcequ'il n'étoit plus en état de servir, ou qu'il eût demandé son congé pour prendre un établissement de l'agrément de son maître.

6° Lorsqu'il est évident que le testateur a été porté à faire le legs par un motif unique qui vient à cesser, le legs est présumé révoqué. La loi 25, ff. *de adim. leg.*, en contient un exemple : Un testateur avoit légué un héritage à l'un de ses héritiers, et il avoit légué à l'autre de ses héritiers une créance jusqu'à concurrence de la valeur du prix de l'héritage qu'il avoit légué au premier ; le legs fait au premier ayant été depuis révoqué par l'aliénation volontaire que le testateur avoit faite de l'héritage, le jurisconsulte décide que celui fait au second doit être aussi présumé révoqué, parcequ'il est évident qu'il ne lui avoit fait que pour l'égaliser au premier héritier, et que ce motif pour lequel ce legs lui avoit été fait étant venu à cesser par l'extinction du legs fait au premier, il devoit être présumé révoqué.

La loi 30, §. 2, ff. *d. tit.*, en contient un autre exemple à l'égard d'un legs fait par le testateur à une personne, pour récompense du soin dont il le chargeroit de faire conduire son corps dans un certain lieu de sépulture, ayant depuis déclaré son changement de volonté sur cette sépulture, le jurisconsulte décide que le legs doit être présumé révoqué.

Suivant ces principes, si le testateur avoit fait un legs à son exécuteur testamentaire, et que, par un autre acte, il en nommât à sa place un autre, on pourroit présumer qu'il auroit révoqué le legs qu'il lui avoit fait en considération et pour récompense de l'exécution dont il le chargeoit.

§. III. Si le testateur peut s'interdire le pouvoir de révoquer les legs qu'il a faits et les autres dispositions testamentaires.

Les legs et autres dispositions testamentaires étant, par leur nature, des ordonnances de dernière volonté, et, par conséquent, étant essentiellement ce que le testateur est censé avoir librement voulu au dernier instant qu'il a cessé de vouloir; il suit de là qu'il est de leur essence que ces dispositions soient toujours révocables, et que le testateur ne peut, par conséquent, s'interdire la faculté de les révoquer. *Nemo potest sibi testamento eam legem dicere ut à priore ei recedere non liceat*; l. 22, ff. *de leg.* 3^o.

La promesse que le testateur feroit de révoquer un legs seroit donc nulle, soit qu'elle fût faite par testament, soit qu'elle fût faite par quelque acte postérieur.

Cela a lieu, quand même il l'auroit confirmée par

le serment ; car le serment qui est employé pour confirmer la promesse n'est qu'un accessoire de la promesse ; d'où il suit que , si la promesse par elle-même est nulle, le serment qui la confirme ne peut être valable, selon cette maxime de droit : *Cum principalis causa non consistit, nec ea quidem quæ sequuntur locum obtinent.*

Non seulement un testateur ne peut pas s'interdire absolument le pouvoir de changer ses ordonnances, de dernière volonté, il ne peut pas même gêner ce pouvoir ; c'est pour cette raison que l'ordonnance déclare de nul effet toutes les clauses déroatoires par lesquelles un testateur déclare par son testament, qu'il veut que tout ceux qu'il feroit parla suite, qui contiendroient quelque chose contre et outre ce qui est porté au présent testament, ne seroient pas valables, s'il ne s'y trouvoit une telle sentence ; comme par exemple : *Beatus vir qui timet Dominum* ; ou une telle formalité, s'ils n'étoient scellés du sceau de ses armes ; l'ordonnance déclare ces clauses de nul effet, et veut que les testaments postérieurs soient valables, et puissent révoquer le précédent, quoique le testateur n'y ait pas observé ce qu'il s'étoit prescrit par le précédent ; la raison est, que le pouvoir qu'il a de révoquer son testament, ne doit point être gêné et assujetti à des formalités qu'il pouvoit oublier s'être imposées.

Ce principe que les legs, et autres semblables dispositions, ne peuvent jamais être irrévocables, souffre une exception à l'égard des institutions contractuelles, dont nous traiterons en particulier dans un appendice.

Il souffroit encore une exception avant l'ordonnance, à l'égard des testaments mutuels; car, lorsque deux personnes, par un testament mutuel, s'étoient mutuellement légué leurs biens au survivant d'eux, et après sa mort à un tiers, le survivant qui avoit recueilli le legs du prédécédé ne pouvoit plus révoquer celui qu'il avoit fait à un tiers. L'ordonnance de 1735 a abrogé l'usage de ces testaments.

On demande si la reconnoissance portée par un testament, que le testateur doit une certaine somme à une personne, est révocable? Il faut distinguer, en tant qu'elle contient une preuve de la dette, elle n'est pas révocable; la preuve qui subsiste de cet aveu, subsiste nonobstant la révocation de cet aveu, et dispense le créancier de rapporter d'autres preuves de sa créance; mais cette reconnoissance, en tant qu'elle contiendrait un legs de la somme que le testateur a reconnu devoir, quoique le testateur ne la dût pas effectivement, est révocable, et la révocation a cet effet, que l'héritier, qui ne seroit pas recevable à prouver que cette somme n'étoit pas due, si la reconnoissance n'avoit pas été révoquée, parceque cette reconnoissance vaudroit comme legs, sera recevable à faire cette preuve, et à détruire celle qui résulte de l'aveu.

SECTION III.

De l'extinction du legs de la part du légataire.

Les legs s'éteignent de la part du légataire : 1° par son prédécès ; 2° lorsqu'il devient incapable ; 3° lorsqu'il s'en est rendu indigne ; 4° par la répudiation qu'il fait des legs.

§. I. De l'extinction des legs par le prédécès du légataire, ou par son incapacité.

Il est évident que le legs s'éteint lorsque le légataire meurt avant le testateur ; car les legs n'ayant d'effet qu'à la mort du testateur, ils ne peuvent donner aucun droit au légataire que dans ce temps ; le légataire qui est mort avant ce temps est donc mort sans avoir pu acquérir aucun droit qui résultât du legs, et il n'a pu, par conséquent, en transmettre aucun dans sa succession.

Que, si le légataire a survécu le testateur, le legs, qui est pur et simple, n'est point éteint par la mort du légataire, quoiqu'il meure avant que d'avoir accepté le legs, et même avant que d'en avoir eu connoissance ; car, le droit qui résulte des legs, est acquis aux légataires par la vertu de la loi, même sans qu'ils le sachent.

Lorsque le legs est conditionnel, le legs est éteint par la mort du légataire avant l'existence de la condition, quoique depuis la mort du testateur ; car ces legs n'ayant leur effet, et ne pouvant acquérir de droit aux légataires que du jour de l'existence de la condition, ils ne peuvent en avoir aucun lorsque le légataire se

*legs
conditionnel*

trouve mort dans ce temps ; les conditions de legs n'ont pas un effet rétroactif au temps de la mort du testateur, en quoi elles sont différentes de celles des actes entre-vifs, et la raison de différence est que ceux qui contractent, contractent tant pour eux que pour leurs héritiers ; c'est pourquoi le droit qui résulte du contrat peut être, en vertu du contrat, acquis après leur mort à leurs héritiers lors de l'existence de la condition, laquelle, pour cet effet, a un effet rétroactif au temps du contrat ; au lieu que le testateur ne lègue qu'à la personne du légataire ; il n'a point en vue, par son testament, les héritiers du légataire ; c'est pourquoi le droit qui résulte du testament ne peut être, en vertu du testament, après la mort du légataire, acquis à ses héritiers par l'existence de la condition à laquelle, pour cela, on ne donne point d'effet rétroactif.

Il y a de certains legs qui ne sont point sujets à s'éteindre par la mort du légataire ; tels sont ceux qui sont faits à des corps et communautés qui ne meurent point. Tels sont ceux qui sont faits à quelqu'un, non en tant qu'il est une telle personne, mais en tant qu'il a un certain titre qui ne meurt point, et passe à ses successeurs ; par exemple, si quelqu'un léguoit au roi, un tel legs ne seroit point éteint par la mort du roi aujourd'hui régnant avant le testateur ; *quod principi relictum est qui, antequàm dies legati cedat, ab hominibus ereptus est.... successori debetur* ; l. 56, ff. leg. 2°. La raison est qu'un tel legs est censé fait, non pas tant à la personne du roi régnant, qu'au roi qui ne meurt jamais.

Il en est de même des legs qui seroient faits au

curé d'une telle paroisse, au lieutenant-général d'un tel bailliage, au doyen de l'université, etc.

Ce sont les circonstances qui doivent beaucoup servir à décider, si les legs doivent être présumés faits plutôt au titre qu'à la personne; car si le testateur avoit des liaisons personnelles de parenté ou d'amitié avec la personne d'un procureur du roi, d'un doyen de l'université, etc., le legs fait en ces termes, au procureur du roi, au doyen de l'université, etc., pourroit être présumé fait à la personne que le testateur auroit désignée par sa qualité, au lieu de la désigner par son nom.

Par la même raison que les legs s'éteignent par la mort du légataire avant celle du testateur, ou avant l'existence de la condition, ils doivent aussi s'éteindre par l'incapacité du légataire, qui, lors de la mort du testateur ou de la condition qui donne ouverture au legs, s'en trouve incapable, comme s'il étoit devenu religieux, s'il avoit perdu la vie civile par une condamnation capitale. Voyez ce que nous avons dit, chap. 2, art. 2.

§. II. De l'extinction des legs par l'indignité des légataires.

Par le droit romain, les legs ne s'éteignoient pas proprement par l'indignité du légataire qui s'en rendoit indigne, le fisc les recueilloit en sa place. Par notre droit françois, la chose léguée demeure par-devers celui qui a été grevé du legs, lorsque le légataire s'en est rendu indigne; c'est pourquoi l'indignité est une manière dont les legs s'éteignent de la part du légataire.

Il y avoit un grand nombre de causes d'indignité par le droit romain, qui ne sont pas reçues dans nos usages.

Les causes d'indignité parmi nous, sont: 1° si le légataire a été complice de la mort du testateur; s'il avoit fait quelque injure sanglante à sa mémoire.

2° Si quelqu'un a empêché le testateur de révoquer le testament qu'il avoit fait en sa faveur, ou même d'y retoucher, il doit être privé, comme indigne, des legs qui lui ont été faits; car son dol ne doit pas lui être profitable, et lui assurer des legs que le testateur auroit peut-être révoqués, s'il n'eût été empêché de retoucher son testament.

A l'égard des autres légataires auxquels le testateur a fait des legs par le testament qu'il avoit intention de retoucher ou même de révoquer, s'ils n'ont point été complices des manœuvres de celui qui a empêché le testateur de révoquer ou retoucher son testament, ils ne doivent point être privés de leur legs; car, n'ayant rien fait qui les en rende indignes, ils ne peuvent en être exclus qu'autant que le testateur auroit effectivement révoqué les legs qu'il leur a faits, et l'envie qu'il paroît avoir eue de retoucher son testament, ou d'en faire un nouveau, n'est pas une vraie révocation de ce legs.

Ces faits d'indignité, qu'un légataire a empêché le testateur de retoucher son testament, peuvent être prouvés par témoins, comme le peut être un autre délit; le juge néanmoins doit permettre cette preuve avec circonspection.

3° Une espèce de cause d'indignité, selon nos usa-

ges, est lorsque la personne que le testateur avoit nommée pour son exécuteur testamentaire refuse de se charger de cette exécution; il est, en conséquence de ce refus, non recevable à demander les legs qui paroîtront lui avoir été faits dans la vue de le récompenser du soin de cette exécution.

Par la même raison, quoiqu'il n'y ait point dans notre droit de tutèle testamentaire, néanmoins si le testateur avoit nommé quelqu'un de ses parents pour tuteur de ses enfants, et lui eût fait quelque legs; si le juge, sur l'avis de la famille, avoit nommé cette personne pour tuteur, et que cette personne s'excusât de la tutèle par quelque privilège, elle seroit non recevable à demander le legs qui paroîtroit lui avoir été fait dans cette vue.

§. III. De la répudiation des legs.

Le legs s'éteint de la part du légataire, lorsqu'il le répudie.

Pour qu'un légataire puisse valablement répudier le legs qui lui est fait, il faut qu'il soit usant de ses droits; une femme qui est sous puissance de mari ne peut donc valablement répudier le legs qui lui est fait, sans l'autorité de son mari; un mineur qui est sous puissance de tuteur ne le peut pareillement.

Quand même il seroit émancipé, sa minorité le rendroit restituable contre la répudiation qu'il feroit du legs, à moins que ce ne fût un legs modique, de quelque somme, ou chose mobilière; car les émancipés peuvent dissiper leurs meubles sans restitution.

Lorsqu'une autre personne que celle à qui le legs a

été fait en doit profiter, c'est celle qui en doit profiter qui peut valablement répudier le legs; c'est pourquoi le mari qui est en communauté de biens avec sa femme peut valablement répudier le legs fait à sa femme, qui seroit entré en sa communauté, et il n'a pas besoin, pour cette répudiation, du consentement de sa femme. On pourroit néanmoins tirer argument de la loi 26, *cod. de fid.* pour dire qu'en ce cas, la femme pourroit se faire autoriser à le demander au refus de son mari, puisqu'il est décidé en cette loi, que le fils de famille peut demander le legs qui lui a été fait, et que son père, qui auroit pu l'acquérir *jure patriæ potestatis*, auroit répudié. Il paroît par les *Basil. lib. 2, cap. 8, §. 3*, que cette loi est dans l'espèce d'un fils de famille.

Cela sur-tout doit être accordé à la femme, lorsqu'elle a droit de reprendre, en cas de renonciation à la communauté, ce qui est entré à cause d'elle en communauté.

La répudiation d'un legs se fait ou expressément ou tacitement.

Le consentement qu'un légataire donneroit à la vente que feroit l'héritier de la chose qui lui est léguée, est regardé comme une répudiation qu'il fait de son legs, à moins qu'il ne parût, par les circonstances, que son intention n'a pas été de répudier le legs, mais de consentir à recevoir le prix au lieu de la chose; l. 120, §. 1, *ff. de leg. 1^o*; l. 88, §. 14, *ff. de leg. 2^o*. Que, si un légataire a seulement souscrit comme témoin au contrat de vente de la chose qui lui a été léguée, on n'en doit point induire une renonciation au legs; l. 34, §. 2, *ff. de leg. 2^o*.

Il nous reste à observer que , quoiqu'un légataire à qui le testateur a fait deux ou plusieurs legs en puisse accepter l'un et répudier l'autre , néanmoins , si l'un desdits legs a été fait sous certaines charges , le légataire ne peut pas , pour se soustraire aux charges qui lui sont imposées , le répudier et accepter celui qui est fait sans charges ; l. 5 , *ppio.* et §. 1 , *ff. de leg. 2^o* , et l. 22 , *ff. de fid. libert.*

SECTION IV.

De l'extinction des legs de la part de la chose léguée.

Les legs s'éteignent de la part de la chose léguée lorsqu'elle périt , ou lorsqu'elle cesse d'être susceptible du legs que le testateur a fait de cette chose.

ARTICLE PREMIER.

De l'extinction du legs lorsque la chose périt.

§. I. A l'égard de quel legs la règle reçoit-elle application , et quelles exceptions souffre-t-elle.

La règle que nous venons d'établir que les legs s'éteignent lorsque la chose léguée périt , ne peut recevoir d'application qu'à l'égard des legs de choses certaines et déterminées.

Un legs d'une chose indéterminée ne peut pas s'éteindre de cette manière ; par exemple , le legs d'un cheval indéterminé ; car ce legs , jusqu'à ce qu'il soit acquitté par la prestation d'un cheval , n'étant déterminé à aucun cheval , la mort d'aucun cheval ne peut

donner lieu à l'extinction de ce legs, parcequ'on ne peut dire d'aucun cheval qu'il soit la chose qui a été léguée; il faudroit pour que la chose qui fait l'objet d'un tel legs pérît que toute l'espèce des chevaux fût périée.

Il en est de même du legs d'une somme d'argent; car ce n'est pas l'argent précisément qui se trouve dans les coffres du testateur à sa mort, qui fait l'objet de ce legs, c'est une telle somme d'argent *in abstracto*.

Au reste, les legs des choses certaines s'éteignent par l'extinction de la chose léguée, soit que ce soit une chose corporelle, soit que ce soit une chose incorporelle qui ait été léguée; par exemple, si le testateur m'a légué une certaine créance, le legs est éteint si le testateur a reçu le paiement de son vivant, ou qu'il soit devenu l'héritier de son débiteur; l. 21, ff. *de lib. leg.*; car cette créance, qui étoit la chose léguée, se trouve éteinte par le paiement ou par la confusion.

Le legs alternatif de deux choses certaines s'éteint par l'extinction des choses léguées, comme le legs pur et simple; mais comme dans les legs alternatifs de deux choses, les deux choses sont léguées, le legs n'est éteint que par l'extinction des deux choses; lorsqu'il n'en est péri qu'une, le legs subsiste dans celle qui reste.

Que, si l'héritier grevé du legs avoit offert l'une des deux au légataire, et l'eût mis en demeure de la recevoir, en ce cas, l'extinction de la seule chose qui a été offerte opéreroit l'extinction du legs, parceque le legs, par ces offres, d'alternatif qu'il étoit, avoit été déterminé à la chose offerte.

§. II. Quand une chose est-elle censée périe.

Une chose est périe lorsque ce qui constituoit la substance ne subsiste plus.

Ce qui constitue la substance de chaque chose n'est pas tant la matière dont elle est composée, que la forme qui lui est propre, qui la caractérise essentiellement et qui la différencie des autres choses. C'est pourquoi, lorsque cette forme est détruite, quoique la matière dont la chose étoit composée subsiste, et qu'elle n'ait fait que passer à une autre forme, la chose est censée périe, et le legs qui auroit été fait de cette chose est éteint.

Par exemple, si un testateur avoit légué la laine qu'il avoit chez lui, et qu'il en eût fait des habits, le legs seroit éteint par l'extinction de la chose léguée : *Lana legata, vestem quæ ex eâ facta sit deberi non placet*; l. 88, ff. de leg. 3^o; car, quoique la matière ne soit pas détruite et se trouve dans les habits qui en ont été faits, néanmoins, comme elle ne subsiste plus dans sa forme de laine, mais dans la forme d'habits, il est vrai de dire que la laine qui a été léguée ne subsiste plus, parceque des habits, quoique faits de laine, sont quelque chose de différent de la laine.

Du principe que c'est la forme propre et caractéristique de chaque chose qui constitue l'essence et la substance des choses, plutôt que la matière dont elles sont composées, naît une autre conséquence, qui est l'inverse de la précédente; savoir, qu'une chose n'est pas censée périe, tant que la forme qui constitue sa

272 TRAITÉ DES DONATIONS TESTAMENTAIRES,
substance subsiste, quoiqu'il ne reste plus rien de
l'ancienne matière dont elle étoit composée.

Par exemple, si un bâtiment, comme un moulin, ou un bateau, ont été si souvent réparés depuis le testament, qu'il ne reste presque plus rien, ou absolument rien des différentes parties dont il étoit pour lors composé, néanmoins étant toujours resté en sa forme de moulin ou de bateau, la chose est censée être la même qui a été léguée, et le legs n'est point éteint; *l. 65, §. 2, ff. de leg. 2^o; l. 24, §. 4, ff. de leg. 1^o.*

Par la même raison, lorsque quelqu'un a légué un troupeau ou un fonds de boutique, quoiqu'il ne reste plus aucune des bêtes qui composoient le troupeau, ni aucune des marchandises qui composoient le fonds de boutique au temps du testament, d'autres bêtes et d'autres marchandises leur ayant été substituées, néanmoins le troupeau et le fonds de boutique ayant toujours demeuré en son état de troupeau ou de fonds de boutique, le legs n'est point éteint, et le légataire peut demander la délivrance du troupeau ou du fonds de boutique qui se trouve lors de l'ouverture du legs.

Observez que tout changement dans la forme d'une chose n'opère pas sa destruction, mais seulement le changement de cette forme qui en constituoit la substance; par exemple, si un testateur a légué un certain morceau de terre, et que depuis son testament il ait construit un édifice sur ce morceau de terre, le changement qui est arrivé dans la forme de ce morceau de terre nue, qui est devenue occupée par un bâtiment,

n'opère pas l'extinction du morceau de terre; car ce morceau de terre, quoique occupé par un bâtiment, est toujours un morceau de terre; la forme qui constitue la substance du morceau de terre n'est pas détruite; la forme de bâtiment qui lui est survenue n'est qu'une forme accidentelle; c'est pourquoi le legs ne sera pas éteint, et le légataire peut demander la délivrance du morceau de terre, avec le bâtiment qui y a accédé et en fait partie. *Si areæ legatæ domus sit imposita debetur legatario, nisi testator mutavit voluntatem* (ce qu'il faudroit que l'héritier prouvât); l. 44, §. 4, ff. de leg. 1^o.

§. III. Si, lorsque la chose léguée est détruite, le legs subsiste au moins dans ce qui en reste, et des accessoires de la chose léguée.

Il n'y a que l'extinction totale de la chose léguée qui opère l'extinction totale du legs; lorsqu'il reste quelque partie de la chose léguée, le legs subsiste pour cette partie qui reste.

Par exemple, si on m'a légué un troupeau de bœufs et qu'il n'en reste qu'un seul, le legs subsistera pour celui qui reste; l. 22, ff. de leg. 1^o; car, quoiqu'un seul bœuf ne puisse pas former un troupeau, néanmoins lorsqu'il reste un des bœufs qui composoient le troupeau, il est vrai de dire que le troupeau n'est pas entièrement et totalement détruit, et que le bœuf qui reste est une partie du troupeau légué.

Par la même raison, si on m'a légué une maison qui depuis a été brûlée, d. l. 22, le legs subsiste pour

274 TRAITÉ DES DONATIONS TESTAMENTAIRES,
la place qui reste de cette maison, car la place est une partie de la maison; la maison n'est pas détruite entièrement, il en reste la place qui en fait partie.

C'est pourquoi, si le testateur y a construit une autre maison, elle appartiendra au légataire comme accessoire de cette place qui faisoit partie de ce qui lui a été légué, suivant les principes de la loi 44, §. 4, ff. *de leg.* 1^o, citée à la fin du paragraphe précédent.

Il est vrai que la loi 65, §. 2, ff. *de leg.* 1^o dit formellement le contraire; mais elle ne fait que rapporter le sentiment de Celse, qui n'a pas été suivi, comme il paroît par la loi 98, §. 8, ff. *de solut.* Les anciens jurisconsultes n'avoient pas été d'accord sur cette question.

Il en est autrement lorsque le legs est non de la maison, mais de l'usufruit de la maison; lorsque la maison est brûlée, le legs est totalement éteint, parce que la chose léguée est totalement éteinte; le droit d'usufruit, qui est la chose léguée, étant le droit d'habiter, ce droit d'habiter est totalement détruit lorsqu'il ne reste plus que la place, une place n'étant pas susceptible d'habitation. C'est la décision de la loi 5, §. 2, ff. *quid. mod. usuf. exting.*

Pour revenir à ce qui concerne les legs des choses corporelles, le legs subsiste, à la vérité, en partie, lorsque la chose n'a été détruite qu'en partie; mais, lorsque la chose léguée a péri totalement avant l'ouverture du legs, ce qui en reste ne peut être prétendu par le légataire, parce que l'extinction totale de la chose léguée emporte l'extinction totale du legs.

C'est sur ce fondement que les lois décident que,

lorsqu'on a légué un certain bœuf qui est mort, le légataire n'en peut demander la peau; *mortuo bove qui legatus est, neque corium, neque caro debetur*; l. 49, ff. de leg. 2°. Et pareillement, lorsqu'un bateau légué a été dépecé, le légataire n'en peut demander les planches; *nave legatâ dissolutâ nec materia debetur*; l. 88, §. 2, ff. de leg. 3°; car un bœuf est totalement péri lorsqu'il est mort, le bateau est totalement détruit lorsqu'il est dépecé; on ne peut pas dire que le bœuf légué subsiste en partie par le cadavre qui en reste, et que le bateau subsiste en partie par les planches qui en restent; l'extinction de la chose léguée étant donc, en ce cas, une extinction totale, elle emporte l'extinction totale du legs, et le légataire ne peut pas prétendre ce qui reste de la chose, parceque c'est le reste d'une chose qui a existé, et qui n'existe plus; et non pas, comme dans l'espèce précédente, le reste d'une chose qui n'a été détruite qu'en partie, et qui subsiste au moins en partie dans ce qui en reste.

Que, si la chose léguée n'a été totalement détruite que depuis l'ouverture du legs; par exemple, si le bœuf qui a été légué n'est mort que depuis la mort du testateur, ce qui en reste, comme la peau, etc., doit appartenir au légataire, parceque la chose léguée ayant été une fois acquise au légataire par l'ouverture du legs, tout ce qui en reste doit lui appartenir; car tout ce qui reste d'une chose appartient à celui qui en étoit le propriétaire; *meum est quod ex re meâ superest*.

Il faut faire la même distinction à l'égard des accessoires de la chose léguée; lorsque la chose est totalement périé avant l'ouverture du legs, les accessoires

276 TRAITÉ DES DONATIONS TESTAMENTAIRES ,
de cette chose ne peuvent être prétendus par le légataire , parceque le legs est totalement éteint , et parceque n'étant qu'accessoires de la chose léguée , ils ne sont pas compris au legs *per se* , mais seulement comme accessoires de la chose léguée , dont ils cessent d'être les accessoires lorsqu'elle ne subsiste plus , ne pouvant pas y avoir d'accessoire sans chose principale ; par exemple , si un officier a légué à son camarade son cheval de bataille tout harnaché , si le cheval est mort avant l'ouverture du legs , le légataire ne pourra prétendre l'équipage de ce cheval , car il n'étoit compris au legs qu'en tant qu'accessoire du cheval , et il ne peut plus y avoir d'accessoire d'une chose qui n'est plus ; *quæ accessionum locum obtinent extinguuntur cum principales res peremptæ fuerint* ; l. 2 , ff. de *pecul. leg.*

Que si la chose principale n'étoit périée que depuis l'ouverture du legs , cette chose ayant été une fois acquise au légataire avec ses accessoires , lesdits accessoires continueroient de lui appartenir.

§. IV. Des exceptions que souffre la règle , que le legs s'éteint par l'extinction de la chose léguée.

Cette règle souffre une première exception , lorsque c'est par le fait de celui qui étoit grevé du legs que la chose léguée est périée , car il n'est pas juste que son fait préjudicie au légataire ; il doit payer au légataire l'estimation de la chose léguée périée par son fait.

Si néanmoins c'étoit par un fait que l'héritier eût dû faire que la chose léguée fût périée , il ne seroit point

tenu d'en indemniser le légataire; *arg., leg. 53, §. 3, ff. de leg. 3°.*

Par exemple, si le cheval légué étant devenu morveux, l'héritier l'a tué pour obéir à une ordonnance de police de tuer tous les chevaux morveux; si l'héritier, dans les circonstances d'un incendie, a abattu la maison léguée pour couper la communication du feu, l'héritier, en ces cas et autres semblables, ne sera point tenu de payer au légataire le prix de la chose léguée périe par son fait, parcequ'il n'a fait que ce qu'il devoit faire.

Une seconde exception est, lorsque la chose léguée est périe, à la vérité, sans le fait, mais par la faute de l'héritier grevé du legs, il est obligé d'en payer l'estimation au légataire à qui il n'a pu par sa faute préjudicier.

La faute dont l'héritier grevé du legs est tenu à cet égard, est la faute légère; l. 47, §. 5, ff. *de leg. 1°.* Si néanmoins l'héritier étoit grevé de rendre à quelqu'un incontinent tout ce que le testateur lui laisse, sans qu'il profitât de rien, il ne devoit être tenu que de la faute grossière, *de latâ culpâ*; l. 22, §. 3, ff. *ad Trebell.* C'est ainsi que je pense que se doivent concilier ces deux lois.

Une troisième exception est, lorsque la chose léguée est périe depuis que l'héritier grevé du legs a été mis en demeure de la délivrer; car, en ce cas, comme le légataire ne doit pas souffrir de sa demeure injuste, il doit payer au légataire l'estimation de la chose léguée périe depuis sa demeure; l. 39, §. 1, ff. *de leg. 1° et passim.* Il n'y est néanmoins tenu qu'au cas au-

278 TRAITÉ DES DONATIONS TESTAMENTAIRES,
quel le légataire n'en auroit pas également souffert la
perte, si elle lui eût été délivrée, *putà*, parcequ'il l'au-
roit vendue auparavant; que s'il paroît que le légataire
en eût également souffert la perte, si elle lui eût été
délivrée, comme, en ce cas, il ne souffre rien de la de-
meure qui lui en a été faite, l'héritier n'est point obligé
à lui payer l'estimation de la chose périée depuis la de-
meure; l. 47, §. *fin.* ff. de leg. 1^o.

Observez que, pour que l'héritier soit tenu de la
perte de la chose léguée, périée depuis sa demeure, il
faut qu'elle soit périée pendant qu'il continuoit à être
en demeure; que si elle n'est périée qu'après qu'il a
purgé sa demeure, par des offres qu'il a faites de lui
délivrer la chose léguée, qu'il a été mis en demeure
de la recevoir, la perte, en ce cas, tombe sur le légat-
taire; *arg. leg.* 91, §. 3, ff. de verb. obl.

Observez aussi que, lorsqu'il y a plusieurs héritiers
tenus du legs, et que la terre léguée est périée par le
fait ou par la faute de l'un d'eux, ou depuis que l'un
d'eux a été mis en demeure, il n'y a que celui d'entre
eux par le fait ou la faute duquel la chose est périée,
ou qui a été mis en demeure, qui soit tenu de la perte
de la chose léguée, les autres n'en sont pas tenus; l. 48,
§. 1, ff. de leg. 1^o.

En cela, les cohéritiers sont différents des débiteurs
solidaires, qui sont tous tenus à cet égard du fait, de
la faute, ou de la demeure de l'un d'entre eux; l. 18,
ff. de duob. reis.

ARTICLE II.

De l'extinction du legs, lorsque la chose léguée a cessé d'être susceptible du legs qui en a été fait au légataire.

Le legs est éteint, lorsque la chose léguée a cessé d'être susceptible du legs qui en a été fait au légataire.

De-là il suit, 1^o que si, depuis le testament, le légataire a acquis une propriété pleine et parfaite, à titre lucratif, de la chose qui lui a été léguée, le legs est éteint; car la chose léguée étant devenue sa propre chose à titre lucratif, elle n'est plus susceptible du legs qui lui en a été fait.

De là il suit, 2^o que les choses qui sont hors le commerce n'étant pas susceptibles de legs, si la chose léguée est mise hors du commerce, le legs est éteint; comme, par exemple, si le morceau de terre qui a été légué a été pris pour en faire le grand chemin:

Si, néanmoins, c'étoit par le fait ou par la faute de l'héritier tenu du legs, ou depuis sa demeure, que la chose léguée eût cessé d'être dans le commerce, il seroit obligé d'en indemniser le légataire; de même que, lorsqu'elle est périée par son fait, ou par sa faute, ou depuis sa demeure, il est obligé de l'en indemniser.

Si la chose léguée avoit été mise hors du commerce, à la charge de payer des deniers publics une indemnité aux propriétaires, comme lorsqu'on a pris ici des maisons pour faire la rue Royale; en ce cas, il n'est pas douteux que, si la maison n'a été ainsi mise hors du commerce que depuis l'ouverture du legs, c'est au légataire que cette indemnité est due, puisqu'il en

étoit devenu le propriétaire, et l'avoit acquise lors de l'ouverture du legs; mais il en doit être autrement, si la chose léguée a été mise hors du commerce avant l'ouverture du legs; car, ne se trouvant plus, lors de la mort du testateur ou de la condition qui devoit donner ouverture au legs, aucune chose qui soit susceptible du legs, *dies legati inutiliter cedit*, le legs se trouve entièrement éteint dès avant qu'il puisse être ouvert.

SECTION V.

Qui doit profiter de la chose léguée, lorsque le légataire ne recueille pas le legs? Du concours des colégataires, et du droit d'accroissement.

§. I. Qui doit profiter de la chose léguée, lorsque le légataire ne recueille pas le legs.

Lorsqu'un légataire ne recueille pas le legs qui lui a été fait, soit par son prédécès, soit par son incapacité ou indignité, soit parcequ'il le répudie, ou pour quelque cause que ce soit, si le testateur lui a substitué quelqu'un par substitution vulgaire, et que cette substitution ne soit suspendue par aucune condition, c'est ce substitué qui recueille le legs à sa place.

A défaut de substitué, il y a lieu au droit d'accroissement, lorsque ce légataire a des colégataires, comme nous le verrons ci-dessous, §. 3.

A défaut de substitué et de colégataires, la chose léguée, ou la somme léguée, reste par-devers les héritiers ou autres qui étoient grevés de la prestation du legs, et ce sont eux qui en profitent.

Lorsqu'il y a un légataire, on demande si ce sont les héritiers ou le légataire universel, qui doivent profiter de l'extinction des legs particuliers? Il y en a qui ont voulu distinguer le cas auquel le testateur auroit commencé par faire un legs universel, et fait ensuite des legs particuliers, et celui auquel, après les legs particuliers, il auroit légué le surplus de ses biens; ils conviennent qu'au premier cas le légataire universel profite de l'extinction des legs particuliers, ce qui ne peut souffrir de difficulté, les legs particuliers n'étant, en ce cas, que des délibations ou diminutions du legs universel qui demeure en son entier, lorsqu'il n'y a pas lieu à ces délibations et diminutions par l'extinction des legs qui les contenoient; ils pensent qu'il en doit être autrement au second cas, parceque le testateur, léguant le surplus de ses biens au légatataire universel, ne lui a point, disent-ils, légué les choses comprises aux legs particuliers qui les précèdent. Pour moi, je pense que, même en ce cas, le légataire universel doit profiter des choses et sommes comprises dans les legs particuliers qui sont éteints, et que ces termes, *le surplus de mes biens*, doivent s'entendre, non en ce sens, le surplus de ce qui est exprimé, mais en ce sens, le surplus de ce qu'auront ceux à qui j'ai fait les legs particuliers ci-dessus. Telle est l'intention ordinaire de ceux qui font des legs universels. Ricard rapporte un arrêt qui a décidé pour notre sentiment.

Lorsque c'est un légataire particulier qui a été chargé de restituer à un autre, en tout ou en partie, ce qui lui avoit été laissé, et que ce fidéicommiss, dont

il étoit grevé, vient à s'éteindre par le prédécès ou la répudiation du fidéicommissaire, ou pour quelque autre cause, c'est le légataire qui étoit grevé de ce fidéicommis qui doit profiter, plutôt que l'héritier, de l'extinction de ce fidéicommis, et qui doit garder par-devers lui ce qu'il avoit été chargé de restituer; c'est la décision de la loi 60, ff. *de leg.* 2^o, et de quelques autres, *tit. de leg.* n. 405.

Il en seroit néanmoins autrement, s'il paroissoit, par les circonstances, que le testateur avoit eu intention de faire cette personne un simple exécuteur de ses volontés, et non de lui léguer.

§. II. Du concours entre plusieurs légataires d'une même chose.

Lorsqu'un testateur a légué à plusieurs la même chose ou la même somme, et que tous ces légataires de cette chose ou de cette somme acceptent le legs, la chose léguée, ou la somme léguée, se partage entre eux par portions viriles, c'est-à-dire par portions égales, et en autant de parts égales qu'il y a de personnes.

Par exemple, si un testateur s'est exprimé ainsi: Je lègue à Pierre une somme de 10,000 livres; je lègue à Paul la même somme de 10,000 livres que j'ai ci-dessus déjà léguée à Pierre; cette somme de 10,000 livres se partage par portions égales entre Pierre et Paul, auxquels elle est léguée.

Pareillement, s'il est dit: Je lègue à Pierre, à Paul, et à Jean, ma maison de la Corne; Pierre, Paul, et Jean, la partageront chacun par tiers.

Quand même Pierre, Paul, et Jean, auroient été, par une autre disposition, légataires universels avec d'autres pour des portions inégales, ils devroient partager la chose particulière qui leur est léguée, non pour les portions qui leur ont été assignées dans le legs universel, mais par portions viriles et égales; *arg. leg. 67, §. 1, ff. de leg. 1°.*

Ce partage entre plusieurs légataires de la chose léguée a lieu, soit qu'elle leur ait été léguée *disjunctim*, par des dispositions ou phrases séparées, soit qu'elle leur ait été léguée *conjunctim*, par une même phrase ou disposition.

Mais observez que, si le legs a été fait à quelqu'un d'entre eux *disjunctim*, par des phrases et dispositions séparées, et à d'autres *conjunctim*, par une même phrase et disposition, dans le partage qui se fera entre tous ces légataires, ceux qui se trouveront conjoints par une même phrase et disposition, ne prendront qu'une seule part pour eux tous dans le partage qu'ils feront avec ceux qui sont légataires par des phrases séparées: *Si conjuncti disjunctis commixti sunt, conjuncti unius personæ vice funguntur; l. 34, ff. de leg. 1°.*

Par exemple, si quelqu'un a légué ainsi: Je lègue ma maison de la Corne à Pierre; je lègue ma maison de la Corne à Paul; je lègue ma maison de la Corne à Jacques et à Jean; Pierre aura un tiers, Paul un autre tiers, et Jean et Jacques, qui sont conjoints dans une même phrase et disposition, n'auront qu'un tiers entre eux.

Si, par une même phrase et disposition, les uns sont

nommés séparément, les autres sont compris sous une appellation collective; régulièrement ceux qui sont compris sous cette appellation collective; ne prennent pour eux tous qu'une part. Par exemple, si quelqu'un a légué ainsi : Je lègue à Pierre, à Paul, et à ceux que j'ai faits ci-dessus mes légataires, une telle terre, *Attio et Seïo cum hæredibus meis*, la terre se partagera en trois parts, l'une pour Pierre, l'autre pour Paul, et la troisième pour tous les légataires universels; l. 7, ff. *de usuf. accres.* Cela dépend néanmoins de beaucoup de circonstances et de l'examen de la volonté du testateur, et souvent les personnes, quoique comprises dans la disposition sous une appellation collective, ne doivent pas être réduites à une seule part pour elles toutes, mais doivent avoir chacune la leur.

Par exemple, si un testateur qui avoit trois filleuls et une filleule, a légué ainsi : Je lègue à mes filleuls et à Jeanne ma filleule, un tel contrat de rente, le contrat ne se partagera pas entre Jeanne pour une moitié, et les trois filleuls pour l'autre moitié, mais ils auront chacun un quart; parcequ'il y a lieu de penser que, si le testateur a nommé Jeanne séparément, c'est plutôt pour lever le doute qu'il auroit pu y avoir, si elle étoit comprise sous l'appellation générique de filleuls, que dans la vue de lui attribuer une portion égale à celle des trois filleuls, sur-tout lorsqu'il n'y a pas de preuve qu'elle fût plus chère au testateur que ses autres filleuls.

Voici un autre exemple; un testateur a légué ainsi : Je lègue une telle chose à Pierre et aux enfans qui naîtront de mon frère; s'il naît depuis ce testament trois

enfants de ce frère, ils n'auront pas seulement une part pour eux tous, mais ils partageront chacun avec Pierre par portions viriles et égales, c'est-à-dire qu'ils auront chacun un quart; *arg.* l. 6 et 7, ff. *de reb. dub.*; car il y a lieu de penser que, si le testateur les a compris sous une appellation générique, c'est parceque n'étant pas encore nés, ils n'avoient point encore de nom propre par lequel ils pussent être désignés, plutôt que parcequ'il eût voulu les réduire à une portion pour eux tous.

§. III. Du droit d'accroissement entre les colégataires d'une même chose, ou d'une même somme.

Les colégataires d'une même chose ou d'une même somme, sont légataires du total de la chose, ou de la somme léguée; ce n'est que par leur concours que la chose léguée, quoique léguée à chacun d'eux en total, ne pouvant pas néanmoins appartenir à chacun d'eux pour le total, *cum duo pluresve unius rei in solidum domini esse non possint*, se partage entre eux.

De là il suit que, si quelqu'un des colégataires ne recueille pas le legs, soit par son prédécès, soit par son incapacité, soit parcequ'il lui plaît de le répudier, la part qu'il auroit eue dans cette chose doit accroître à ses colégataires, *jure accressendi*, ou plutôt, *jure non decrescendi*. Car chacun des colégataires étant légataire du total de la chose léguée, n'y ayant que le concours de deux ou plusieurs légataires qui la partagent entre eux, lorsque l'un d'eux ne concourt pas, le total demeure de plein droit à l'autre.

Ce droit d'accroissement a lieu, pourvu que celui

des colégataires qui ne recueille pas le legs, n'eût pas de substitué; car si le testateur lui avoit substitué une autre personne, ce substitué, à son défaut, a tous les mêmes droits que lui; il recueille le legs à sa place, il concourt à sa place avec les autres légataires de cette chose; c'est pourquoi il est décidé en droit, que le droit de substitution l'emporte sur le droit d'accroissement; l. 2, §. 8, ff. de bon. possess. secun. tab.; l. fin. de vulgar. substitut., et ailleurs.

Le droit d'accroissement a lieu entre les colégataires à qui le testateur a légué *conjunctim*, c'est-à-dire par une même disposition, une même phrase, et entre ceux à qui il a légué *disjunctim*, c'est-à-dire par des dispositions et phrases séparées. Par exemple, soit que quelqu'un ait légué ainsi: Je lègue à Pierre, à Paul, et à André, une telle maison, soit qu'il ait légué ainsi: Je lègue à Pierre une telle maison; je lègue à Paul une telle maison; je lègue à André une telle maison; si André prédécède ou répudie les legs, la part qu'il auroit eue accroît à Pierre et à Paul.

Observez néanmoins que les colégataires qui sont conjoints par une même disposition avec celui qui ne recueille pas le legs sont préférés, par le droit d'accroissement, à ceux qui sont colégataires de la même chose, par des dispositions séparées; *præfertur cæteris qui re et verbis conjunctus est*; l. 89, ff. de leg. 3°. Par exemple, je lègue une telle chose à Pierre; je lègue ladite chose à Paul; je lègue ladite chose à Jean et à Jacques; si Jacques prédécède, la part qu'il auroit eue accroît à Jean seul, qui est conjoint avec lui par une même disposition, à l'exclusion de Pierre et de Paul,

qui n'étoient colégataires de Jacques que par des dispositions séparées. La raison est que, si Jacques eût concouru avec Jean, il n'eût fait tort qu'à Jean; il n'eût diminué que le droit de Jean, puisqu'ils n'auroient eu qu'un tiers pour eux deux; c'est donc Jean seul qui doit profiter de ce qu'il ne concourt pas.

Par la même raison, lorsque quelqu'un de ceux qui sont compris dans une disposition sous un nom collectif ou générique, et qui, en conséquence, n'auroient eu qu'une part pour eux tous dans la chose léguée, vient à prédécéder ou à répudier le legs, ce qu'il auroit eu dans la chose léguée accroît à ceux compris avec lui sous le même nom collectif, préférablement aux autres colégataires.

Observez aussi que les colégataires partagent la part qui leur accroît dans la même proportion qu'ils partagent la chose léguée; c'est pourquoi, lorsque le testateur a légué ainsi : Je lègue une telle chose à Pierre; je lègue ladite chose à Paul; je lègue ladite chose aux quatre enfants d'André, et que Paul vient à prédécéder, Pierre prendra seul autant dans la part de Paul qui accroît, que les quatre enfants d'André; ces quatre enfants n'ayant droit d'avoir pour eux tous qu'une part dans la chose léguée, ils ne doivent avoir pareillement qu'une part pour eux tous dans la part de Paul, qui accroît à Pierre et à eux.

Lorsque la même chose a été léguée à Pierre, purement et simplement, et à Paul sous condition; Pierre ayant acquis le legs qui lui a été fait, et étant mort pendant que celui fait à Paul étoit encore en suspens, transmet à son héritier le droit de retenir toute la chose

léguee, et de profiter, par droit d'accroissement, de la part de Paul, si la condition sous laquelle le legs a été fait à Paul vient à manquer; l. 26, §. 1, ff. *de condit. et dem.*; car ce droit d'accroissement fait partie du droit résultant du legs fait à Pierre, que Pierre, ayant acquis, a transmis à son héritier.

Lorsque, après avoir répudié un legs qui m'étoit fait conjointement avec une autre personne, je deviens héritier de mon colégataire mort depuis l'échéance du legs, et avant que de s'être expliqué sur l'acceptation ou répudiation du legs, puis-je, en qualité de son héritier, acceptant le legs, acquérir même la part que j'ai répudiée de mon chef? Les proculiens et les sabinieniens ont été divisés sur cette question; il me paroît qu'on doit préférer le sentiment des sabinieniens, qui pensent que, en ce cas, j'acquiers la chose léguée pour le total; car je succède dans tous les droits du défunt dont je suis héritier, et, par conséquent, au droit qu'il avoit de retenir la part que j'ai répudiée. Voyez les différents textes sur cette question, *tit. de leg.*, n. 427.

Il nous reste à observer une différence sur le droit d'accroissement entre les colégataires d'une chose en propriété et les colégataires en usufruit. Lorsqu'une chose a été léguée en propriété à plusieurs colégataires, il ne peut plus y avoir lieu au droit d'accroissement, après que tous les colégataires ont concouru au legs qu'ils ont tous accepté; chacun acquiert irrévocablement, et à perpétuité, la part qu'il a dans la chose léguée par le concours, et la transmet dans sa succession, sans que ses colégataires en puissent jamais profiter; il n'en est pas de même lorsqu'une chose

a été léguée en usufruit à plusieurs colégataires ; quoique tous ces colégataires aient concouru [et partagé entre eux l'usufruit qui leur a été légué, le droit d'accroissement ne laisse pas d'avoir encore lieu ; car, à mesure que chacun de ces colégataires mourra, la portion qu'il avoit dans l'usufruit accroîtra à ses colégataires, au lieu de s'éteindre et de se consolider avec la propriété. La raison qu'en rendent les jurisconsultes, en la loi 1, §. 3, ff. *de usuf. accresc.*, est, disent-ils, *quia ususfructus quotidie constituitur et legatur, non ut proprietas eo solo tempore quo vindicatur, quum primum itaque non inveniatur alter eum qui sibi concurrat, solus utetur in totum*, etc. ; c'est-à-dire qu'il n'en est pas de l'usufruit comme de la propriété ; la propriété d'une chose s'acquiert en un moment et pour toujours ; c'est pourquoi, lorsqu'un colégataire a acquis la part dans la propriété de la chose léguée, le legs ne peut plus défaillir pour sa part, puisqu'elle lui est acquise pour toujours ; il ne peut donc plus y avoir lieu au droit d'accroissement de cette part ; mais le droit d'usufruit est un droit successif qui ne s'acquiert que successivement, à mesure qu'on jouit de la chose ; lors donc que l'un des colégataires cesse, par sa mort, de jouir de sa part dans cet usufruit, on peut dire que cette part a défailli en sa personne ; et qu'il y a lieu, par conséquent, au droit d'usufruit de cette part au profit des colégataires, qui, étant chacun légataires de l'usufruit pour le total, ont droit de le retenir, lorsque les autres parts viennent à défaillir. La loi 33, §. 1, ff. *de usuf.*, rapporte une autre différence entre les colégataires

290 TRAITÉ DES DONATIONS TESTAMENTAIRES,
d'usufruit et les colégataires d'une chose en propriété;
que je ne penserois pas être suivie dans nos usages.

§. IV. Entre quels légataires y a-t-il lieu au droit
d'accroissement.

Il n'y a lieu au droit d'accroissement qu'entre ceux
qui sont légataires de la même chose, ou de la même
somme, chacun pour le total.

Il y a deux espèces de ces colégataires: 1^o Ceux à
qui on lègue la même chose ou la même somme par
des phrases séparées, qu'on appelle *conjuncti re tan-*
tum, comme lorsque je lègue ainsi: Je lègue ma mai-
son de la Corne à Pierre; je lègue ma maison de la
Corne à Paul, ou bien je lègue à Pierre dix pistoles;
je lègue aussi à Paul les mêmes dix pistoles.

Que, si le testateur n'avoit pas dit les mêmes dix
pistoles, mais avoit dit: Je lègue à Pierre dix pisto-
les; je lègue à Paul dix pistoles, il seroit censé avoir
légué à Paul, non pas les mêmes dix pistoles, mais
dix autres pistoles, et Pierre et Paul ne seroient pas
conjoints.

Lorsque le testateur a légué la même part d'une
chose à plusieurs, ils sont aussi conjoints et coléga-
taires de cette part, et il y a lieu au droit d'accroisse-
ment entre eux; comme lorsque le testateur qui n'a
que la moitié d'une certaine maison, lègue ainsi: Je
lègue ma moitié d'une telle maison à Pierre; je lègue
ma moitié d'une telle maison à Paul; ou lorsque étant
propriétaire du total, il lègue ainsi: Je lègue la moi-
tié de ma maison à Pierre; je lègue à Paul la même
moitié de ma maison que j'ai déjà léguée à Pierre; mais

s'il lègue ainsi : Je lègue la moitié de ma maison à Pierre, et plus bas, je lègue la moitié de ma maison à Paul, Pierre et Paul sont censés légataires d'une différente moitié, et ne sont point conjoints ni colégataires.

Si le testateur avoit légué le total à Pierre, et qu'ensuite il en lègue à Paul une moitié, Pierre et Paul ne seront point encore censés conjoints, mais la présomption est que le testateur a distrait du legs une moitié pour la léguer à Paul; c'est pourquoi Pierre et Paul sont censés légataires d'une différente moitié; l. 41, §. 1, ff. de leg.; l. 23, cod. de leg.

La seconde espèce de colégataires et conjoints est de ceux à qui la même chose, ou la même part d'une chose, ou la même somme, est léguée par une même phrase, et ce sont ceux qu'on appelle *conjuncti re et verbis*, comme lorsqu'un testateur a légué ainsi : Je lègue à Pierre et à Paul ma maison de la Corne; ou je lègue à Pierre et à Paul la moitié de ma maison de la Corne; ou je lègue à Pierre et à Paul 10,000 livres; que s'il avoit ajouté, à chacun d'eux, Pierre et Paul ne seroient pas colégataires d'une même somme de 10,000 livres; mais Pierre le seroit de 10,000 livres, et Paul d'une autre somme de 10,000 livres.

Pour que les conjoints de ces deux différentes espèces soient véritablement conjoints, et puissent être légataires chacun pour le total de la même chose, il faut que le testateur ne leur ait point assigné de parts, ni expressément, ni tacitement dans cette chose.

Que si le testateur a assigné à chacun des légataires auxquels il a légué la même chose une part dans cette chose, ces légataires ne sont point propre-

ment colégataires, étant légataires chacun de leur part, et il n'y a pas lieu au droit d'accroissement entre eux.

On doit décider ainsi, quand même ils seroient légataires par une seule et même disposition, par une seule et même phrase, et ce sont ceux qu'on appelle *conjuncti verbis tantum*, comme lorsqu'on a légué ainsi: *Je lègue à Pierre et à Paul ma maison de la Corne par égales portions.*

Il y a néanmoins quelques interprètes qui ont prétendu qu'il y avoit lieu au droit d'accroissement, même entre ces conjoints; *arg. leg. 16, §. 2, et fin. ff. de leg. 1^o*; mais le sentiment contraire, qui est celui de Cujas, est plus conforme aux principes; car le testateur leur ayant assigné des parts dans la chose léguée, ces légataires n'étant légataires que de cette part qui leur a été assignée, il n'y a aucune raison pour qu'il pût y avoir lieu entre eux au droit d'accroissement, à moins qu'ils ne prouvassent par quelques circonstances, que le testateur a voulu le leur accorder; ce qui doit se supposer dans l'espèce de la loi opposée; au reste, *sola conjunctio verborum* n'est pas, *per se*, suffisante pour faire présumer cette volonté dans le testateur, qui a pu les comprendre dans une même phrase, seulement pour abréger, *propter sermonis compendium*.

Suivant ces principes, il a été jugé qu'une chose ayant été léguée à deux personnes, avec cette clause, pour être partagée entre elles, il n'y avoit pas lieu au droit d'accroissement. L'arrêt est rapporté par Soefve, 1, 2, 3.

Lorsqu'un testateur a légué à plusieurs personnes l'usufruit d'une certaine terre pour leurs aliments, il

est censé, en leur léguant pour les aliments, avoir limité le legs qu'il faisoit à la portion de cet usufruit qu'il a jugée être suffisante pour les aliments de chacun d'eux, quoiqu'il n'ait fait aucune mention expresse de parts en sa disposition; c'est pourquoi il n'y aura pas lieu au droit d'accroissement entre ces légataires; l. 57, §. 1, ff. *de usuf.*

Lorsqu'un testateur a chargé Pierre et Paul, ses deux héritiers, de laisser chacun à ses enfants l'usufruit d'une certaine terre, les enfants de Pierre sont bien conjoints entre eux dans l'usufruit de la part de la terre à laquelle Pierre, leur père, a succédé, et il y a lieu au droit d'accroissement entre eux; mais ils ne sont point conjoints et colégataires avec les enfants de Paul, et il n'y a point lieu au droit d'accroissement entre eux et les enfants de Paul, car ils sont légataires de différentes parts, Pierre n'ayant été grevé qu'envers ses enfants, et Paul ne l'ayant été qu'envers les siens, ainsi qu'il résulte de ces termes *chacun à ses enfants*; les enfants de Pierre ne sont légataires que de l'usufruit de la portion à laquelle a succédé Pierre, ceux de Paul de l'usufruit de la portion à laquelle a succédé Paul, et par conséquent, étant légataires de différentes portions, ils ne sont point conjoints, et il ne peut y avoir lieu au droit d'accroissement entre eux. C'est la décision de la loi 11, ff. *de usuf. Cùm singulis ab hæredibus singulis ejusdem rei fructus legatur, fructuarii separati videntur.... Undè fit ut inter eos jus accrescendit non sit.* ff. l. 11. *Cùm alter ab alio hærede usumfructum vindicat*; l. 12, d. *tit.*

Lorsque la même chose a été léguée à deux personnes sous une alternative; par exemple: Je lègue à

294 TRAITÉ DES DONATIONS TESTAMENTAIRES,
Pierre ou à Paul telle chose, tels légataires ne sont pas conjoints, mais il sont entre eux cocréanciers solidaires de la chose léguée, *corei credendi*, et il est au pouvoir de l'héritier, en faisant la délivrance du total à l'un, de se libérer envers les deux; l. 16, ff. *de leg.* 2^o.

§. V. Des différences qu'il y avoit par la constitution de Justinien entre les différentes espèces de conjoints, et si elles ont lieu dans nos usages.

La constitution de Justinien établit deux différences sur le droit d'accroissement entre les conjoints ou colégataires, par dispositions ou phrases séparées, qu'on appelle *conjuncti re tantum*, ou *disjuncti*, et entre les colégataires conjoints par une même phrase, qu'on appelle *conjuncti re et verbis*.

Le droit d'accroissement, suivant cette loi de Justinien, a lieu, à l'égard des premiers, malgré eux, et sans qu'ils soient tenus des charges imposées au colégataire, dont la portion leur accroît; mais, à l'égard de ceux qui sont conjoints *re et verbis*, la portion du colégataire qui ne recueille pas le legs n'accroît à ses colégataires qu'autant qu'ils le veulent bien, et elle leur accroît avec toutes les charges imposées aux colégataires, dont la portion leur accroît; *disjunctis accrescit invitis et sine onere, conjunctis non nisi volentibus, sed cum onere*. La raison de cette différence est que les légataires, par dispositions séparées, qu'on appelle *disjuncti*, ou *conjuncti re tantum*, sont vraiment chacun légataire purement et simplement de la chose léguée entière: lorsque l'un de ces colégataires ne concourt pas au legs avec l'autre, celui qui recueille

seul le legs recueille la chose entière de son chef entièrement, et en rien du chef de son colégataire; le droit d'accroissement est, à son égard, un non décroissement plutôt qu'un accroissement: d'où il suit qu'il ne doit pas être tenu des charges imposées au colégataire, dont la portion lui accroît, puisqu'il n'a point cette portion du chef de ce colégataire, mais que c'est entièrement de son chef qu'il retient la chose entière, d'où il suit aussi qu'*accrescit invito*, puisque, ayant entièrement de son chef la chose entière, il ne peut être en son pouvoir d'en accepter le legs pour partie, et de le répudier pour partie.

Au contraire, lorsque le testateur a légué une chose à plusieurs colégataires par une même phrase, par une même disposition, la disposition faite au profit de ces légataires renferme par elle-même, et *per se*, et non *ex accidenti* d'une autre disposition, l'obligation de partager la chose léguée, en cas de concours des colégataires; il est vrai que le testateur n'ayant point assigné expressément de part à chacun, n'ayant point, par conséquent, limité à aucune part le legs qu'il faisoit à chacun d'eux, on peut dire, en un sens, qu'il a légué à chacun d'eux la chose entière, mais il n'a légué la chose entière à chacun d'eux qu'à défaut des autres; chacun n'est donc proprement légataire *ex personâ suâ* que de la portion virile, il tient le surplus du chef des autres, dont les portions lui accroissent par leur défaut, et, par conséquent, il doit être tenu de toutes les charges imposées à ses colégataires, selon cette maxime que, *qui alterius jure utitur eodem jure uti debet*.

De là il suit que cette espèce de colégataire ne doit avoir le droit d'accroissement qu'autant qu'il le voudra, *accrescit volentibus*, et qu'il peut se tenir à la part qu'il a de son chef.

Cette subtile distinction entre les différentes espèces de colégataires, par rapport au droit d'accroissement, n'est point, selon que l'enseigne Ricard, admise dans nos usages, et tout colégataire, soit qu'il soit conjoint *re et verbis*, soit qu'il soit conjoint *re tantum*, est tenu des charges imposées à ses colégataires, dont les portions lui accroissent, s'il veut user du droit d'accroissement, ce qui est à son choix.

CHAPITRE VII.

De l'interprétation des legs.

SECTION PREMIÈRE.

Règles générales sur l'interprétation des legs.

PREMIÈRE RÉGLE.

Les dernières volontés sont susceptibles d'une interprétation large, et on doit principalement s'attacher à découvrir quelle a été la volonté du testateur. *In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur*; l. 12, ff. *de reg. jur.* *In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est ejus qui eas protulisset*; l. 96, ff. *de reg. jur.*

De là il suit que cette espèce de colégataire ne doit avoir le droit d'accroissement qu'autant qu'il le voudra, *accrescit volentibus*, et qu'il peut se tenir à la part qu'il a de son chef.

Cette subtile distinction entre les différentes espèces de colégataires, par rapport au droit d'accroissement, n'est point, selon que l'enseigne Ricard, admise dans nos usages, et tout colégataire, soit qu'il soit conjoint *re et verbis*, soit qu'il soit conjoint *re tantum*, est tenu des charges imposées à ses colégataires, dont les portions lui accroissent, s'il veut user du droit d'accroissement, ce qui est à son choix.

CHAPITRE VII.

De l'interprétation des legs.

SECTION PREMIÈRE.

Règles générales sur l'interprétation des legs.

PREMIÈRE RÉGLE.

Les dernières volontés sont susceptibles d'une interprétation large, et on doit principalement s'attacher à découvrir quelle a été la volonté du testateur. *In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur*; l. 12, ff. *de reg. jur.* *In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est ejus qui eas protulisset*; l. 96, ff. *de reg. jur.*

SECONDE RÈGLE.

Il ne faut pas néanmoins s'écarter de la signification propre des termes du testament, s'il n'y a de justes raisons de croire que le testateur les a entendus dans un autre sens que leur sens naturel; *non aliter à significatione verborum recedi oportet, quàm cùm manifestum est aliud sensisse testatorem*; l. 69, ff. de leg. 3°.

TROISIÈME RÈGLE.

Lorsqu'il y a de justes raisons de croire que le testateur a entendu les termes dont il s'est servi dans un autre sens que leur sens naturel, il faut les entendre dans le sens dans lequel il y a lieu de croire que le testateur les a entendus, plutôt que dans leur sens naturel.

Ces justes raisons sont: 1° lorsque la disposition renfermeroit une contradiction, si les termes étoient pris dans leur sens naturel. On peut apporter pour exemple des formules de substitution fidéicommissaire, dont se servent dans les testaments les notaires ignorants: *Je veux que la portion qu'un tel, mon neveu, aura dans ma succession, soit après sa mort substituée à ses enfants nés et à naître, en réservant seulement l'usufruit à mondit neveu.*

Il est clair que, dans cette formule, le terme d'usufruit n'est pas pris dans son sens naturel, c'est-à-dire pour un droit séparé de la propriété qu'une personne a de jouir d'une chose; mais il est pris pour le droit de propriété de substitution, que le testateur a appelé

298 TRAITÉ DES DONATIONS TESTAMENTAIRES,
improprement *usufruit*, parceque de même que le droit d'*usufruit* s'éteint par la mort, de même le droit de propriété qu'a le grevé de substitution doit s'éteindre par la mort en sa personne, s'il y a ouverture à la substitution, et passer en celle des substitués; si on l'entendoit autrement, la disposition impliqueroit contradiction; car le testateur ayant voulu, suivant qu'il paroît par le commencement, grever son neveu de substitution, après sa mort, au profit des enfants de sondit neveu, de la portion qu'il aura dans la succession, c'est-à-dire le charger de restituer après sa mort cette portion à sesdits enfants, car voilà ce que signifie substitution; il répugneroit qu'il n'eût pas jusqu'à sa mort la propriété de cette portion, et qu'il n'en eût que l'*usufruit*, car il ne pourroit pas la restituer après sa mort, s'il ne l'avoit pas; c'est la décision de la loi 15, ff. *de aur. et arg. leg. 2°*; c'est encore une juste raison d'entendre les termes dont le testateur s'est servi dans un autre sens que leur sens naturel, puisque, s'ils étoient pris dans leur sens naturel, ils exprimeroient quelque chose que le testateur n'auroit pu ordonner, ou auroit inutilement ordonné: *Quum in testamento ambigùè aut etiam perperàm scriptum est, benignè interpretari et secundùm id quod credible est cogitatum, credendum est*; l. 24, ff. *de reb. dub.*

Par exemple, si dans nos coutumes, un testateur s'étoit exprimé ainsi: J'institue un tel mon héritier, le terme d'héritier dont il s'est servi ne doit pas s'entendre dans son sens naturel; car dans ce sens, la disposition seroit inutile, puisque institution d'héritier n'a pas lieu dans nos coutumes, et qu'elles ne reconnoissent d'au-