54.998

ŒUVRES
COMPLETTES
DE
M. FURGOLE.

NOUVELLE ÉDITION, revue, corrigée & augmentée.

HUIT VOLUMES IN-OCTAVO,
42 livres brochés, & 48 livres reliés.

TOME CINQUIEME.

Contenant le Traité du FRANC-ALLEU, & la premiere Partie de l'Ordonnance sur les DONATIONS.

BIU Cujas

54.998

TRAITÉ

DE LA

SEIGNEURIE FÉODALE UNIVERSELLE,

ET DU

FRANC-ALLEU NATUREL;

Par M^e. JEAN-BAPTISTE FURGOLE,
Avocat au Parlement de Toulouse.

NOUVELLE ÉDITION,

Revue, corrigée & considérablement augmentée.

BIBLIOTHÈQUE DE DROIT DE PARIS

A PARIS,
Chez CELOT, Imprimeur-Libraire, rue Dauphine.

M. DCC. LXXV.
Avec Approbation & Privilege du Roi.

BIU Cujas

BIBLIOTECA
CENTRAL

AVERTISSEMENT.

IL eſt des matieres qui intéreſſent également l'Hiſtoire & la Juriſprudence. L'union de ces deux Sciences eſt ſouvent néceſſaire, & elles s'éclairent par leurs découvertes réciproques.

Ce double avantage ſe rencontre dans le Livre que l'on préſente au Public. Il intéreſſe également & les Juriſconſultes & les Savans qui conſacrent leurs travaux à l'étude de nos Antiquités. On y trouvera ſous une forme nouvelle la queſtion de l'*Origine des Fiefs*, déja traitée par d'habiles Écrivains.

BIU Cujas

AVERTISSEMENT.

La réputation de Mr. FURGOLE eſt un sûr garant de l'exactitude avec laquelle il a traité ce ſujet important. Son nom, devenu célebre à plus d'un titre, formera toujours un heureux préjugé en faveur d'un Ouvrage.

TRAITÉ

BIU Cujas

TRAITÉ
DE LA
SEIGNEURIE FÉODALE
UNIVERSELLE,
ET DU
FRANC-ALLEU NATUREL.

CHAPITRE I.

Plan de ce Traité, & des sources d'où la Seigneurie Féodale Universelle peut dériver.

1. NOUS ne connoissons point d'Auteur qui se soit donné la peine de rechercher & d'approfondir l'origine de la Seigneurie directe Féodale Universelle. C'est néanmoins un point assez important, pour mériter une discussion exacte; parce qu'il sert à décider plusieurs difficultés considérables, sur lesquelles les Auteurs sont partagés, & que l'on ne peut résoudre d'une maniere sûre, sans avoir éclairci ce point important de l'origine de la Seigneurie Féodale Universelle; au lieu que ce point une fois éclairci, les plus grandes difficultés qui se présentent sur la matiere des Fiefs, sont aisées à résoudre. Il ne faut presque d'autre opération, que de tirer les conséquences, qui

BIU Cujas

dérivent naturellement des principes décisifs que l'on peut établir dans la recherche de l'origine de la Seigneurie Féodale.

Pour donner de l'ordre & de la clarté à notre Dissertation, nous rechercherons avec soin les causes qui peuvent avoir produit cette Seigneurie Universelle. Nous disons donc qu'elle ne peut venir que de l'une de ces quatre ou cinq sources, 1°. ou parce qu'elle est un droit de la Royauté selon sa premiere institution; 2°. ou parce qu'elle est établie en France par le droit de conquête; 3°. ou parce qu'elle l'étoit dans les Gaules, tandis qu'elles étoient possédées par les Romains, & par les autres peuples qui les tenoient avant la conquête qui en a été faite, & que nos Rois en les conquérant, ont succédé au droit des Romains, & des autres peuples; 4°. ou parce que les Seigneurs qui ont le droit du Roi, l'ont acquise par quelque révolution postérieure à la conquête; 5°. ou enfin parce que toutes les terres du Royaume ont été baillées originairement à titre de fief par une concession générale, ensuite de laquelle les arrière-fiefs se sont formés. Après avoir examiné chacune de ces cinq sources en particulier, nous verrons s'il y a quelque loi générale du Royaume qui établisse cette Seigneurie féodale universelle, & si elle peut être présumée sans titre. Pour cela nous examinerons cette difficulté, eu égard à deux différentes especes de pays, selon la division qui en est faite par tous les Auteurs; c'est-à-dire, eu égard aux pays coutumiers, & aux pays du droit écrit.

Par rapport aux pays coutumiers, on peut les diviser en trois classes; la premiere, est des Provinces ou Villes qui ont admis cette Seigneurie universelle comme établie, en rejettant le Franc-Alleu; la seconde, des pays où l'on a pris le contre-pied, en admettant le Franc-Alleu, comme naturel. Dans ces deux différentes especes de coutumes, il ne peut point y avoir de doute, parce qu'il se trouve résolu par la loi municipale à laquelle il faut se conformer; la troisieme, est des pays où les coutumes ne décident rien sur le Franc-Alleu. Nous croyons qu'on doit appliquer à ces coutumes, les regles que nous expliquerons, & qu'il faut décider la difficulté par le principe général de la liberté, si l'assujettissement n'est pas prouvé; quoique l'opinion contraire paroisse la plus

BIU Cujas

accréditée, comme ayant été embrassée par le plus grand nombre des Auteurs. A l'égard du pays du droit écrit, nous examinerons les regles qui lui sont propres ; & nous ferons quelques réflexions particulieres au sujet de la province de Guienne.

CHAPITRE II.

Examen de la premiere Source.

Si la Seigneurie Féodale Universelle est un droit de la Royauté.

2. IL n'est pas contesté que, dès leur origine, les possessions ne soient libres & franches. Lorsque Dieu eut créé la terre, il la donna aux hommes pour la posséder, selon la parole du Prophête Royal (1), *terram autem dedit filiis hominum ;* il ne leur imposa d'autre charge que celle de le reconnoître pour Maître & pour Seigneur : ainsi les biens ne relevoient que de Dieu.

3. Lorsque les Monarchies ont été fondées, les Rois & les Princes ont été choisis par les peuples pour les protéger, & les conduire à la guerre, pour les gouverner, & leur rendre la justice, (2) *Rex enim erit super nos, & erimus nos quoque sicut omnes gentes : & judicabit nos Rex noster, & egredietur ante nos, & pugnabit bella nostra pro nobis.*

4. De leur côté les sujets se sont engagés à leur porter toute sorte de respect, de soumission, & d'obéissance ; & afin que les Rois pussent se maintenir dans la grandeur propre à leur état, accorder à leurs peuples la protection dont ils auroient besoin, & les défendre des incursions & des injures de leurs ennemis, les sujets ont contracté une obligation indispensable de se dévouer au service de leur Souverain & de l'Etat, & de lui payer les tributs qu'il trouveroit juste de leur imposer.

5. Cependant quelque grande que soit la puissance des Rois dans leurs Etats, ils n'ont pas prétendu que

(1) *Psalm. 113.*

(2) *Lib. 1, cap. 8, vers. 20.* *Voyez* Pufendorff, *du droit de la nature & des gens, liv. 7, ch. 6, §. 9*, où il explique les paroles du Prophête Samuel, au sujet du pouvoir des Rois.

BIU Cujas

leur pouvoir s'étendît jusqu'à disposer des biens de leurs sujets sans leur participation, ou sans une cause (1) qui eût le bien public pour objet (2); c'est-à-dire, qu'ils ne se sont pas regardés comme propriétaires des terres situées dans l'étendue de leurs empires, & qui étoient possédées par leurs sujets; (3) car, selon *Barbeirac sur Grotius*, hors du cas de l'utilité publique, où le Souverain agit non comme propriétaire, mais comme chef de la société, les biens de chaque sujet n'appartiennent pas plus à son Prince qu'à une autre puissance étrangere; ce que le Roi *Achab*, tout impie que l'Ecriture-Sainte (4) le représente, reconnut fort bien, puisqu'il ne voulut pas disposer de la vigne de Naboth, sans son consentement (5); & s'il se l'appropria dans la suite par le conseil de Jésabel sa femme, encore plus impie que lui, cette action fut regardée comme une injustice, qui fut la source de ses autres crimes, & des maux dont il fut accablé, selon la remarque de St. Chrysostôme. Qu'on ne nous oppose pas ce que l'Ecriture-Sainte, dans son premier livre des Rois, *chap. 8*, nous marque comme des droits du Roi ou de la royauté: car lorsque le peuple Juif demanda un Roi, le Prophête Samuel lui fit connoître, que la demande étoit contre ses intérêts; parce qu'elle n'étoit pas selon l'ordre de Dieu; il prédit aux Israélites les malheurs qui leur arriveroient par les oppressions qu'ils souffriroient des mauvais Rois, les-

(1) Zechius, *tractat. de Principe, cap. 5, num. 6. Loiseau des Seigneuries, ch. 2.* Voy. *Deuteron. ch. 15, vers. 16, & suiv. Bossuet, 5 avertissement, num. 44.* Arnisæus, *de Jure majestatis, lib. 3. cap. 1, n. 9, p. 337.* Gregor. Tolos. *de Republ. lib. 7, cap. 20, n. 54 & seq.*

(2) *Voyez* Pufendorff, *du droit de la nature & des gens, liv. 8, ch. 5, §. 2 & 7.* Grotius, *du droit de la guerre, liv. 1, cap. 1, §. 6,* & Barbeirac, *dans ses notes, n. 4.* Loiseau, *des Seigneuries, ch. 2. n. 1,* Grimaudet, *Opuscule 7.*

(3) Ezechiel, *cap. 46. vers. 17 & 18. Et non accipiet princeps de hæreditate populi per violentiam: sed de possessione sua hæreditatem dabit filiis suis.* Voy. Grimaudet, *Opuscule 7.*

(4) *Reg. 3, cap. 21. Voyez* S. Chrysostôme, sur S. Mathieu, *Homélie 86, in fine; voyez* Paralipom. *lib. 2, cap. 19, v. 2,* où le Prophête Jehu reprenant le Roi Josaphat d'avoir donné du secours à Achab, lui dit, *præbes impio auxilium; V.* le cinquieme avertissement de M. Bossuet sur les lettres de Jurieu, *n. 44, 51 & 56.* Arnisæus, *de Jure majestatis, lib. 3, cap. 5.*

(5) Arnisæus, *de Jure majestatis, lib. 2, cap. 1, n. 3 & 4.* On explique fort bien l'endroit du livre des Rois, où il est parlé de l'entreprise du crime d'Achab. *Idem* Gregorius Tolosanus, *de Republica, lib. 7, cap. 20, n. 54, 56.*

BIU Cujas

quels abuſeroient de leur autorité, & il leur dit que (ſelon l'expreſſion Hébraïque) la coutume du Roi ſeroit de s'attribuer tout le bien de ſes ſujets, & de ſe faire ſervir par leurs femmes & leurs enfans. Ce n'eſt pas que Samuel fît une loi de toutes ces oppreſſions; Moyſe animé de l'eſprit de Dieu, les avoit condamnées par avance: mais comme Prophête, il leur prédiſoit ce qui leur devoit arriver. Cela eſt ſi vrai, qu'après l'élection de Saül à la dignité de Roi, le Prophête Samuel fit un livre contenant les droits du Roi, lequel livre nous n'avons pas; on peut voir ſur ce point *Loiſeau, des Seigneuries, chap. 3, num. 1 & 2.*

6. Nous voyons dans la Geneſe (1), que Pharaon, Roi d'Egypte, acheta dans un tems de famine, toutes les terres des Egyptiens, & qu'il les leur rendit enſuite ſous une redevance de la cinquieme partie des fruits. Preuve certaine que les ſujets de ce Roi étoient les vrais propriétaires des terres par eux poſſédées, avant qu'ils en fiſſent la vente, & que le Roi n'y avoit aucun droit de propriété.

7. Les politiques (2) diſtinguent la Monarchie en deux eſpeces, c'eſt-à-dire, en Royale & Seigneuriale. Ces deux ſortes de Monarchies conviennent en ce que les Monarques poſſedent une puiſſance ſouveraine, indépendante des Etats de la nation, ſi les loix fondamentales de l'Etat n'en ont autrement diſpoſé, & n'ont limité cette puiſſance; mais elles different en ce que la Monarchie Royale n'attribue pas au Souverain une propriété ſur les perſonnes & ſur les biens des ſujets, comme la Monarchie Seigneuriale. Dans un Etat Royal, le Prince, en tant que Souverain, a des droits en trois manieres ſur les biens de ſes ſujets, ſelon (3) Pufendorff; la premiere, conſiſte à régler par des loix l'uſage que chacun doit faire de ſes biens, relativement à la conſervation & à l'avantage de l'Etat; la ſeconde, à exiger des impôts & des ſubſides; & la troiſieme, à uſer des droits du Domaine éminent, qui conſiſtent à diſpoſer des biens qui appartiennent aux particuliers, toutes les fois que l'utilité publique l'exige; bien entendu que les propriétaires ſoient dédommagés; parce que, ſuivant la remarque de *Loiſeau*,

(1) *Geneſ. cap. 47.*

(2) Bodin, *de la République, liv. 2, ch. 2 & 3.* Loiſeau, *des Seigneuries, chap. 2, num. 52 & ſuiv.*

(3) Pufendorff, *du droit de la nature & des gens, liv. 8, ch. 5, §. 2, 3 & 4.*

BIU Cujas

des Seigneuries, *ch. 3*, *n. 42*, la puissance publique ne s'étend qu'au commandement, & non pas à entreprendre la Seigneurie privée des biens des particuliers, qui est le point auquel consiste la différence de la Monarchie Seigneuriale d'avec la pure souveraineté, d'autant que celle-là a la Seigneurie publique & privée tout ensemble des personnes & des biens de ses sujets, & celle-ci n'en a que la Seigneurie publique.

Au contraire, quatre conditions accompagnent les gouvernemens arbitraires dans les Monarchies purement Seigneuriales. (1) Premiérement, les sujets y naissent esclaves; secondement, on n'y possede rien en propriété; troisiémement, le Prince a le droit de disposer à son gré, non-seulement des biens, mais de la vie de ses sujets; quatriémement, il n'y a de loi que sa volonté. Que cette puissance, soit licite, ou illicite, peu importe, nous ne devons pas nous en occuper, il nous suffit de remarquer avec (2) Loiseau, que la Monarchie Seigneuriale est indigne des Princes Chrétiens, qui ont aboli volontairement l'esclavage dans leurs pays; afin que ceux qui ont été rachetés du sang de notre Rédempteur, jouissent dans ce monde de leur liberté, *ut pote non ancillæ filii, sed liberæ, quâ libertate Christus nos donavit.* Ce qui convient plus particuliérement aux François, qui ne sont assujettis qu'à un gouvernement Monarchique paternel, & dont les Rois n'ont jamais prétendu avoir le droit de faire usage des quatre conditions propres à la Monarchie Seigneuriale; aussi *Loiseau*, *des Seigneuries*, *ch. 2*, *n. 92*, remarque-t-il que la Monarchie de France est Royale, & non Seigneuriale; & au *chap. 3*, *num. 42* du même traité, il ajoute que la puissance publique de nos Rois ne s'étend qu'au commandement & à l'autorité, & non pas à entreprendre la Seigneurie privée des biens des particuliers.

Dans l'origine, les François étoient tous libres, dit un Auteur moderne (3), *tous parfaitement égaux, & indépendans, soit en général, soit en particulier; il est de la derniere évidence qu'ils n'ont combattu si long-tems contre les Romains, que pour assurer cette précieuse liberté, qu'ils re-*

(1) Bossuet, *politique tirée de l'Ecriture-Sainte*, *liv. 8*, *art. 2*, *prop. 1.*

(2) Loiseau, *ibid. chap. 2*, *num. 62.*

(3) Boulainvilliers, *Dissertation sur la Noblesse de France*, *pag. 30. Voyez* du Haillan, *état des affaires de France*, *liv. 3.*

BIU Cujas

gardoient comme le plus cher de tous les biens : c'eſt ainſi que les Hiſtoriens, & tous les Auteurs en parlent, ſans qu'aucun y contrediſe. Ils avoient cependant des Rois ; mais, ajoute le même Auteur (1), *il eſt abſolument contraire à la vérité, & au caractere des anciens François, d'imaginer, que le droit Royal fût parmi eux deſpotique ; en ſorte que les particuliers lui fuſſent ſujets pour la vie, les biens, la liberté, l'honneur & la fortune.* Nous n'admettons pourtant pas certains principes de cet Auteur qui tendent à l'Anarchie, non plus que ceux de Hotman (2), de Loiſeau, & des autres Auteurs qui prétendent que nos Rois de la premiere race n'étoient que de ſimples Princes, & premiers Officiers du Royaume, & que la Souveraineté appartenoit aux Etats de la nation (3) ; mais nous reconnoiſſons ſincérement, tout comme nous croyons que nos ancêtres l'ont reconnu dès l'établiſſement de la Monarchie (4), que la puiſſance du Roi eſt ſouveraine, mais paternelle, tempérée par des loix qui ne peuvent émaner que de ſa ſeule autorité, & de l'obſervation deſquelles il n'eſt reſponſable qu'à Dieu ſeul, dont la providence a établi le Monarque au-deſſus de la nation, pour l'avantage de la nation même (5). Tel eſt le plus beau de tous les gouvernemens, qui eſt également éloigné du gouvernement mixte, où l'autorité eſt diviſée, & du gouvernement deſpotique, où les peuples ſont eſclaves. C'eſt particuliérement à notre Monarque que nous pouvons appliquer cette penſée d'un ancien (6) : *Sub optimo rege omnia rex imperio poſſidet, ſinguli dominio*, ou comme le même Auteur dit dans un autre endroit, (7) *ad reges poteſtas omnium pertinet, ad ſingulos proprietas*, & ſelon l'obſervation de (8) Grotius, *du droit de la guerre, liv. 2, ch. 3, §. 4.* Quoique les Rois ayent un pouvoir ſur tout ce qui

(1) *Pag. 35, ibid.*

(2) Hotman, *in Franco-Gallia.* Loiſeau, *ib. ch. 2, n. 62.*

(3) *Voyez* les nouveaux intérêts des Princes, *part. 1. p. 260 & ſuiv. édition de 1695, & part. 2, p. 60.*

(4) Le Gendre, *traité de l'opinion, liv. 5, chap. 1, num. 11, tom. 4, part. 2, pag. 118* ; du Haillan, *état des affaires de France, liv. 3* ; *nouvel abrégé chronologique de l'Hiſtoire de France, tom. 1, pag. 49, 40, 41.*

(5) Pufendorff, *du droit de la nature & des gens, liv. 7, ch. 6.* Loiſeau, *des Seigneuries, ch. 2, n. 92.*

(6) Senec. *de Beneficiis, lib. 7, cap. 5.*

(7) *Ibid. cap. 4.* Henningius Arniſæus, *de Jure majeſtatis, lib. 3, c. 1.*

(8) Grotius, *de Jure belli & pacis, lib. 2, cap. 3, §. 4.*

BIU Cujas

eſt dans leurs Etats, ce pouvoir n'empêche pas que chacun ne ſoit maître de ſon bien, ſous la protection du Roi; mais tout n'eſt pas en ſa propriété pour en diſpoſer comme il lui plaît, ſelon *la remarque de St. Julien dans ſes mélanges, pag. 688.* Rien ne le prouve mieux que la remontrance faite au Roi Charles VII, par Jean Juvenal des Urſins, conſervée en manuſcrit dans la Bibliotheque du Roi, & dont un fragment eſt rapporté dans les opuſcules de Loiſel, *pag. 490. Quelque choſe qu'aucuns diſent de votre puiſſance ordinaire, vous ne pouvez pas prétendre le mien. Ce qui eſt mien, n'eſt point vôtre; peut bien être qu'en la juſtice vous êtes Souverain, & va le reſſort à vous, vous avez votre domaine & chacun particulier a le ſien.* C'eſt ainſi que parloit en face à ſon Roi cet illuſtre François, qui fut Archevêque de Rheims, & Chancelier de France. De Limiers dans ſon Hiſtoire de Louis XIV. *tom. 4, pag. 417*, rapporte le même trait hiſtorique. Nous avons même une raiſon particuliere, qui prouve que la Seigneurie Féodale n'eſt pas un droit de la Royauté dans ſa premiere inſtitution; c'eſt que, comme nous le ferons voir bientôt, lors de la conquête des Gaules, & par le partage des terres conquiſes, le Roi n'eut que ſa portion en propriété, & le reſte fut laiſſé aux peuples vaincus, ou aſſigné aux ſoldats victorieux auſſi en propriété; & ſuivant la judicieuſe remarque de (1) Pufendorff, lorſqu'un peuple s'eſt allé établir dans quelque pays ſous la conduite d'un Roi qu'il s'étoit choiſi, & qu'il s'eſt emparé de ce pays, quoique alors la propriété des biens de chaque particulier ne ſoit pas tant fondée ſur ſa priſe de poſſeſſion, que ſur l'aſſignation qui lui a été faite par le Roi, perſonne ne tient pourtant ſes biens de la libéralité du Roi: parce que ceux qui ſe ſont mis ſous ſa conduite dans une telle expédition, ont acquis un droit parfait de poſſéder en propre une portion du pays, dont ils ſe rendroient maîtres en commun. D'ailleurs, on ne connoiſſoit pas encore, lors de la fondation de la Monarchie Françoiſe, les fiefs, dont l'inſtitution eſt poſtérieure de pluſieurs ſiecles. Nous pouvons donc aſſurer avec nos Juriſconſultes François, (2) que le

(1) Pufendorff, *du droit de la nature & des gens, liv. 8. chap. 5. §. 2.*

(2) Dumoulin, *ſur la coutume de Paris*, §. *68.* Rebuffe, *de congrua port. num. 124 & ſeq.*

BIU Cujas

Franc-Alleu n'eſt pas détruit dans le Royaume, ni la Seigneurie féodale univerſelle fondée ſur quelque droit attaché à la Royauté, & à la puiſſance ſouveraine que le Roi a droit d'y exercer.

Philippi, *Reſp.* 39. *Benedicti ad cap. Raynutius verb. & uxorem, deciſ.* 2, *n.* 13 *& ſeq.* Gazeneuve, *du Franc-Alleu, liv.* 2, *chap.* 9, *n.* 12 *& ſeq.*

CHAPITRE III.

Examen de la ſeconde Source.

Si la Seigneurie Féodale Univerſelle a été établie en France par le droit de conquête : de l'origine des fiefs, de leurs différences avec les bénéfices : du partage des terres lors de la conquête des Gaules, & ſi les terres qui furent diſtribuées aux François, & celles qui furent laiſſées aux Gaulois, leur demeurerent en Alleu ou pleine propriété.

8. VOYONS préſentement ſi la Seigneurie Féodale fut acquiſe dans le premier établiſſement de la Monarchie Françoiſe, lorſque nos Rois firent la conquête des Gaules; ce que l'on peut découvrir en examinant ce qui arriva après la conquête, & de quelle maniere les terres conquiſes furent partagées.

9. Or nous ſoutenons qu'elle ne fut point établie alors, par deux raiſons; la premiere, parce que les fiefs, qui ſont la production & l'effet naturel de la Seigneurie directe féodale, & du tranſport de la Seigneurie utile ſur la tête du vaſſal, n'étoient pas encore connus, qu'ils ne l'ont été que long-tems après, & que les Alleus auroient été inconnus, ſi tout le Royaume étoit devenu un fief lors de ſa fondation : cependant les Alleus ont toujours été connus dans le Royaume; la deuxieme, parce que les terres qui furent diſtribuées aux ſoldats de l'armée victorieuſe, & celles qui furent laiſſées aux peuples vaincus, furent par eux poſſédées en pleine propriété, & en véritable Alleu. Ces deux raiſons étant une fois bien établies, nous pourrons en conclure ſûrement, (ſans examiner le droit qu'un Conquérant a ſur les terres par lui conquiſes, parce que la queſtion de droit eſt oiſeuſe quand le fait ne s'y applique pas), que la Seigneurie féodale univerſelle ne fut pas établie dans le Royaume

BIU Cujas

lorſque la conquête en fut faite : ſoit parce qu'il eſt impoſſible, que l'on ait établi une Seigneurie féodale, alors inconnue : ſoit parce que dans le partage des terres conquiſes, on obſerva une même forme pour le partage de toutes les terres des Gaules, les Francs ayant alors la même loi & le même uſage, ſans excepter la Guyenne ; d'autant mieux, que la conquête de cette province fut plutôt l'effet de la bonne volonté des Aquitains, que des armes du Roi Clovis, comme nous le prouverons en ſon lieu.

10. La preuve de ces deux raiſons ſeroit ſuperflue, s'il étoit vrai, comme l'aſſure *M. l'Abbé Dubos*, (1) que les Gaules ne ſont pas une conquête du Roi Clovis, ni de ſes prédéceſſeurs. Il prétend que vers l'année 443, Clodion qui régnoit ſur celle des tribus des Francs, qui s'appelloit la tribu des Saliens, & qui avoit conſervé un coin de pays ſur la frontiere du diſtrict de la cité de Tongres, ſe ſaiſit de Cambray, & ſe rendit maître de la Contrée, qui eſt entre cette derniere ville, & la Somme. Aëtius fit auſſi-tôt la guerre aux Francs-Saliens ; mais la crainte de l'invaſion, qu'Attila, Roi des Huns, ſe diſpoſoit de faire dans les Gaules, fit non-ſeulement ceſſer cette guerre, mais encore engagea Aëtius à s'allier avec les Francs, & les autres peuples barbares des Gaules. Cette confédération dura pendant les regnes de Merouée & de Childéric. Ce dernier devint même maître de la milice des Romains. Quand Odoacre, l'un des Rois des Goths, ſe fut emparé de Rome en 476, & qu'il eut détruit l'Empire d'Occident, les provinces des Gaules qui en dépendoient, tomberent dans une eſpece d'anarchie, à la faveur de laquelle il y eut des Officiers Romains, qui ſe rendirent maîtres des pays, où ils n'avoient qu'un ſimple commandement, en vertu d'une commiſſion du Souverain. Clovis ſuccéda non-ſeulement au petit Royaume de ſon pere ; mais encore à la dignité de maître de la milice, qu'il avoit poſſédée : & ce fut à la faveur de cette dignité, qu'en 30 ans de regne, il ſe rendit maître des deux tiers de la Gaule, ſans ſe déclarer néanmoins ennemi de l'Empire. En ſorte, qu'il en uſa de la même maniere que les Ducs & les Comtes ſur la fin de la ſeconde race de nos Rois, qui s'em-

(1) L'Abbé Dubos, *Hiſtoire critique de l'établiſſement de la Monarchie Françoiſe, diſcours préliminaire.*

BIU Cujas

parerent seulement des domaines & des droits régaliens ; mais qui laisserent les héritages des particuliers dans le même état. Si ce système, que l'Auteur établit fort bien, étoit reçu, il n'en faudroit pas davantage pour prouver que la Seigneurie féodale universelle n'avoit pas été établie en France lors de la fondation de la Monarchie. Mais il n'est pas encore assez accrédité pour que nous puissions le prendre pour fondement de nos raisons. Aussi le laisserons-nous à l'écart, pour raisonner sur les faits reconnus pour vrais par l'opinion commune de nos Historiens.

11. Nous apprenons de Mezeray (1), que les Francs, peuples de Germanie, firent en 256, sous l'Empire de Gallus & de Volusien, une premiere irruption dans les terres de l'Empire Romain, qui ne leur réussit pas.

12. Depuis cette irruption, il se passa près de 180 ans, jusqu'au tems qu'ils conquirent, ou qu'ils obtinrent des Romains quelques terres dans la Gaule, c'est-à-dire, dans le pays de Cologne, & de Liége (2). Pendant ces deux siecles, ils continuerent leurs incursions avec divers succès, se retirant toujours avec leur butin dans la Germanie. Ils avoient plusieurs Rois, Princes, ou Généraux, qui n'avoient d'autorité absolue, que dans la guerre. Quelquefois ils se rendoient stipendiaires Romains, quelquefois leurs sujets.

13. La derniere (3) année du regne de Pharamond, qu'on compte le premier Roi de France; ils furent repoussés au-delà du Rhin par les Romains, qui leur ôterent les terres qu'ils possédoient en Gaule.

14. Clodion (4), deuxieme Roi des François, profitant du désordre des affaires de l'Empire Romain, repassa le Rhin (5), & conquit plusieurs villes de la

(1) Mezeray, *avant Pharamond, & aux vies de* Pharamond, Clodion, Merouée, Childeric & Clovis, *dans l'abrégé chronologique, édition de* 1688. *Voyez* Pasquier, *Recherches, liv. 1, chap. 7.*

(2) Mezeray, *ibid.*

(3) Mezeray, *ibid.*

(4) *Gregorius Turonensis, lib. 2. Histor. cap.* 9. Mezeray, *ibid.*

(5) Selon l'opinion commune, la Monarchie Françoise a été fondée par la tribu des Saliens ; mais M. Ribaud de Rochefort, Avocat au Parlement, dans son recueil des pieces ou dissertations adressées au Pere Rouillé, imprimé à Paris, chez Chaubert en 1738, prétend que cette Monarchie a été fondée par la tribu des Sicambres, que Clodion le Chevelu en a été le premier Roi, & fixe l'époque du commencement de son regne à l'année 428.

BIU Cujas

Gaule. Merouée étendit les conquêtes de son prédécesseur, sur une partie de la Picardie, sur la Normandie, & presque toute l'Isle de France. Et sous le regne de Clovis, après la mort de Syagrius, il ne resta plus rien aux Romains dans les Gaules. Les François s'affranchirent entiérement du joug de l'Empire Romain, & devinrent ses alliés. La partie de la Gaule, qui est depuis le Rhin, jusqu'à la Loire, s'appella France. Les François arpenterent ces terres, & se les partagerent entr'eux, & les anciens habitans. Tout ce que nous venons de dire, est fondé sur l'opinion commune de nos Historiens. Il est vrai que certains, & entr'autres Boulainvilliers (1), ont prétendu, que Clovis a été le premier Roi de France; mais quand leur sentiment particulier seroit véritable, il s'ensuivroit seulement, que l'on devroit attribuer à Clovis, ce que l'on attribue aux Rois, qui selon l'opinion commune, l'avoient précédé. Nous pouvons donc fixer l'époque de ce partage avant l'année 511, qui est le tems de la mort du Roi Clovis, suivant (2) Mezeray, le P. Daniel, & les autres Historiens les plus exacts. Or les fiefs étoient alors inconnus en France, comme il est facile de le montrer, en recherchant leur origine, & leur établissement en France.

De l'origine des fiefs, & s'ils ont été originairement des bénéfices.

15. Les Ecrivains (3) ne sont pas d'accord sur l'origine des fiefs; encore moins conviennent-ils quels sont les peuples qui les ont introduits. Les uns, du nombre desquels est Fauchet (4), vont chercher leur origine dans le droit des gens, & veulent, que les terres, que les Rois de Perse, ceux de Macédoine, les Consuls & Empereurs Romains, & autres Monarques ou Républiques, ont baillées à leurs Capitaines & Soldats pour les servir en guerre, sous divers noms, fussent des fiefs.

16. Budé (5), Luc de Penna, Zazius, Corbin, & plusieurs autres, ont prétendu que les Romains les

(1) Boulainvilliers, *Histoire de l'ancien gouvernement, tom. 1, pag. 17 de l'édition de 1727.* Daniel, *Histoire de France.*

(2) Mezeray, Daniel, *vie de Clovis.*

(3) *Voyez Brodeau, sur la coutume de Paris, titre des fiefs,* Hevin, *sur Frain. Plaid. 86, & les Auteurs par eux cités.*

(4) Fauchet, *de l'origine des dignités, chap. 6.*

(5) Budeus *in pandectas L. Lucius, ff. de evict.* Lucas de Penna, *in Cod. quicumque, cod. de omni agro deserto;* Zazius *in epitom. Feud.* Corbin, *du droit de Patronage & de Clientele, des fiefs & censives.*

BIU Cujas

avoient introduits, & en prennent la source dans la Clientele, ou Patronage des Romains, qu'ils ont regardé comme des véritables fiefs (1). D'autres ont cru trouver cette origine dans la distribution qu'Alexandre-Sévere & les autres Empereurs faisoient à leurs soldats, des terres limitrophes par eux conquises, à la charge du service militaire (2); les autres dans les avoués ou soudoyers des Gaulois dont César fait mention (3). Mezeray & quelques autres les attribuent aux Lombards (4). Boulainvilliers a cru, tantôt que l'invention en vient des Saxons, tantôt que Charlemagne les avoit introduits en France, à l'exemple des Lombards (5). Du Haillan les attribue aussi à Charlemagne; d'autres à Charles le Simple; c'est le sentiment de Belleforêt, *liv. 2, chap. 70* de ses annales ou histoire de France; d'autres les attribuent aux Germains; d'autres aux François, de ce nombre sont (6) Pasquier & Dumoulin (7), & ce dernier Auteur en fait remonter l'origine avant l'établissement de la Monarchie. Enfin (8) les autres, dont l'opinion nous paroît la seule véritable, prétendent que les fiefs n'ont été introduits en France que sur le déclin de la seconde race de nos Rois, ou au commencement de la troisieme, c'est-à-dire, dans le dixieme siecle; ce qui revient à-peu-près au sentiment de Belleforêt.

17. L'opinion de ceux qui prennent l'origine des fiefs du droit des gens, ou du droit Romain, de la distribution des terres faites par les Empereurs, de la clientele, ou patronage des Romains, ou des avoués & des soudoyers des anciens Gaulois, n'a aucune apparence de raison: aussi a-t-elle été bien réfutée

(1) Ducange, *gloss. latin. verb. feudum.* L'Abbé Dubos, *histoire critique de l'établissement de la Monarchie, tom. 1, liv. 1, ch. 9.*

(2) *Voyez* Auteserre, *origin. feud. cap. 1.*

(3) Mezeray, *abrégé chronologique, tom. 1, pag. 84. de l'édition de 1688.*

(4) Boulainvilliers, *dissertation sur la noblesse de France, pag. 102, & histoire de l'ancien gouvernement, tom. 1. pag. 109, 291 & seq.*

(5) Du Haillan, *Histoire de France, vie de Charles le Grand pag. 229. 230.*

(6) Pasquier, *recherches, liv. 2, chap. 15.*

(7) Dumoulin, *sur le titre des fiefs de la coutume de Paris, num. 12, 13.*

(8) Chantereau le Fevre, *de l'origine des fiefs, liv. 1, chap. 1, & liv. 2, chap. 1. Histoire générale du Languedoc, liv. 7, n. 93. Dictionnaire de Trevoux, verb.* fief. Daniel, *histoire de la milice de France, liv. 3, chap. 1.* Basnage, *sur le titre des fiefs de la coutume de Normandie.*

BIU Cujas

par (1) Dumoulin, Auteserre, Galand, Chantereau le Fevre, & plusieurs autres.

18. Nous ajouterons seulement, que ceux qui les font venir de la distribution des terres faites aux Capitaines & aux Soldats par les Empereurs Romains, ne se fondent que sur un passage de Lampride en la vie d'Alexandre-Sévere, qu'ils n'ont pas bien entendu. Cet Historien dit: *Sola quæ de hostibus capta sunt, limitaneis ducibus & militibus donavit; ita ut eorum ita essent, si hæredes illorum militarent, nec unquàm ad privatos pertinerent, dicens attentiùs hos militaturos, si etiam sua rura defenderent.* Ces Auteurs ont donc cru que ce passage prouvoit que la propriété de ces fonds demeuroit toujours à l'Etat, en sorte que les possesseurs n'en avoient qu'un simple usufruit. Ils y trouvoient par conséquent une grande conformité avec les bénéfices militaires. Mais ce passage bien expliqué, prouve au contraire, que la propriété étoit transférée aux Capitaines & aux Soldats. Les mots, *donavit*, *eorum essent*, *sua rura*, ne laissent aucun lieu de douter de cette vérité. En effet, le mot *donavit* désigne une donation, laquelle transféroit la propriété selon l'usage des Romains; ce qui est si vrai, qu'il n'y avoit que le propriétaire qui pût donner, *l. 9*, §. *3*, *ff. de donat*, & *l. 14*, *cod. eod.* & Lampride emploie même quelques lignes auparavant le mot *donavit*, pour désigner le transport de la propriété. Les mots *eorum* & *sua* sont encore des termes qui désignent la propriété, comme le prouvent la loi 27, §. 2; la loi 34, *ff. de auro & argento leg.* & les Interprêtes sur cette loi, qui disent, *verbo*, *suum*, *dominium significari*, ou selon les expressions de la glosse du canon 1, dist. 8, *hæc verba*, *meum & suum spectant ad Dominum.* Il est vrai que ces fonds n'étoient pas transmissibles aux héritiers, à moins qu'ils ne fussent soldats, & qu'ils ne pouvoient pas appartenir à des personnes purement privées, *ad privatos*; mais cela ne s'oppose pas au transport de la propriété, en faveur des Capitaines & des Soldats auxquels la distribution en étoit faite; on voit seulement que la donation renfermoit une condition, que les Jurisconsultes appellent résolutive, qui non-seulement empêchoit que les possesseurs ne

(1) Dumoulin, Auteserre, *feud. cap. 3.* Chantereau, *de l'origine des fiefs, liv. 1, chap. 7. ibid.* Galand, *du Franc-Alleu, chap. 5.* Duarenus *in consuet.*

BIU Cujas

puſſent aliéner ni tranſporter ces fonds à d'autres que des ſoldats ; mais encore qui devoit faire revenir la propriété au pouvoir du Prince, en cas d'aliénation faite à des perſonnes qui ne ſerviroient pas dans les armées ; de la même maniere que les loix Romaines, dans le titre du Code *de donat. quæ ſub modo*, font revenir au Donateur, les biens qu'il a donnés ſous une condition ſemblable ou approchante ; la propriété étoit donc transférée aux ſoldats ; mais elle pouvoit être réſolue ſous condition, c'eſt-à-dire, dans le cas de l'aliénation ou du tranſport à ceux qui ne porteroient pas les armes ; car c'eſt la véritable ſignification du mot *privatos*, qui n'eſt pas employé pour dire que la propriété n'en appartiendroit pas aux ſoldats comme perſonnes privées, & par oppoſition à l'Empereur, mais qu'elle ne pourroit pas appartenir aux perſonnes privées, par oppoſition aux Capitaines ou Soldats ; en ſorte que l'Hiſtorien appelle *privatos* ceux qui n'auroient pas la qualité de Soldats ; comme n'ayant point d'emploi public, tel que celui des Capitaines & des Soldats. C'eſt dans ce même ſens qu'on trouve le mot *privatos* dans Varron, *de lingua latina*, lorſqu'il dit, *omnes quirites pedites, armatos, privatoſque curatores omnium tribuum*, &c. où il paroît que le mot *privatos* eſt employé dans le même ſens que *paganos* dans les loix Romaines, au titre du digeſte & des Inſtituts, *de teſtamento militis*, & dans la loi 19, *Cod. de pactis*, & par oppoſition aux ſoldats, comme le remarque l'Auteur du *Lexicon Juridicum* au mot *privatus*, pag. 744 de l'édition de 1640 ; la loi 31, *cod. de locato*, lorſqu'elle dit des ſoldats, *armis autem, non privatis negotiis occupentur*, emploie auſſi le mot *privatus*, par oppoſition à la fonction publique de l'exercice des armes. C'eſt ainſi que Chantereau le Fevre, de l'origine des fiefs, *liv. 1, ch. 2.* a fort bien expliqué ce paſſage de Lampride.

19. A l'égard des autres opinions, nous n'avons pas beſoin de diſcuter quelle eſt la plus vraiſemblable. Il nous ſuffiroit de prouver, que les fiefs n'ont pas été connus en France, lors du partage des terres, fait ſous le regne de Clovis, pour en tirer la conſéquence dont nous avons beſoin ; mais nous ferons voir ſurabondamment, que les fiefs n'ont été introduits dans le Royaume que dans le ſiecle de Hugues Capet : qu'ainſi ils ne ſont pas, à beaucoup près, ſi anciens, que l'a penſé le commun des Auteurs, dont le ſenti-

BIU Cujas

ment n'eſt fondé que ſur une équivoque, en ce qu'ils ont cru que les bénéfices, qui étoient uſités pendant le regne des Rois de la premiere race, & dont les Capitulaires de nos Rois, & les Hiſtoriens parlent ſouvent, étoient des fiefs tels qu'on les connoît aujourd'hui, avec cette ſeule différence qu'ils ſont devenus héréditaires, au lieu qu'originairement ils n'étoient qu'à vie : équivoque qui a été fort bien relevée par *St. Julien* (1), *Chantereau le Fevre*, & par pluſieurs autres Auteurs, qui ont pris ſoin de faire remarquer les différences, & même les oppoſitions, qui ſe rencontrent entre les bénéfices & les fiefs, en obſervant que les bénéfices ſont plus anciens de pluſieurs ſiecles que les fiefs ; que c'étoient des terres dont le Prince donnoit la jouiſſance à ſes Capitaines & Soldats pour leur entretien, tandis qu'ils ſeroient à ſon ſervice, & qu'ils porteroient les armes ſous ſes enſeignes. Que la conceſſion en étoit faite pour un, deux, trois ans, ou à vie, à la charge du ſervice militaire, à peine de privation ; qu'ils ne conſiſtoient qu'en ſimple uſufruit, ſans tranſport d'aucune ſorte de propriété ; qu'il paroît même d'une ancienne Charte, rapportée par *Oihenart* (2), que le Seigneur avoit la liberté de révoquer la conceſſion, quand il voudroit, tout comme le poſſeſſeur pouvoit ſe dégager du ſervice en y renonçant ; qu'enfin les poſſeſſeurs des bénéfices ne devoient ni foi, ni hommage, ni aucun des autres droits féodaux qui ne peuvent être qu'une ſuite du domaine utile héréditaire, dont le Bénéficier militaire n'a jamais été revêtu ; mais ſeulement le ſimple ſervice militaire, & la fidélité comme les autres ſujets ; par où l'on voit qu'il y a un grand rapport entre les bénéfices dont je viens de parler, & les Liamets, & les Timars des Turcs, ainſi qu'ils ſont déſignés par la *Guillotiere, liv. 4 de ſon Athenes ancienne & nouvelle, pag. 361, & ſuiv. de l'édition de 1676*, & par les autres voyageurs.

(1) S. Julien, *mélanges hiſtoriques, des fiefs, ch. 5.* Chantereau le Fevre, *de l'origine des fiefs, liv. 1, chap. 3 & 8.* Baſnage, *ſur le titre des fiefs de la coutume de Normandie. Voyez* Pocquet de Livoniere, *traité des fiefs, liv. 1, chap. 1.* Boulainvilliers, *diſſertation ſur la nobleſſe de France, pag. 22, 23, 104. Dictionnaire de Trevoux*, verb. *fiefs.*

(2) Oihenart, *notitia utriuſque Vaſconiæ, lib. 2, cap. 12, pag. 264, 265.* les termes de cette Charte ſont rapportés, *inf. n. 107.*

20.

BIU Cujas

20. Quant aux fiefs, les mêmes Auteurs nous apprennent, que les conceſſions en ont été perpétuelles, dès leur inſtitution, tranſmiſſibles aux héritiers, & irrévocables hors du cas de félonie. Outre le ſervice militaire, ils furent aſſujettis à divers droits, & particuliérement à la foi & à l'hommage. Ils ont transféré au vaſſal autre choſe qu'un ſimple uſufruit, c'eſt-à-dire, un domaine utile. Tout propriétaire a eu la liberté de faire des conceſſions à titre de fief, & la néceſſité où ſe ſont trouvés les uſurpateurs des bénéfices, & des autres droits domaniaux, de prendre des moyens pour s'y maintenir, leur a fait imaginer ce nouveau genre de conceſſion, dans laquelle ils ont engagé ceux qui devenoient leurs vaſſaux, à les ſervir en guerre contre tous ſans exception, même contre le Souverain, en obſervant certaines formalités marquées dans une ordonnance de S. Louis, art. 50, rapportée par *Chantereau le Fevre*, *pag. 208*; ce qui, ſelon la remarque du P. Mabillon, *de re diplom. lib. 4, cap. 30*, § 5, introduiſit les guerres privées, que les loix Romaines ont mis au rang des crimes de lezemajeſté, *lib. 3. ff. ad L. Juliam majeſtatis*; au lieu qu'auparavant le droit de guerre n'appartenoit qu'au Souverain, ſuivant les loix de preſque tous les peuples, comme l'obſerve Grotius, *du droit de la guerre*, *liv. 1, chap. 3*, § 4. Par où l'on découvre des différences ſi ſenſibles, même une telle oppoſition entre les bénéfices & les fiefs, qu'il ne peut y avoir aucun lieu de douter que les fiefs n'ont jamais été des bénéfices, ni les bénéfices des fiefs.

21. De plus, on ne trouve ni trace ni veſtige des fiefs en France, avant le ſiecle de Hugues Capet, comme l'ont obſervé les Auteurs (1), qui ont examiné la matiere avec le plus d'exactitude. En effet, on ne voit point le mot *feudum*, ni aucun autre équivalent, dans les loix des Viſigots, des Bourguignons, ni dans les autres qui ſont dans le recueil qui a pour titre : *Codex legum antiquarum*, à l'exception de celles de Naples ou de Sicile, qui furent compilées en l'année 1221; ce qui prouve que les autres en auroient parlé tout comme celle-ci, ſi les fiefs avoient été introduits lorſ-

(1) Chantereau le Fevre, *de l'origine des fiefs*, *liv. 2, ch. 1.* *coutume de Normandie.* S. Julien, *ibid.* Baſnage, *ſur le titre des fiefs de la*

BIU Cujas

qu'elles furent compilées. On ne le trouve pas non plus dans les Capitulaires de nos Rois, ni dans les anciens Ecrivains qui ont précédé le siecle de Hugues Capet. On y voit à la vérité les mots *senior*, *vassi*, *vassalli*, *vassaticum*, *fideles*, *leudes*, *honor*, *homo*, que les Féodistes peu versés dans l'histoire, ont pris pour des termes relatifs aux fiefs, & qui en supposoient l'usage. Mais *Chantereau le Fevre*, qui de l'aveu de ceux (1) qui ont écrit après lui, & l'Auteur qui a le mieux réussi dans la recherche de l'origine des fiefs, a fait voir en cela l'erreur des Féodistes, & a prouvé par une foule d'autorités, que ces termes n'avoient aucun rapport avec les fiefs, lorsqu'on les a employés dans les Capitulaires de nos Rois. Comme nous ne voulons pas nous approprier les recherches de ce savant Auteur, il nous suffit d'y renvoyer. Il explique les mots *senior*, *vassi*, *vassalli*, *vassaticum au liv. 2 de l'origine des fiefs*, *chap. 2*, *3*, *4* & *5*. Le mot *fideles*, *au liv. 3*, *chap. 3*, *pag. 164*; le mot *leudes*, *au liv. 1*, *chap. 7*; le mot *homo*, *au liv. 3*, *chap. 1* & *3*. Pour ce qui est du mot *honor*, il est synonyme avec le mot *beneficium*, différent du fief, comme l'assurent Basnage (2), & tous les Auteurs. Il y a une infinité de chapitres dans les Capitulaires (3), qui confirment cette vérité : il suffira d'en rapporter un, qui porte, *quicumque ex his qui beneficium principis habent*, *parem suum contra hostes in exercitu pergentem dimiserit*, *& cum eo ire vel stare noluerit*, *honorem suum & beneficium perdat* (4). Il est clair que dans cet endroit *honorem & beneficium perdat*, signifient une seule & même chose, c'est-à-dire, la perte du bénéfice.

22. Nous ajoutons pour répondre à certains Auteurs, qui ont prétendu que *le Fevre* n'avoit pas bien expliqué ces termes, que tout au plus, ils pourroient être relatifs aux bénéfices qui étoient alors en usage; mais on ne pourroit pas en conclure qu'ils supposent l'existence des fiefs, dont l'établissement est postérieur de plusieurs siecles, & qui sont différens des bénéfices, comme nous l'avons remarqué.

23. Dès qu'il est établi que les bénéfices usités par

(1) Claude de Ferrieres, *sur la coutume de Paris.*

(2) Basnage, *sur le titre des fiefs de la coutume de Normandie.*

(3) *Capitul. Caroli Magni*, *lib. 3*, *cap. 71.*

(4) *Voyez* le supplément à la Dissertation sur la Noblesse de France, *verb. allend. pag. 5* & *seq.*

BIU Cujas

les anciens François, ſont d'une nature différente de celle des fiefs, on ne peut pas faire remonter l'origine des fiefs, à celle des bénéfices. Ainſi on doit prendre l'établiſſement des fiefs en France depuis que le mot *feudum*, ou quelqu'autre qui a la même ſignification, ſe trouve dans les actes anciens, ou dans les Hiſtoriens (1). Voilà pourquoi on peut aſſurer, que les fiefs ne commencerent à s'établir que ſur la fin de la ſeconde race de nos Rois, comme l'ont ſoutenu Chantereau le Fevre, les nouveaux Hiſtoriens du Languedoc, le P. Daniel, & les autres Auteurs rapportés ci-deſſus, parce qu'il n'en eſt fait mention que vers ce tems-là (2). L'ordonnance de Louis le Gros, qui eſt d'une date antérieure à cette époque, & qui parle nommément des fiefs, ne peut pas être oppoſée à notre opinion, parce que c'eſt une piece viſiblement ſuppoſée, comme l'a montré (3) *Chantereau le Fevre* dans ſon ſavant traité de l'origine des fiefs, & dans ſes notes ſur cette prétendue ordonnance.

24. Ce qui fit introduire les fiefs en France (4), fut, comme nous avons dit en paſſant, l'acquiſition, du conſentement du Roi Hugues Capet, ſelon *Saint-Julien*, ou l'uſurpation que les grands Seigneurs firent des biens domaniaux, & de la propriété des bénéfices, ce qui les détruiſit entiérement, en ſorte que, ſuivant la remarque de (5) *Boulainvilliers & de S. Julien*, dès que les poſſeſſeurs ſe furent attribué cette propriété, & que les fiefs furent établis, il ne fut plus queſtion des bénéfices. Ce fut un moyen que les uſurpateurs mirent en uſage pour ſe maintenir dans leurs uſurpations. *Il eſt croyable*, dit Mezeray (6) dans ſon abrégé, en parlant des Ducs & des Comtes, *que eux-mêmes avoient les premiers donné les terres qui dépendoient d'eux, à*

(1) Chantereau, Baſnage, *Hiſtoire générale du Languedoc*; *Dictionnaire de Trévoux*; Daniel, *aux endroits cités ſup. num. 16. Nouvel abrégé chronologique de l'Hiſtoire de France, tom. 1, pag. 92.*

(2) Cette Ordonnance eſt rapportée par Chantereau le Fevre, *pag. 182*, avec ſes notes marginales, qui en découvrent les vices.

(3) Chantereau le Fevre, *liv. 1, ch. 6.*

(4) S. Julien, *mélanges hiſtoriques des fiefs, ch. 5, pag. 675, 696, 697.*

(5) Boulainvilliers, *diſſertation ſur la nobleſſe, pag. 102, 103, 105.* S. Julien, *ibid. pag. 695, 698.*

(6) Mezeray, *abrégé chronologique, vie d'Hugues Capet, tom. 2, pag. 460. Voyez* Chantereau le Fevre, *liv. 2, chap. 1; & liv. 1, chap. 8, pag. 50.* Boulainvilliers, *ibid.*

BIU Cujas

leurs vaſſaux ; afin qu'ils fuſſent intéreſſés à les maintenir dans leur uſurpation ; mais ceci eſt encore mieux expliqué par (1) *Chantereau le Fevre, lorſqu'il dit, que l'hérédité des Duchés & Comtés engendra celle des bénéfices. Les Ducs & les Comtes les donnerent en propriété héréditaire à leurs parens & amis, & à ceux qui avoient ſuivi leur fortune.* Ce fut ſans doute à la charge des droits féodaux (2), ce qui eſt obſervé de même par (3) *Pocquet de Livoniere*; par où l'on voit que c'eſt une erreur de la part de ceux, qui, confondant les bénéfices avec les fiefs, ont cru que les fiefs n'étoient originairement qu'à vie, ce qui ne convient qu'aux bénéfices: au lieu que les fiefs ont été héréditaires dès leur inſtitution (4). Les bénéfices dont la propriété fut uſurpée, ont bien donné l'ouverture à l'uſage des fiefs, ſelon (5) *le Fevre*, ou, comme dit le *P. Daniel*, ſont l'origine des fiefs, en ce qu'ils devinrent avec le tems ce que l'on appella du nom de *fief* : mais ils n'ont jamais été des fiefs, & cela eſt ſi vrai, que (6) dès auſſi-tôt que les fiefs furent inſtitués, on ne pratiqua plus les bénéfices qui furent *abſorbés par les fiefs*, ſelon les expreſſions de *S. Julien* & l'obſervation de Boulainvilliers, comme nous l'avons dit.

25. Quoi qu'il en puiſſe être, & quand on regarderoit l'opinion de ceux qui attribuent à Charlemagne, l'établiſſement des fiefs en France, comme la mieux fondée, à cauſe qu'on trouve dans les Capitulaires, les mots *vaſſi*, *vaſſalli*, *vaſſaticum*, & autres que les Auteurs ont cru être relatifs aux fiefs, il eſt certain que lors du partage des terres des Gaules, fait pendant le regne de Clovis, les fiefs n'étoient pas encore connus, & par conſéquent, il eſt impoſſible, que les terres des Gaules, fuſſent alors données en fiefs. Nous ajoutons que quand les bénéfices ſeroient des fiefs, la conceſſion du château de Melun avec le Duché, faite par Clovis en faveur d'Aurélien, qui eſt la plus ancienne qu'on connoiſſe, & qu'on ne peut pas même

(1) Chantereau le Fevre, *liv. 1, chap. 8, page 55.* S. Julien, *ibid.*

(2) S. Julien, *mélanges hiſtoriques des fiefs, ch. 5, pag. 695.*

(3) Pocquet, *traité des fiefs, liv. 1, chap. 1.*

(4) *Voyez* le Supplément à la diſſertation ſur la nobleſſe de France, *verb. arriere-fief, pag. 34.*

(5) Chantereau le Fevre, *liv. 1, ch. 8, pag. 50.* Daniel, *hiſtoire de la milice Françoiſe, liv. 2, ch. 1, pag. 42.* S. Julien, *ibid.*

(6) S. Julien, *ibid. pag. 698.*

BIU Cujas

regarder comme un bénéfice militaire, mais comme un gouvernement, ainſi que l'a fort bien prouvé *Chantereau le Fevre*, *de l'origine des fiefs*, & que l'a entendu le P. Jourdan, en la vie de Clovis, *tom. 2*, *pag. 48*, *liv. 1*, *chap. 1*, en la prenant même comme un bénéfice militaire, ne pourroit avoir été faite que de ce qui étoit échu au lot de Clovis. En effet, nos Hiſtoriens (1) nous apprennent que c'étoit une loi parmi les François, que tout le butin étoit mis en commun, & partagé entre les gens de guerre. L'exemple qu'ils rapportent le prouve. Parmi le butin que l'armée de Clovis avoit fait, il avoit été pris un vaſe précieux dans une Egliſe. Clovis demanda par grace lors du partage du butin qui fut fait à Soiſſons, qu'on lui donnât ce vaſe par préciput, afin qu'il pût le rendre à l'Evêque qui l'en ſupplioit; mais un ſoldat s'y oppoſa, & donna un coup de hache, ou de lance ſur ce vaſe, diſant que le Roi n'auroit que ce que le ſort lui donneroit; ſur quoi Boulainvilliers (2) fait cette obſervation, que l'on trouve dans cet exemple une preuve de l'ancienne liberté des Francs, & de l'étendue de leurs droits; puiſque l'oppoſition d'un ſeul mettoit obſtacle à la volonté du Roi, qui comme chef de la Juſtice acquieſce à un droit certain, parce que le partage étoit égal; d'où l'on peut inférer que la conceſſion du château de Melun en faveur d'Aurélien, ne fut faite que de ce qui étoit échu au lot de Clovis; ſi le Roi trouva des obſtacles pour un ſimple vaſe, n'en auroit-il pas trouvé davantage pour une ville, ou pour une province? D'ailleurs les Hiſtoriens ne parlent que d'une ſeule conceſſion à titre de bénéfice, faite par le Roi Clovis; & s'ils ont eu l'attention de rapporter cette conceſſion unique, ils auroient fait mention à plus forte raiſon d'un événement auſſi remarquable que le ſeroit une conceſſion générale de toutes les terres conquiſes. On peut donc conclure du ſilence des Hiſtoriens, qu'il n'eſt point vrai, que les terres qui échurent aux

(1) Aimoin, *lib. 1*, *cap. 12.* Gregorius Turonenſis, *lib. 2*, *hiſtor. cap. 27.* Mezeray, *abrégé chronologique*, *vie de Clovis*, *tom. 1*, *pag. 27.* du Haillan, *de l'état & ſuccès des affaires de France*, *liv. 1*, *fol. 17.* Boulainvilliers, *hiſtoire de l'ancien gouvernement*, *tom. 1*, *pag. 50.* Fauchet, *des antiquités Françoiſes*, *liv. 2*, *chap. 16.* Nicole Gilles, *en la vie de Clovis.*

(2) Boulainvilliers, *hiſtoire du gouvernement ancien*, *tom. 1*, *pag. 50, 51.*

BIU Cujas

Capitaines & aux Soldats après la conquête, leur fussent données à titre de bénéfice. Ainsi les bénéfices fussent-ils des fiefs, la Seigneurie féodale universelle ne pourroit point être présumée acquise depuis la conquête ; car il faudroit que toutes les terres eussent appartenu au Roi, & qu'il les eût baillées à titre de bénéfice, ce que l'histoire ne dit pas, elle prouve même le contraire.

Les terres qui furent distribuées aux François, & celles qui furent laissées aux Gaulois, leur demeurerent en Alleu, & pleine propriété.

26. Venons à la preuve de la seconde raison que nous avons annoncée ; les Ecrivains sont bien d'accord que les terres des Gaules furent partagées après la conquête ; puisque c'étoit une loi parmi les François, de partager tout le butin, comme nous l'avons dit. Mais ils ne conviennent pas de la forme du partage. *Mezeray* (1) croit que les François prirent le tiers ou le quart des terres des peuples vaincus, qu'ils partagerent entr'eux, & dont les Rois eurent pour leur portion quantité des plus belles, spécialement aux environs des grandes villes ; d'autres disent les deux tiers, c'est le sentiment du (2) P. Daniel & des nouveaux Historiens du Languedoc. (3) Selon Boulainvilliers, Chantereau le Fevre, M. l'Abbé Dubos, les Francs ne dépouillerent les Gaulois d'aucune partie de leurs terres. Voici de quelle maniere s'explique Boulainvilliers. *Quoique le droit de conquête eût donné aux François le pouvoir de disposer des terres & des biens de tous leurs nouveaux sujets, on ne doit pas juger que tous les habitans naturels de la Gaule, ayent été dépossédés de tous leurs héritages ; en effet, ç'auroit été une méchante politique, car les François étoient en trop petit nombre pour cultiver toutes les terres, & remplir suffisamment les armées. D'ailleurs ils auroient donné à leurs sujets un mécontentement trop universel. Ils se saisirent seulement des domaines des Romains, soit ceux du fisc, soit ceux des particuliers, & ils laisserent aux naturels du pays leurs possessions héréditaires dans l'état où ils les trouverent, en les chargeant néanmoins de*

---

(1) Mezeray, *abrégé chronologique, vie de Clovis, tom. 1, pag. 37 ; & vie de Clotaire II, pag. 115.*

(2) *Histoire générale du Languedoc, liv. 7, n. 92.* Daniel, *Histoire de France, vie de Clovis, p. 7, in-4°. & histoire de la milice Françoise, liv. 1, chap. 2.*

(3) Boulainvilliers, *Dissertation sur la noblesse de France, pag. 58, 59, 60.* L'Abbé Dubos, *Histoire critique de l'établissement de la Monarchie, liv. 6, chap. 13.* Chantereau le Fevre, *de l'origine des fiefs.*

BIU Cujas

certains tributs (1) *& de ſervitudes* (2), *dont ces biens furent nommés allodiaux*. Ce ſont les propres paroles de cet Auteur, qui ajoute, que comme l'argent étoit fort rare dans les Gaules, ces tributs & ſervitudes conſiſterent en des contributions en denrées, qu'ils les obligerent de fournir dans les magaſins de chaque Province, ou de les livrer aux troupes dans leurs marches, ou aux Rois dans leurs voyages, & que c'eſt la raiſon des impoſitions de fourrages, de grains, d'apprêts de vivres, & de logemens. Mais il faut remarquer avec (3) *Chantereau le Fevre*, que la redevance que les Gaulois payoient aux Romains, & enſuite aux François, n'eſt pas le fondement des cens & autres rentes foncieres & ſeigneuriales, dont l'origine eſt poſtérieure de pluſieurs ſiecles, mais un tribut payé à cauſe de la ſouveraineté; car, comme l'aſſure le même Auteur, les héritages que poſſédoient les Gaulois leur demeurerent en propriété héréditaire, comme ils étoient auparavant.

27. Pithou (4), ſur la loi ſalique dit, qu'après la conquête des Gaules, on aſſigna partie des terres au public, ou au Prince, partie aux anciens poſſeſſeurs, & partie aux ſoldats vétérans, en récompenſe de leurs ſervices. *Nam agri ex hoſte capti*, dit cet Auteur, *partim in publico, vel principi, partim veteri poſſeſſori relinquebantur, partim militibus & veteranis in præmia aſſignabantur*; ce qui fait comprendre que ces terres étoient diviſées en trois portions, dont l'une étoit adjugée au Prince ou au Public, l'autre aux poſſeſſeurs anciens, la troiſieme aux ſoldats vétérans, & revient au ſentiment de ceux qui ont cru que les François ne laiſſerent aux anciens Gaulois que le tiers de leurs héritages.

---

(1) Pour la preuve que ces tributs ſe payoient en eſpeces ou denrées, on peut voir les titres *de annona & tributis*, *cod. Theod. lib. 11, tit. 1, & tributa in ipſis ſpeciebus inferri, tit. 2.*

(2) Ces ſervitudes devoient répondre à ce que les Romains appelloient *angariæ & parangariæ*, dont il eſt parlé au code Théodoſien, *lib. 8, tit. 5*, & à celui de Juſtinien, *lib. 12, tit. 51*; car ſelon M. l'Abbé Dubos, *Hiſtoire de la Monarchie, tom. 3, p. 489*, les Rois Mérovingiens qui vouloient ſe rendre agréables aux Romains, leurs ſujets, conſerverent à cet égard l'ancien uſage.

(3) Chantereau le Fevre, *de l'origine des fiefs, liv. 1, chap. 7.*

(4) Pithou, *ad legem Salicam apud Capitul. Baluſii, tom. 2, pag. 704*, Daviſſonus *tractat. de ſale terræ & lege ſalica, cap. 4, pag. 48.*

BIU Cujas

28. Selon Chantereau le Fevre (1), qui, comme nous l'avons dit, a cru que toutes les terres poſſédées par les Gaulois, leur demeurerent en propriété héréditaire, *une partie des biens de la ſouveraineté avoit été laiſſée dès le commencement de l'établiſſement de la Monarchie Françoiſe, pour l'entretien du Roi, de ſa maiſon & de ſon Etat Royal, & le reſte étoit demeuré ſous le nom de bénéfice, pour donner à une partie des François, afin qu'ils fuſſent du moins en état de monter à cheval, d'expoſer leur vie pour le ſalut de l'Etat. En quoi*, ajoute-t-il, *il faut obſerver que cette nature de biens n'étoit pas régie en commun par le Roi, ou ſes Officiers, pour en recevoir le revenu en gros, & les diſtribuer après aux gens de guerre en détail, par forme de ſolde; mais étoit rompue, & diviſée en une infinité de portions, qui étoient diſtribuées aux François, chacun en particulier, pour les cultiver & faire valoir.* Ce ſont ces mêmes biens que (2) Boulainvilliers dit être un propre de la nation, & non un domaine de la couronne, ni des fiefs en relevans.

29. Nous n'avons pas beſoin de concilier ces opinions différentes ſur la portion qui échut au lot du Roi & de l'Etat lors du partage, ni de prendre parti là-deſſus. Nous raiſonnerons ſur celle des Auteurs qui ont cru que les biens furent diviſés en trois parties; que l'une échut au lot du Roi pour l'entretien de ſa maiſon & des ſoldats, auxquels on en fit dans la ſuite la diſtribution à titre de bénéfice; l'autre partie fut laiſſée aux anciens peuples, & la troiſieme fut donnée à titre de propriété aux Capitaines & aux Soldats de l'armée victorieuſe, comme étant la plus favorable au domaine & aux droits des Seigneurs. Ce qui nous confirme dans cette opinion, c'eſt que les Viſigots, les Bourguignons, & les autres peuples Barbares, qui s'étoient emparés d'une partie des Gaules, avoient dépouillé les anciens habitans des deux tiers de leurs terres, & ne leur en avoient laiſſé que le tiers reſtant, comme le remarque le P. Daniel (3), & qu'il y a apparence que le lot du Roi fut d'une portion égale à celle qui échut à ſes Capitaines, à ſes ſoldats, & à toute la nation Françoiſe. Mais quoi qu'il en ſoit (car

(1) Chantereau le Fevre, *de tion ſur la nobleſſe de France, l'origine des fiefs, liv. 3, ch. 3. pag. 23. pag. 156.*

(2) Boulainvilliers, *Diſſerta-*

(3) Daniel, *Hiſtoire de France, vie de Clovis.*

BIU Cujas

le plus ou le moins ne fait pas une différence spécifique) il nous suffit d'être assurés de quelques faits, savoir, que Clovis, ou ceux qui avant lui firent la conquête des Gaules, ne chasserent pas les anciens Gaulois, qu'ils ne leur enleverent pas tout ce qu'ils possédoient, comme l'assure le P. Daniel (1), qu'il fut fait un partage des terres, sur quoi l'histoire nous rend un témoignage inconteſtable, & que les portions quelles qu'elles soient, qui furent laissées aux peuples vaincus, & qui échurent aux soldats, n'étoient pas Féodales, pour en conclure que le Roi n'acquit pas par le droit de conquête, la Seigneurie directe universelle des terres conquises.

30. Il n'y a point de doute que la portion qui échut au lot du Roi ne lui appartînt en pleine propriété. Nous trouvons que les successeurs de Clovis en firent don de partie à titre perpétuel, non en bénéfice, mais en pleine propriété, comme le remarque Jérôme Bignon (2). C'est cette portion que l'on a appellée dans la suite, domaine de la couronne; que si une partie de cette portion fut destinée à l'entretien des armées, c'est que, comme plusieurs Auteurs ci-dessus rapportés l'ont cru, la destination eut son effet, ainsi que tous les Historiens & les Auteurs en sont demeurés d'accord. Il est donc inutile d'examiner si les bénéfices qui furent accordés, procédoient d'une portion destinée pour cela, ou du domaine du Roi.

31. Nous avons des témoignages (3) certains que les terres qui échurent au lot des soldats, furent par eux possédées en pleine propriété héréditaire; elles n'étoient pas même assujetties aux tributs, suivant l'opinion commune des Historiens, & les soldats ne contribuoient que de leurs personnes, au service de l'Etat, comme le remarquent *Mezeray* & les autres Auteurs. Toutefois il y en a d'autres (4) qui ont soutenu qu'ils étoient sujets aux tributs, ce que nous ne

(1) Daniel, *Histoire de la milice Françoise*, *liv.* 1, *chap.* 2.

(2) Bignon, *sur Marculphe*, *liv.* 1, *chap.* 17, *apud Capitul. Baluzii*, *tom.* 2, *pag.* 898.

(3) Daniel, *Histoire de la milice de France*, *liv.* 1, *chap.* 2, *pag.* 13; Gregorius Turonensis; Mezeray, *abrégé chronologique*, *vie de Clovis*, *tom.* 1, *pag.* 37, *Supplément à la dissertation sur la noblesse de France*, verbo, *Alleu*, *p.* 2, 3, 4 & *p.* 8. Pocquet, *des fiefs*, *liv.* 1, *chap.* 2. Boulainvilliers, *gouvernement ancien*, *tom.* 1, *pag.* 45.

(4) L'Abbé Dubos, *Histoire critique de la Monarchie Françoise*, *liv.* 6, *ch.* 13.

BIU Cujas

croyons pas véritable, parce que leurs terres étoient de vrais *Alleus*, qui ont toujours été regardés comme nobles; & avant la réformation de la coutume de Paris, faite en 1510, on ne connoissoit point des Alleus roturiers, comme l'ont fort bien remarqué (1) Bacquet, Brodeau & Taisand: ce qui est fondé en raison; car les fiefs s'étant formés des Alleus, & étant nobles de leur nature, de l'aveu de tous les Ecrivains, il faut nécessairement que les Alleus fussent nobles avant que de devenir fiefs: sans quoi les fiefs auroient retenu la ruralité des Alleus, s'ils avoient été ruraux auparavant; car le titre de fief n'a pas imprimé un caractere de nobilité aux terres; tout ce qu'on peut dire est que la concession n'a pas fait perdre la nobilité primitive qui appartenoit aux Alleus réduits en fiefs. On peut voir dans (2) *Dominicy* plusieurs constitutions de nos Rois de la seconde race, pour apprécier la nobilité des Alleus, & *Pisardus* qui définit l'Alleu *un héritage noble, sous la protection du Roi*, & rapporte un arrêt du 5 Mars 1370, qui l'a jugé de même.

32. A l'égard des anciens Gaulois, ils possédérent aussi leurs terres en pleine propriété comme auparavant; c'est-à-dire, en Alleu, sans reconnoître aucun autre Seigneur foncier qu'eux-mêmes, comme le disent (3) *Chantereau le Fevre*, *Boulainvilliers*, & les autres Auteurs. On ne peut pas douter que les terres possédées par les François & les Gaulois, ne fussent de vrais Alleus, si l'on fait attention à une remarque du savant *Jérôme Bignon* (4), lequel expliquant ces paroles de Marculphe (qui vivoit du tems du Roi Dagobert), *aut super proprietate, aut super fisco*, dit: *His verbis duæ notantur bonorum species, & maxima rerum divisio, quæ eo sæculo recepta erat, quod ex cap. 33, colligi potest. Omnia namque prædia aut propria erant, aut fiscalia: propria seu proprietates dicebantur quæ nullius juri obnoxia erant, sed optimo maximo jure possidebantur, ideòque ad heredes tran-*

(1) Bacquet, *des francs fiefs, chap. 6, num. 10*; & Taisand, *sur la coutume de Bourgogne, tit. 3, art. 1, not. 52, pag. 158.*

(2) Dominicy, *de Prærog. Allod. cap. 22, num. 4, 5, 6.* Pisardus, *sur la quest. 112 de* Guy-Pape. Brodeau, *sur M. Louet, let. C. som. 21, num. 15.*

(3) Chantereau le Fevre, *liv. 1, chap. 7, liv. 3, ch. 3.* Boulainvilliers, *Dissertation sur la noblesse de France, pag. 58, 59, 60. Supplément à cette Dissertation, pag. 2, 3, 4, 5 & 8.* Pocquet, *ibid.*

(4) Bignon, *sur Marculphe, lib. 1, cap. 2, apud Capitul. Baluzii, tom. 2, pag. 875.*

BIU Cujas

sibant: fiscalia verò, beneficia, sive fisci vocabantur, quæ à rege ut plurimùm, posteàque ab aliis ita concedebantur, ut certis legibus servitiisque obnoxia cum vitâ accipientium finirentur.

33. *Chantereau le Fevre* (1) fait la même observation, & soutient qu'en France on n'avoit que deux sortes de biens immeubles; ceux de la souveraineté qui est le fisc, ou le domaine du Roi, & ceux qui étoient appellés *Alleus* (2) c'est-à-dire, les héritages possédés par les peuples à titre de propriété héréditaire, qui pouvoient être donnés, vendus, engagés, & aliénés; ce qui prouve qu'il y avoit des Alleus en France long-tems après le partage des Gaules, & cette preuve est d'autant plus inconteſtable que la loi Salique, (qui, de l'avis de plusieurs Historiens, a été faite, ou du moins amplifiée long-tems après l'établissement de la Monarchie Françoise), les formules de Marculphe, les Capitulaires de nos Rois & les Ecrivains, font mention des Alleus, & des terres héréditaires possédées par les particuliers, plusieurs siecles après le partage des Gaules. Ainsi la Seigneurie féodale universelle, qui n'est pas un droit de la Royauté, selon sa premiere institution, comme nous l'avons prouvé en examinant la premiere source, n'est pas non plus un droit acquis au Roi par la conquête, & en vertu du partage des terres conquises sur les anciens Gaulois.

(1) Chantereau le Fevre, *liv. 3, chap. 3, pag. 156.*

(2) Tous les héritages qui ne venoient pas du domaine de la couronne étoient des Alleus. *V. Supplément à la Dissertation sur la noblesse de France*, verb. *Alleu* & verb. *biens allodiaux.*

CHAPITRE IV.

Examen de l'opinion de Loiseau & de Galland, sur l'origine de la Seigneurie Féodale Universelle.

34. CE que nous avons observé ci-dessus, fait voir clairement combien l'Auteur (1) du traité du Franc-Alleu s'est abusé, lorsqu'il a dit *que le Roi étant Seigneur universel de toutes les terres qui sont dans son Royaume, elles doivent être présumées procéder de ses prédécesseurs, & soumises à ses droits, sinon en tant que la dis-*

Réponse aux fondemens de Galland & de Loiseau.

(1) Galland, *du Franc-Alleu, chap. 7, pag. 99.*

BIU Cujas

pense sera justifiée au contraire. Car comment pouvoir former une telle présomption, tandis qu'il paroît que lors du partage qui fut fait des terres conquises, le Roi n'en eut qu'une portion, qu'on ne peut porter au-delà du tiers, en suivant même l'opinion qui lui est la plus favorable, les autres deux tiers étant demeurés aux anciens habitans, ou ayant été assignés aux soldats en pleine propriété, que S. Julien (1), Auteur très-versé dans la connoissance de l'antiquité, assure qu'il y avoit des Ducs, des Comtes, & autres Seigneurs, qui possédoient leurs biens en Franc-Alleu, & que l'on ne trouve dans les histoires aucun événement qui ait pu attribuer au Roi la Seigneurie féodale de tous les biens qui sont dans l'étendue de son Royaume, puisqu'il faudroit pour cela qu'il les eût acquis, comme Pharaon, Roi d'Egypte, acquit ceux de son Royaume, & qu'ensuite il les eût baillés en fief. Ce seroit un événement trop remarquable, pour que les Historiens eussent manqué de le rapporter. Tant s'en faut que le Roi ait acquis depuis l'établissement de la Monarchie, & le partage général des terres, celles qui étoient échues au lot des particuliers; qu'on voit (2) au contraire, que les particuliers usurperent sur le déclin de la seconde race de nos Rois, presque tous les domaines de la couronne.

Voyez infra, n. 52, 53.

35. Il est vrai que le Roi est Seigneur souverain dans toute l'étendue de son Royaume, quant à la juridiction & à la puissance, qui sont des droits unis à la Monarchie, & qui en dépendent inséparablement; mais la Seigneurie féodale n'est pas un droit de souveraineté, elle dérive d'une autre source; c'est-à-dire, de la convention & de la tradition des terres à titre de fiefs, pour lesquelles il faut nécessairement, que celui qui en fait la concession, ait la propriété; parce que le fief qui réserve au Seigneur le domaine direct, & transfere l'utile, ne peut opérer cet effet, que quand celui qui en fait la concession est plein propriétaire. Ce seroit donc un paradoxe de prétendre que le Roi qui n'a jamais eu la propriété de la plus grande partie des terres de son Royaume, ait pu re-

La Seigneurie féodale dérive de la convention & de la tradition des biens à titre de fief.

(1) S. Julien, *mélanges historiques des fiefs, ch. 5, pag. 694.*

(2) Du Haillan, *en la vie de Hugues Capet.* Mezeray, *abrégé Chronologique, vie du même, t. 2. pag. 460.* Boulainvilliers, *histoire de l'ancien gouvernement, t. 1, pag. 97.* Daniel, *Histoire de France, & histoire de la milice Françoise, liv. 3, chap. 1.*

BIU Cujas

tenir le domaine direct, & transporter l'utile qu'il n'avoit pas ; & tout ce que l'on peut faire de plus favorable, c'est d'admettre cette présomption pour toutes les terres qui paroissent avoir fait partie du domaine du Roi ou de la Couronne, s'il n'est pas justifié qu'elles sont parvenues au possesseur à titre de pleine propriété.

36. Du reste, c'est une raison dont l'application manque de justesse, que l'Auteur (1) du Franc-Alleu fonde la présomption du domaine direct universel en faveur du Roi. Il dit que les Auteurs qui ont traité la question sont tombés d'accord que le Seigneur particulier beaucoup au-dessous de la grandeur & de la dignité du Roi, ayant un territoire limité, est réputé Seigneur direct, si l'allodialité n'est vérifiée. Il est vrai que tout Seigneur fondé en titre sur un territoire limité, est présumé Seigneur direct de toutes les parties de ce territoire, si l'allodialité n'est justifiée par des titres (2) : mais tant s'en faut que le Roi ait un semblable titre pour toute l'étendue de son Royaume, quant à la Seigneurie féodale, qu'il est justifié au contraire, qu'il n'a jamais été propriétaire de la plus grande partie des terres de son Royaume ; qu'ainsi il est impossible qu'il ait baillé à titre de fief celles qui ne lui appartenoient pas. La comparaison manque donc dans son fondement, parce que le Roi n'est pas fondé en titre, & que la présomption qu'on allegue en sa faveur, est détruite par une preuve contraire. Que si ce que *Galand* dit étoit vrai, on ne verroit pas dans le Royaume autant de terres possédées en Franc-Alleu, qu'il y en a.

37. C'est sur un autre système, qui aboutit à la même fin, que *Loiseau* (3) a prétendu que la Seigneurie féodale universelle avoit été acquise au Roi dans l'établissement de la Monarchie. Il dit que quand les François conquirent les Gaules, ils se firent Seigneurs des personnes des Gaulois qui devinrent serfs, tels à-peu-près que ceux que les Romains appelloient *adscriptitios seu addictos glebæ ;* c'est-à-dire, serfs de suite, gens de main-morte, ou de pôte & demi-serfs. Quant aux ter-

(1) Galand, *ibid. pag. 100.*

(2) Argentré, *sur la coutume de Bretagne, art, 277.* verb. *entre les metes de sa Seigneurie, n. 1.* Cambolas, *liv. 4, chap. 45,* Chopin, &c.

(3) Loiseau, *des Seigneuries, chap. 1, num. 54, 60 & suiv.*

BIU Cujas

res, les François victorieux les confisquerent toutes ; & attribuerent à l'Etat la Seigneurie publique & la privée, hors celles qu'ils retinrent au domaine du Prince ; ils distribuerent toutes les autres par climats ou territoires, aux principaux chefs & Capitaines de leur nation, *non jure optimo*, mais en fief, à la charge d'assister le Prince souverain en guerre, donnant à tel une province à titre de Duché, à tel un autre pays de frontiere à titre de Marquisat, à un autre, une Ville avec son territoire à titre de Comté, à d'autres des Châteaux ou Villages à titre de Chatellenie, Baronnie, ou simple Seigneurie, selon le mérite d'un chacun, & le nombre des soldats qu'il avoit sous lui, en retenant un droit sur la Seigneurie privée, qui n'avoit point été connu par les Romains, droit que nous avons appellé Seigneurie directe.

38. Mais ce système, dont l'invention est fort ingénieuse, ne s'accorde pas avec la vérité que l'histoire nous apprend ; il a été imaginé en partie sur des établissemens déja faits, & postérieurs de plusieurs siecles à la fondation de la Monarchie, en rapportant à cet ancien tems ce qui a été introduit insensiblement après l'institution des fiefs, qui ne précedent pas le siecle de Hugues Capet, ou tout au plus le regne de Charlemagne, comme nous l'avons prouvé. Pour réfuter le sentiment particulier de *Loiseau*, qui n'est fondé sur aucune autorité, nous n'avons pas besoin de suivre en détail les faits par lui avancés. Il suppose que les François se firent Seigneurs des personnes des Gaulois, ce qui n'est point vrai. Les Francs ne firent point de nouveaux esclaves dans les Gaules ; & s'ils eurent des esclaves, ce ne fut que parce qu'ils prirent une partie des biens & des esclaves des Romains & des Gaulois. Les mœurs des Francs, & la politique de Clovis qui se présentoit comme un libérateur des Gaulois de l'oppression des Romains, ce qui engagea les Gaulois à se soumettre volontairement à sa domination, sont des preuves indubitables que les Francs laisserent aux Gaulois la liberté dont ils jouissoient tandis qu'ils étoient sous la domination des Romains. On peut voir sur ce point ce qui a été remarqué par le judicieux Auteur du *nouvel abrégé chronologique de l'histoire de France*, *pag. 748 & suiv.* par rapport aux biens : nous avons suffisamment établi la fausseté du système de Loiseau, lorsque nous avons prouvé par

BIU Cujas

le témoignage des Hiſtoriens, de quelle maniere le partage des terres conquiſes fut fait, & que celles qui furent laiſſées aux anciens Gaulois, de même que celles qui furent adjugées aux François, leur demeurerent en pleine propriété, ſauf que les Gaulois furent aſſujettis aux tributs, dont les François furent exempts, ſelon l'opinion commune des Hiſtoriens. Ce qui renverſe totalement le ſyſtême de *Loiſeau* touchant la conceſſion des terres en fief à titre de Duché, Marquiſat, Comté, Chatellenie, Baronnie, & autres Seigneuries. D'autant mieux que, ſelon la remarque du P. Daniel (1), tous ces titres étoient inconnus en France durant le regne de Clovis, ſous lequel le partage fut fait. Du moins il eſt inconteſtable qu'on n'en connoiſſoit pas la plus grande partie.

39. Nous pouvons ajouter que ſelon l'idée de *Loiſeau*, toutes les terres des Gaules doivent avoir été diſtribuées à titre de fief d'abord après la conquête; en ſorte qu'il ne pouvoit pas y avoir des terres allodiales. Cependant une infinité de monumens anciens, & qui ſont poſtérieurs à la conquête & au partage des Gaules, font mention des Alleus, des propriétés, & des terres héréditaires, qui ne relevoient de perſonne, quant à la Seigneurie. La loi Salique, qui, au témoignage du P. *Daniel* (2), a été faite par Clovis, ou ſelon d'autres (3), par les enfans de Clovis, a un titre exprès *de allode*, qui eſt le ſoixante-deuxieme où la forme de ſuccéder à ces Alleus, ou biens propres & héréditaires, eſt réglée. Les formules de Marculphe, & des autres Ecrivains anciens, qui ſont néanmoins poſtérieurs au partage des terres, en font auſſi mention. Les paſſages en ſont rapportés par *Jérôme Bignon* (4). Il eſt donc inconteſtable qu'après la conquête & le partage des Gaules, il y avoit des Alleus, & par conſéquent, il eſt faux que toutes les terres euſſent été diſtribuées à titre de fief, comme *Loiſeau* le prétend.

40. Il eſt même remarquable, que dans les tems qui ont précédé l'établiſſement des fiefs, les bénéfices qui

(1) Daniel, *Hiſtoire de la milice Françoiſe*, *liv. 1*, *chap. 2*, *pag. 16*.

(2) Daniel, *Hiſtoire de la milice Françoiſe*.

(3) L'Abbé Dubos, *Hiſtoire critique de l'établiſſement de la Monarchie*, *liv. 6*, *chap. 2*.

(4) Bignon, *ſur Marculphe*, *liv. 1*, *chap. 12. apud Capitul. Baluſii*, *tom. 2*, *pag. 895*.

BIU Cujas

étoient les biens que *Loiſeau* a pris pour des fiefs ; n'étoient pas héréditaires ; les poſſeſſeurs ne les avoient que pour un tems, ou tout au plus pour en jouir pendant leur vie, comme nous l'avons prouvé : ils ne pouvoient ni les aliéner, ni en diſpoſer, ni les tranſmettre à leurs héritiers. Cependant on voit que dans ces tems les poſſeſſeurs des biens pouvoient les aliéner, vendre, échanger, engager, donner, & laiſſer à leurs héritiers ; cela paroît par les monumens, & les Auteurs anciens. Pour la preuve on n'a qu'à voir Marculphe, *lib.* 1, *cap.* 33, l'appendice, *cap.* 52, 54. Les Formules anciennes dont le P. Sirmond a procuré l'édition, *cap.* 4, 5, 6, 7, 8, & pluſieurs autres endroits. Il falloit donc qu'il y eût d'autres biens que ceux qui étoient poſſédés à titre de *bénéfice*, c'eſt-à-dire, qu'il y eût des Alleus, dont les poſſeſſeurs étoient pleins propriétaires, puiſqu'ils en diſpoſoient librement ; ce qui détruit l'opinion de *Loiſeau*.

Suite de la réfutation du ſyſtême de Loiſeau, & ſi les anciens Gaulois furent faits ſerfs ou demi-ſerfs, par la conquête des Gaules.

41. Il ne nous reſte donc qu'à faire voir, que les anciens Gaulois ne furent ni ſerfs, ni demi-ſerfs, ni gens de ſuite ou de pôte, & que la conquête ne donna d'autre atteinte à la liberté perſonnelle des Gaulois, que de les faire changer de domination, & de les aſſujettir à la ſouveraineté des François, au lieu qu'ils étoient ſous celle des Romains, ce qui achevera de ruiner les fondemens du faux ſyſtême de Loiſeau.

42. Il eſt vrai que les François, après la conquête des Gaules, n'admirent pas d'abord les Gaulois dans leurs armées, comme le remarquent le Pere Daniel (1) & Boulainvilliers : ce qui peut avoir induit ce dernier Auteur (2), de même que Loiſeau, à croire qu'ils avoient été aſſujettis à une eſpece de ſervitude ; mais ce ne fut que par un effet de leur politique, parce que, ſelon l'obſervation du même Boulainvilliers, il auroit été dangereux de leur mettre les armes à la main, & qu'il convenoit de ne pas leur donner occaſion de ſe révolter. Auſſi cela fut-il changé ſous le regne de Clotaire, fils de Clovis, dès que les Gaulois ſe furent mêlés par des alliances avec les François, & que le motif de l'excluſion ceſſa, comme nous le dirons bientôt.

(1) Daniel, *Hiſtoire de la milice Françoiſe*, *liv.* 1, *ch.* 2. Boulainvilliers, *Hiſtoire de l'ancien gouvernement*, *pag.* 46.

(2) *Diſſertation ſur la nobleſſe de France*, *p.* 38. Loiſeau, *ibid.*

BIU Cujas

43. Aucun Historien ne dit que la liberté eût été ôtée aux Gaulois. Nous avons au contraire des preuves positives, comme ils la conserverent dans le même état où ils étoient sous la domination des Romains, soit par le témoignage précis des (1) Auteurs, qui assurent que les François, en établissant leur Monarchie dans les Gaules, laisserent les choses comme ils les trouverent, chaque province conserva ses Officiers, ses libertés & ses coutumes ; soit par les faits qui sont rapportés dans les histoires, & par les Capitulaires, qui supposent l'ingénuité ou la liberté des Gaulois, sur-tout le partage auquel les Gaulois furent admis, comme nous l'avons prouvé ; car il n'est pas possible de se figurer, que si les François eussent ôté la liberté aux Gaulois, ils ne leur eussent en même-tems ôté tous leurs biens ; aussi Loiseau suppose-t-il la perte de la liberté, comme devant servir de fondement à la perte des biens des Gaulois. D'ailleurs le P. *Daniel* remarque, (2) que *depuis le partage, les Romains ayant été dans la suite entiérement exclus des Gaules, les François & les Gaulois ne firent plus ensemble qu'un Etat, & les uns & les autres devoient contribuer à le défendre.* Preuve certaine de l'ingénuité des Gaulois après la conquête.

44. La loi Salique (3), qui, comme nous l'avons dit, est postérieure à la conquête des Gaules, en fournit une preuve encore plus positive & plus certaine, au *titre 43, de homicidiis ingenuorum*, où il est parlé du meurtre de trois sortes de Gaulois, appellés Romains, parce qu'ils vivoient sous la loi Romaine, comme nous le dirons ailleurs, c'est-à-dire, des convives du Roi, des possesseurs des terres propres ou allodiales, & des possesseurs des terres tributaires. Ils étoient tous libres ou ingénus, comme le porte le titre, & la peine du meurtrier est fixée, comme s'agissant de l'homicide des hommes ingénus. Nous pouvons de plus ajouter les autres autorités qui sont

(1) L'Abbé Dubos, *Histoire critique de l'établissement de la Monarchie Françoise, liv. 6, chap. 8.* Renusson, *traité des propres, chap. 5, sect. 4, num. 8.* Froland, *Mémoires touchant le Senatus-consulte Velleien, part. 1, ch. 4, num. 5, 6, pag. 40, 41. Nouvel abregé chronologique de l'histoire de France, pag. 728, 729.*

(2) Daniel, *Histoire de la milice Françoise, liv. 1, ch. 2.* voyez Froland, *ibid.*

(3) *Lex Salica, rit. 43. cap. 6, 7 & 8, apud Capitul. Baluzii, tom. 1, pag. 309, 310.*

BIU Cujas

rapportées par M. l'Abbé Dubos (1), qui prouvent non-seulement que les Gaulois avoient conservé leur liberté, mais encore qu'ils parvenoient aux emplois les plus importans de la Monarchie.

45. Ce qui peut encore avoir induit *Loiseau* & *Boulainvilliers* à croire que les Gaulois avoient été assujettis à une espece de servitude, c'est que ces Auteurs avoient vu des vestiges de cette servitude, dans les gens de suite, de pôte, ou de main-morte, dont plusieurs coutumes parlent: mais cet argument ne conclud rien contre l'ingénuité des Gaulois après la conquête; car il faut savoir que les Romains & les Gaulois possédoient dans les Gaules, des terres où ils tenoient des esclaves pour les cultiver (2). Ces esclaves étoient appellés *censiti seu adscriptitii*, ou *coloni seu glebæ addicti*, comme le remarque *Loiseau*. Lors donc, que les François firent le partage des terres des Gaules, ils prirent celles des Romains, comme l'ont pensé certains Auteurs dont nous avons parlé, & les deux tiers de celles des Gaulois, & y trouvant ces esclaves, ils s'en attribuerent la propriété, laissant aux Gaulois le tiers de ces terres, avec les esclaves qui y étoient, comme auparavant (3). C'est à ces esclaves qui demeurerent aux Gaulois, ou qui passerent en la propriété des François, & qui reçurent dans la suite un affranchissement imparfait, avec réservation de certaines corvées, & du droit de succession, comme le remarque Bodin (4), qu'on doit rapporter l'origine des mains-mortes (5), & des gens de suite ou de pôte, dont les coutumes & les anciens monumens font mention, & non aux Gaulois, qui conserverent leur ingénuité avec une portion de leurs biens en pleine propriété. On peut voir dans les Auteurs coutumiers (6), plusieurs autres causes qui ont donné lieu à l'origine des mains-mortes.

---

(1) L'Abbé Dubos, *Histoire de l'établissement de la Monarchie Françoise*, *liv. 6*, *chap. 10.*

(2) Coquille, *sur la coutume de Nivernois*, *titre des servitudes personnelles.* Loiseau, *des Seigneuries*, *chap. 1*, *num. 55.*

(3) *Voyez* Coquille, *sur la coutume de Nivernois*, *chap. 8.* Auroux des Pommiers, *sur celle de Bourbonnois*, *tit. 18.* Dunod, *traité de la main-morte*, *chap. 1*, & *traité des prescriptions*, *part. 3*, *chap. 10.*

(4) Bodin, *de la République*, *liv. 1*, *chap. 5.*

(5) Dunod, *ibid.*

(6) *Voyez* Coquille, *sur la coutume de Nivernois*, *tit. des servitudes personnelles.* Chassanée & Taisand, *sur celle de Bourgogne.* Dunod, *dictis locis.*

BIU Cujas

46. On ne peut point douter de cette vérité, si l'on fait attention à ce que Fauchet (1) dit après Procope, *que les Gentilshommes Romains, que l'on appelloit Sénateurs, & autres Gaulois, trouverent les François tant courtois, que ſans être contraints de changer d'habillemens, loix ou police, ils les ſouffrirent vivre en leurs biens, & les employerent aux offices, tant de Judicature que de Guerre.* Ce qui eſt bien clairement incompatible avec la prétendue ſervitude imaginée par *Loiſeau*. Que ſi les Gaulois avoient été des ſerfs *adſcripti glebæ*, les François auſſi jaloux de leur honneur, que de leur liberté, n'auroient eu garde de mêler ces eſclaves parmi leurs troupes, en les admettant au ſervice dans leurs armées; car c'étoit une police reçue des Romains, & de toutes les nations, de ne pas permettre que les eſclaves portaſſent les armes, comme il paroît par la *loi* 11, *ff. de re militari*, & que *Bodin* (2) nous l'apprend. Ils ſe ſeroient encore bien mieux gardés de contracter des alliances avec eux, ſoit en prenant leurs filles, ou en donnant en mariage aux Gaulois, des filles Françoiſes; cependant il eſt certain que l'un & l'autre ſe pratiqua ſous le regne de Clotaire I, ſucceſſeur immédiat du Roi Clovis ſon pere, comme le témoigne le Pere *Daniel* (3) après Grégoire de Tours & les autres Hiſtoriens; & cet Auteur remarque, que *les Gaulois étoient reçus dans les troupes auſſi-bien que les François & les autres nations ſoumiſes à l'Empire François; que les François & les Gaulois s'étoient alliés enſemble par les mariages, & qu'ils ne ſe regardoient plus comme des vaincus & des vainqueurs, mais comme un même peuple réuni ſous un même Souverain.*

47. Bien plus, ajoute le même (4) Auteur, *nous voyons par Grégoire de Tours, que dès-lors les Seigneurs Gaulois commandoient les armées Françoiſes; on reconnoiſſoit ces Seigneurs à leurs noms, qui ne ſont pas des noms François, &c.* Se pourroit-il donc qu'on eût confié le commandement des armées à des eſclaves attachés aux fonds pour les cultiver? C'eſt ce qui choque la raiſon.

48. Nous voyons encore par une conſtitution de

(1) Fauchet, *antiquités Françoiſes, liv. 2, ch. 16.*

(2) Bodin, *de la République, liv. 1, chap. 5.*

(3) Daniel, *Hiſtoire de la milice Françoiſe, liv. 1, chap. 2, pag. 11. Voyez* l'Abbé Dubos, *Hiſtoire critique de l'établiſſement de la Monarchie Françoiſe, liv. 6, chap. 10.*

(4) Daniel, *ibid. p. 12.*

BIU Cujas

Clotaire I, de l'an 560 (1) que les Gaulois qui étoient appellés Romains (2), (& qui étoient en effet citoyens Romains depuis la conſtitution de l'Empereur Antonin, mentionnée dans la loi 17, *ff. de ſtatu hominum*, qui avoit accordé cet avantage à tous les ſujets de l'Empire Romain qui étoient ingénus ou libres), avoient été conſervés dans l'uſage de la loi Romaine, *inter Romanos negotia cauſarum Romanis legibus præcipimus terminari.* Ce qui eſt une preuve certaine de leur liberté, & de leur ingénuité, paree que les eſclaves n'ayant aucune participation au droit civil, & étant regardés comme morts civilement, *liv. 209, ff. de reg. Juris*, il n'eſt pas poſſible de ſe figurer, qu'on eût laiſſé aux Gaulois, l'uſage de leurs loix, ſi on leur avoit ôté la liberté, & qu'on les eût réduits en ſervitude.

49. Nous trouvons une raiſon non moins déciſive de l'ingénuité des Gaulois, dans leur origine, & dans la maniere dont les Auteurs rapportent que la conquête des Gaules a été faite. Les Gaulois étoient venus de la Germanie, comme l'aſſure *Mezeray* (3), & les Francs avoient auſſi la même origine, c'eſt ce qui a fait dire à *Chantereau le Fevre* (4) que les Francs & les Gaulois étoient freres, comme venus de la même patrie. Le même Auteur obſerve que la Gaule peut être conſidérée comme un pays de conquête, & comme ayant été perpétuellement poſſédée par ſes naturels habitans. Comme pays de conquête, par rapport aux Romains qui en furent chaſſés, & dépouillés de leurs biens. Comme pays poſſédé par ſes habitans naturels, en ce que les François laiſſerent aux Gaulois les terres dont ils étoient en poſſeſſion dans le même état où elles étoient de toute ancienneté, lorſque les François paſſerent le Rhin, ſoit pour trouver de nouvelles habitations, ſoit pour délivrer les Gaulois leurs freres de l'aſſujettiſſement aux Romains, qui avoient du tems de Jules-Céſar, réduit la Gaule en forme de province (5), ils trouverent ſi peu de réſiſtance de la part des Gaulois, dont une partie s'étoit jointe à eux, qu'il y a lieu de croire, dit le

(1) *Capitul. Baluſii, n. 1, pag. 7.*
(2) Paſquier, *Recherches, liv. 8, chap. 1, de l'édition de 1643.* Jourdan, *Hiſtoire de France, liv. 21, tom. 3. pag. 97.*
(3) Mezeray, *Hiſtoire de France avant Clovis, liv. 1, num 1.*
(4) Chantereau le Fevre *de l'origine des fiefs, ch. 7, liv. 1.*
(5) *Voyez* l'Abbé Dubos, *Hiſtoire critique de l'établiſſement de la Monarchie Franç, liv. 6, chap. 8.*

BIU Cujas

même Auteur, que cette entrepriſe n'avoit pas été faite ſans leur participation. Quelle apparence y a-t-il donc que les François euſſent aſſujetti à la ſervitude, des peuples originaires du même pays qu'eux, qui étoient pour ainſi dire leurs freres, & qui ayant concouru avec les François à la conquête des Gaules, bien loin de mériter une peine telle que la perte de la liberté, étoient dignes d'une récompenſe. Auſſi pluſieurs Auteurs, & entr'autres (1), *Chantereau le Fevre* & *Boulainvilliers* ont-ils prétendu que les François ne s'emparerent que des terres qui étoient poſſédées par les Romains qu'ils chaſſerent, ou qu'ils laiſſerent même dans les Gaules en poſſeſſion de leurs biens, ſelon le nouveau ſyſtême de (2) M. l'Abbé Dubos, qui prétend que ce fut, non par voie de conquête que Clovis s'empara des Gaules, mais comme Officier de l'Empire Romain, & qu'il ne s'appropria que ce qui étoit du domaine des Empereurs; après quoi il eſt facile de s'appercevoir que le ſyſtême de *Loiſeau* touchant l'origine des fiefs, & l'établiſſement de la féodalité univerſelle, n'eſt pas mieux fondé que la prétention de *Galand*, ennemi irréconciliable du Franc-Alleu naturel.

Que les bénéfices & fiefs ſont des choſes différentes.

50. On dira peut-être que les bénéfices & les fiefs ne ſont qu'une même choſe, ſous deux noms différens, que les terres concedées conſerverent le nom de bénéfice, tandis qu'elles ne furent poſſédées qu'à vie, & qu'elles furent appellées fiefs, lorſque l'hérédité en fut établie: que s'il en étoit autrement, d'où vient que le Roi a été conſidéré comme Seigneur Féodal du Duché de Guienne, du Comté de Toulouſe, & des autres Provinces, tandis que les Ducs & les Comtes les poſſédoient en propriété héréditaire? Car les Hiſtoriens nous apprennent que les Ducs & les Comtes reconnurent le Roi comme Seigneur, & lui prêterent la foi & l'hommage comme vaſſaux de la couronne.

51. Mais il eſt facile de répondre à ces objections; premiérement, les fiefs n'ont pas ſuccédé aux bénéfices pour être ſimplement devenus héréditaires, & pour avoir par-là changé de nom. Les bénéfices ont

(1) Chantereau le Fevre *ibid.* Boulainvilliers, *Diſſertation ſur la nobleſſe de France, pag. 58, 59, 60.*

(2) L'Abbé Dubos, *Hiſtoire critique de l'établiſſement de la Monarchie Françoiſe.*

BIU Cujas

toujours été d'une nature différente des fiefs, comme le prouve fort bien (1) *Chantereau le Fevre*. Nous avons observé après plusieurs Auteurs, que les fiefs avoient causé la destruction des bénéfices, en ce que ceux qui les possédoient s'en étant attribué la propriété, cela fit perdre aux bénéfices, qui n'étoient qu'à tems ou à vie, leur véritable nature, & même leur nom; qu'ensuite les usurpateurs baillerent ces terres par une nouvelle espece de concession, c'est-à-dire, à titre de fief, qui transféroit une propriété héréditaire en réservant au Seigneur le domaine direct, la foi, l'hommage, & les autres droits féodaux : à quoi ils furent induits, non-seulement pour avoir un secours assuré, afin de se maintenir dans les usurpations qu'ils avoient faites, comme les Auteurs l'ont pensé; mais encore, à notre avis, afin qu'une concession sous le même titre de bénéfice ne renouvellât pas tous les jours l'idée des usurpations des Seigneurs. Mais à la place des bénéfices, ils substituerent les fiefs, qui, quoique d'une nature différente, & même opposée, ne laissoient pas de leur produire de plus grands avantages, sans laisser des traces de leurs usurpations; parce que les fiefs attachoient les vassaux à leurs Seigneurs d'une maniere plus intime que n'avoient fait les bénéfices, à cause de l'assurance que les vassaux avoient de transmettre les fiefs à leur postérité, ce qui les rendoit encore plus soumis, & plus exacts à obéir à leurs Seigneurs Féodaux.

Voyez sup. num. 34.

52. En second lieu (2), lorsque les Ducs, les Comtes, & les autres grands Seigneurs eurent usurpé les terres qu'ils n'avoient qu'à titre de gouvernement, ils se firent confirmer dans la propriété par *Hugues Capet*, quand il fut parvenu à la couronne, avec néanmoins cet adoucissement, que ces Seigneurs tiendroient du Roi leurs terres sous la foi, l'hommage, les services, & autres choses, qui sont une suite du droit féodal, comme l'a fort bien remarqué le P. *Daniel* (3), qui observe encore, que le droit féodal fut proprement établi en ce tems-là.

---

(1) Chantereau le Fevre, *de l'origine des fiefs, liv. 1. chap. 3.*

(2) Auteserre, *de Ducibus & Comit. provinc. lib. 1, cap. 5*; du Haillan, *vie de Hugues Capet, pag. 329, 330.* Dupleix, *en la vie du même, tom. 2, pag. 10.* Loiseau, *des Seigneuries, chap. 5, num. 37, 38 & seq.* Beleforêt, *vie de Hugues Capet, liv. 3. ch. 2.*

(3) Daniel, *Histoire de la milice Françoise, liv. 3, chap. 1.*

BIU Cujas

53. Il eſt vrai que Mezeray (1) a révoqué en doute la confirmation faite par *Hugues Capet*, en faveur des Seigneurs. Mais pluſieurs autres (2) en aſſurent la vérité, & toute la ſuite de l'hiſtoire la ſuppoſe (3); cependant il faut prendre garde que les Seigneurs n'uſurperent pas les biens poſſédés par les particuliers. Au contraire, ayant un intérêt ſenſible à les ménager, ils leur firent part, à titre de fief, des biens uſurpés, afin que par leur ſecours ils puſſent ſe maintenir dans leur uſurpation, comme nous l'avons dit. *Voyez ſup. num.* 34.

54. Ils uſurperent ſeulement (4) les droits régaliens, & les domaines du Prince ou de la couronne, qui conſiſtoient, comme nous l'apprenons des Hiſtoriens, entr'autres choſes, 1°. aux tributs que les peuples payoient au Roi à raiſon de ſa ſouveraineté, 2°. en la juſtice, 3°. aux terres que le Roi poſſédoit en propre, 4°. aux bénéfices. Nous n'y comprenons pas les droits de péage, & de battre monnoie, parce que l'uſurpation en eſt poſtérieure. Ainſi on ne peut pas dire que ces uſurpations aient établi la Seigneurie féodale univerſelle. Ce qui eſt ſi vrai, que depuis l'époque des uſurpations, il eſt fait mention des Alleus dans les monumens anciens: delà vient que quand les Duchés, Comtés, & autres grandes Seigneuries ont été réunies à la couronne, le Roi ne peut avoir

---

(1) Mezeray, *abrégé chronologique, vie de Hugues Capet, tom. 2, pag. 460.*

(2) Du Haillan, Dupleix, Belleforêt, Auteſerre, *ibid.* Jean de Serres, *vie de Hugues Capet, pag. 89, de l'édition de 1618.* Ce dernier Hiſtorien dit en propres termes, *la condition fut de leur laiſſer, (aux grands) en héritage, tout ce qu'ils avoient de la couronne en titre d'office, à la charge qu'ils la reconnuſſent, & lui pour Roi legitime; ainſi fut fait l'accord des Seigneurs de France avec Hugues Capet.* Cependant la nouvelle hiſtoire générale de Languedoc, *tom. 2, liv. 12, num. 57, pag. 88*, remarque que la puiſſance des premiers Rois de la troiſieme race ne fut preſque point reconnue dans la province de Languedoc, juſqu'au regne de Louis le Jeune. Sainte-Marthe, *Hiſtoire généalogique de la maiſon de France, tom. 1., vie de Hugues Capet, pag. 438*, dit que le Roi ne ſe reſerva que l'hommage.

(3) Les Provinces & les grandes Seigneuries diſtraites & démembrées de la couronne, y ont été réunies dans la ſuite des tems, au moyen des alliances par mariage, & en diverſes autres occurrences. Sainte Marthe, *Hiſtoire généalogique de la maiſon de France, liv. 12, en la vie de Hugues Capet, p. 438, tom. 1.*

(4) Auteſerre, *de Ducibus & Comit. provincialibus*, qui fait une énumération exacte des droits uſurpés par les Ducs & les Comtes.

BIU Cujas

acquis d'autre droit, que celui qui appartenoit aux Seigneurs, lesquels n'en avoient aucun sur les biens propres des particuliers.

CHAPITRE V.

Examen de la troisieme Source.

Si la Seigneurie Féodale Universelle étoit établie en France, lorsqu'elle étoit possédée par les Romains, & par les Visigots, pour la partie dont ils étoient les maîtres, & notamment pour la Guienne.

55. LE Franc-Alleu n'étant autre chose que la liberté naturelle & primitive, de posséder les terres franches de tous droits, & devoirs féodaux & seigneuriaux, avec pleine propriété, sans relever de personne (1), pour savoir si les terres situées dans le Royaume, & notamment en Guienne, ont perdu cette liberté originaire, il convient de discuter la question par rapport aux différentes révolutions qui sont arrivées dans cette province, qu'on peut fixer à huit époques différentes. La premiere, sous la domination des Romains; la deuxieme, sous celle des Gots Occidentaux appellés Visigots; la troisieme, sous celle des François par la conquête de Clovis, premier Roi de France Chrétien, & tandis que cette province fut gouvernée par des Ducs & des Comtes, sous l'autorité de nos Rois; la quatrieme, depuis qu'elle fut érigée en Royaume par le Roi Dagobert I, en faveur d'Aribert, ou Charibert son frere; la cinquieme, par rapport à son état, après qu'elle fut réunie à la couronne par Pepin le Bref & Charlemagne, & qu'elle fut de nouveau érigée en Royaume par le même Charlemagne, en faveur de Louis le Débonnaire son fils; la sixieme, par la nouvelle réunion à la couronne du tems de Charles le Chauve; la septieme, sous les Ducs héréditaires, jusqu'à l'année 1152, que Eléonore de

(1) *Voyez* l'article 102 de la coutume de Normandie, *Benedicti verb. & uxorem, decis.* 2. Dumoulin, *sur la coutume de Paris*, §. 68. Cujas & les Féodistes, *coutume de Vermandois, art.* 133; *coutume de Rheims, art.* 139, & 161. Buridan, Boucheul, *sur la coutume de Poitou, art.* 52, *num.* 5. & *suiv. coutume d'Orléans, art.* 255 & 161. Lalande, Boulainvilliers, *état de la France, tom.* 6, *pag.* 350. *Mémoires de M. de Basville, pag.* 139.

BIU Cujas

Guienne la porta au Roi d'Angleterre par son mariage ; enfin la huitieme, sous la domination des Anglois ; & cette époque peut encore être divisée en deux tems, dont le premier s'étend jusqu'au regne de saint Louis, & le deuxieme, jusqu'à l'année 1451 que la Guienne fut réunie pour toujours à la couronne de France.

56. Pour réduire en forme l'argument que nous prétendons tirer de cette discussion, nous disons que la maxime, *nulle terre sans Seigneur*, doit être reçue, dans le cas qu'il se trouve quelque loi, ou traité, ou révolution, qui ait détruit généralement le Franc-Alleu, & qui n'ait laissé aucune terre dans sa liberté naturelle ; parce que les Seigneurs seroient fondés en droit général, & par conséquent la présomption seroit pour eux ; mais il en doit être tout autrement si la dérogation au Franc-Alleu n'est pas générale ; parce que des dérogations particulieres ne peuvent pas former un droit commun & universel ; & que la liberté subsistant dans les héritages qui n'ont pas été assujettis aux fiefs, & aux droits Seigneuriaux, la présomption seroit pour les possesseurs. Or il n'y a ni loi, ni traité, ni révolution, qui ait dérogé généralement au Franc-Alleu dans les pays du droit écrit, dont la Guienne fait partie, & les histoires font foi au contraire, que la liberté naturelle s'y est conservée dans les héritages, dont l'assujettissement n'est pas prouvé par titres. Donc la maxime, *nulle terre sans Seigneur*, ne doit pas y être reçue pour le fief, & les droits Seigneuriaux ; mais seulement pour la justice, la juridiction, & la puissance publique. Il suffira de nous fixer aux deux premieres époques pour la discussion de la troisieme source que nous examinons.

SECTION I.

Premiere époque de la domination des Romains dans les Gaules & dans l'Aquitaine.

57. APRÉS que (1) Jules-César eut fait la conquête des Gaules, il les divisa en trois parties, dont l'une, appellée Aquitanique, comprenoit tout le pays entre la Garonne, les monts Pyrénées, & la mer

(1) Auteserre, *rerum Aquitan. lib. 1, cap. 1.* Louvet, *Histoire de Guienne, ch. 1. Histoire générale du Languedoc, liv. 1.*

BIU Cujas

Océane, où elle avoisine la Biscaie & l'Espagne.

58. Auguste (1), son successeur à l'Empire, ayant fait une nouvelle division des Gaules en quatre Provinces, agrandit l'Aquitaine de quatorze peuples, qui habitoient entre la Garonne & la Loire, par un démembrement de la Gaule Celtique ou Lyonnoise. Du nombre de ces peuples furent ceux du Velay, du Gevaudan, & de l'Albigeois, renfermés aujourd'hui dans le Languedoc.

59. Les Historiens (2) conviennent que l'Aquitaine, selon les bornes que l'Empereur Auguste lui avoit données, fut divisée en trois provinces, qui furent appellées premiere & seconde Aquitaine, & Novempopulanie, quoiqu'ils ne conviennent pas du tems de cette division.

60. Sous (3) la premiere Aquitaine, dont Bourges étoit la métropole ou capitale, étoient compris les villes de Bourges, Clermont, Rhodès, Alby, Cahors, Limoges, Mende, & le Puy, avec tout le pays indépendant, qui avoit son étendue le long des Cevennes, depuis la source de la riviere du Tarn, jusqu'à son embouchure dans la Garonne, & de-là par une ligne recourbée jusqu'à la Loire.

61. La seconde (4) Aquitaine, qui avoit pour métropole la ville de Bordeaux, embrassoit toute l'Aquitaine, selon la division que Jules-César avoit faite des Gaules, & de plus six autres cités des quatorze peuples restans d'entre la Garonne & la Loire. Ces cités sont Bordeaux, Agen, Angoulême, Saintes, Poitiers, & Périgueux.

62. Du tems de l'Empereur Probus, ou du moins sous Dioclétien, fut faite l'érection (5) de la troisieme Aquitaine, sous le nom de Novempopulanie, par un démembrement de neuf peuples, qui dépendoient de la seconde Aquitaine, & qui étoient entre la Garonne, & les Pyrénées, dont Euse fut déclarée la métropole. Ces neuf peuples sont ceux d'Auch &

(1) Auteserre, *ibid*, & *cap.* 2. Louvet, *ibid. Histoire générale du Languedoc, liv.* 2. *num.* 80.

(2) *Histoire générale de Languedoc, liv.* 3, *n.* 69. Auteserre, *rerum Aquitan. lib.* 1. *cap.* 3.

(3) Auteserre, *ibid. cap.* 4. & *seq.* Louvet, *Histoire de Guienne, chap.* 1. *Histoire générale de Languedoc, liv.* 3. *num.* 69.

(4) Louvet, *ibid.* Auteserre, *ibid. cap.* 11, *ad cap.* 16.

(5) *Histoire générale de Languedoc, tom.* 1, *not.* 33. *n.* 11. Auteserre, *rerum Aquitan. lib.* 1, *cap.* 16, *ad cap.* 19. Louvet, *Histoire de Guienne, chap.* 1.

BIU Cujas

de Lectoure unis, d'Acqs, de Comminges, de Couzerans, de Bayonne, de Béarn & d'Oléron unis, de Baſas, de Tarbes, d'Euſe, & Aire unis.

SECTION II.

Deuxieme Epoque de la domination des Goths.

63. CEs trois provinces (1), avec les autres Gaules, furent poſſédées par les Empereurs Romains juſqu'en 419, que l'Empereur *Honorius*, par un traité fait entre le Patrice Conſtance, ſon Lieutenant, & Wallia, Roi des Viſigots (2) céda à celui-ci le Toulouſain, le Bordelois, le Périgord, la Saintonge, l'Aunis, l'Angoumois, & le Poitou : tout le reſte de la Narbonnoiſe premiere & de l'Aquitaine demeura ſous l'obéiſſance des Romains. La ville de Toulouſe devint alors la Capitale du Royaume des Viſigots.

64. Mais (3) il faut remarquer avec les nouveaux Hiſtoriens du Languedoc, que les Viſigots maintinrent les anciens peuples dans leurs uſages, & en particulier du droit Romain.

65. Sous le regne (4) de l'Empereur Nepos, en l'année 475, Eurie, Roi des Viſigots, acquit par un traité de paix conclu avec l'Empereur, & par une ceſſion volontaire, la Narbonnoiſe premiere, les trois Aquitaines, & en particulier l'Auvergne, dont il demeura paiſible poſſeſſeur; en ſorte que ſes Etats dans les Gaules eurent pour bornes la Loire, le Rhône, la mer Méditerrannée, les Pyrénées, & l'Océan.

66. L'uſage des loix Romaines (5) ſubſiſtoit parmi les anciens habitans des provinces de l'Empire, quoiqu'elles euſſent été ſoumiſes à divers peuples barbares; & le code Théodoſien depuis la promulgation

(1) *Hiſtoire générale du Languedoc, liv. 4, num. 30. Voyez* Auteſerre, *rerum Aquit. lib. 5. cap. 2.*

[2] Les Viſigots ſont appellés Gots par pluſieurs Hiſtoriens : mais pour ne pas équivoquer ſur ce nom, il faut remarquer avec du Haillan, *Hiſt. de France, p.* 19. que ceux qui habitoient les Gaules étoient appellés Viſigots, nom qui ſignifie Gots Occidentaux, à la différence de ceux qui étoient en Italie, qui furent nommés Oſtrogots, c'eſt-à-dire, Gots Orientaux.

[3] *Hiſtoire générale de Languedoc, liv. 4. n. 29.*

(4) *Hiſtoire générale de Languedoc, liv. 4, n. 110*, Auteſerre, *rerum Aquit. lib. 5. cap. 16.*

(5) *Hiſtoire générale de Languedoc, liv. 5, n. 28*, Auteſerre, *rerum Aquit. lib. 3, cap. 7 & 8.*

BIU Cujas

qui en avoit été faite en Occident (1) sous l'Empire de Valentinien III, faisoit le fonds de toute la jurisprudence de ces anciens habitans, qu'on appelloit Romains, pour les distinguer des nouveaux, ou des barbares.

67. Mais (2) dans le partage des biens, les deux tiers furent cedés aux Visigots, & le tiers restant demeura aux anciens habitans, ainsi que l'assurent les Historiens, & que le prouve la loi des Visigots. Ainsi Auteserre (3) se trompe quand il dit que les anciens habitans ne cederent aux Visigots que le tiers de leurs terres. Mais dans le partage qui fut fait entre les Visigots (4) & leur Roi, une partie des terres échut au lot du Roi, & ce furent ces terres qui composerent les domaines des Ducs héréditaires d'Aquitaine, & ensuite de nos Rois, qui faisoient valoir ces biens par des serfs fiscalins, ou les donnerent en fief à leurs vassaux, quand l'usage en fut introduit.

68. Les Provinces (5) des Gaules en particulier, qui avoient été cédées aux Visigots, s'étoient maintenues d'autant plus aisément dans l'usage du droit Romain, que, suivant la cession qui leur en avoit été faite, ces peuples n'avoient pas obtenu d'abord la domination absolue de ces provinces : ainsi dans les Etats des Rois des Visigots, il y avoit deux sortes de sujets, qui se gouvernoient par deux loix différentes. Les anciens habitans du pays qui suivoient la loi Romaine, & les Visigots qui avoient leurs loix particulieres (6), que leur Roi Euric, par les soins de Léon son premier Ministre, avoit rédigées en 475, & qui furent perfectionnées par les Rois successeurs d'Euric, & mises dans l'état où nous les voyons dans le livre intitulé, *Codex legum antiquarum* ; leurs possessions étoient aussi distinctes, & avoient des noms dif-

---

(1) Jacques Godefroy, *in Prolog. cod. Theod. c. 7. & 8.*

[2] Daniel, *Histoire de France, vie de Clovis. Histoire générale de Languedoc, liv. 7. num. 92. Lex Visigothorum, lib. 10, tit. 8.*

[3] Auteserre, *rerum Aquitan. lib. 5, cap. 10, & de origine Feud. cap. 1.*

(4) *Histoire générale de Languedoc, liv. 10, num. 122.*

(5) *Histoire générale de Languedoc, liv. 5, n. 28.*

(6) *Histoire générale de Languedoc, liv. 5, num. 2. V. ibid. tom. 1, pag. 240, 242, 320, 342, 343, 415, 416, 505, 519, 551, 564, 579, 583.*

BIU Cujas

férens. (1) Celles qui étoient demeurées aux Romains étoient appellées *sortes Romanæ*, & celles des Gots *sortes Gothicæ*, comme le remarque *Basnage*, sur l'article 102 de la coutume de Normandie, & ces possessions n'étoient sujettes qu'à la prescription de 50 ans, suivant la *loi des Visigots*, *liv.* 10, *tit.* 2. *loi* 1.

69. Voilà les faits nécessaires pour connoître si les différens pays conquis ou possédés par les Romains & les Visigots avoient perdu ou conservé leur liberté naturelle & primitive, dans les deux premieres époques, c'est-à-dire, quand ils passerent sous la domination des Romains, & ensuite sous celle des Visigots, ou Gots Occidentaux. Examinons présentement en particulier chacune de ces époques.

(1) Basnage, *sur l'art.* 102, *de la coutume de Normandie*, *tom.* 1, *pag.* 174 *de la premiere édition. Supplément aux essais sur la noblesse de France*, verb. *Alleu*, *pag.* 4.

SECTION III.

Si la Guienne & le Languedoc étoient Juris Italici, *& & s'ils jouissoient de l'exemption des tributs; si la distinction du Domaine direct d'avec l'utile étoit connue des Romains.*

70. LES Auteurs ne sont pas d'accord si l'Aquitaine & le Languedoc étoient *Juris Italici*, (1), c'est-à-dire, exempts des tributs, comme l'Italie, tandis que ces provinces étoient possédées par les Romains. (2) *Benedicti* & *Dominici* ont soutenu l'affirmative (3); *Cazeneuve* & *Auteserre* ont prétendu que ces provinces étoient tributaires des Romains; mais, outre que M. de Basville, dans ses mémoires, *pag.* 154, soutient la premiere opinion, & attribue à cette exemption des tributs, l'origine des états de la province de Languedoc, d'ailleurs cette discussion est indifférente. Car que ces provinces fussent sujettes aux tributs, ou qu'elles en fussent exemptes, on ne peut tirer aucun argument, ni pour, ni contre le Franc-Alleu, & les

(1) Du droit Italique, *Voyez* Boissieu, *de l'usage des fiefs*, *chap.* 52.

(2) Benedicti, *ad cap. Raynutius*, verb. *& uxorem*, *decis.* 2, *num.* 227. Dominici, *de Prærogat. Allod. cap.* 2 *&* 3.

(3) Cazeneuve, *du Franc-Alleu*, *liv.* 1, *chap.* 1, *num.* 5. Auteserre, *rerum Aquit. lib.* 3. *cap.* 1 *&* 3.

BIU Cujas

Auteurs qui ont fait dépendre le Franc-Alleu de ce point de fait, me paroiſſent n'avoir pas bien raiſonné : parce que ces tributs n'ont jamais eu rien de commun avec les fiefs, ni avec la diſtinction du domaine utile avec le direct, qui eſt une ſuite du fief, & l'oppoſé du Franc-Alleu : diſtinction qui n'a été introduite que lors de l'établiſſement des fiefs inconnus aux Romains, & qui ſe ſont formés long-tems après que les Romains ont ceſſé de dominer ſur les Gaules, même pluſieurs ſiecles après l'établiſſement de la Monarchie Françoiſe, comme il a été prouvé ci-devant ; & l'on voit encore aujourd'hui & depuis que l'on a introduit la diſtinction de l'Alleu noble d'avec le roturier, que les terres poſſédées en Franc-Alleu roturier dans le Languedoc, & dans les autres pays, où le Franc-Alleu naturel n'eſt pas conteſté, ne laiſſent pas (1) de payer les tailles & autres impoſitions réelles, ſans que l'Alleu ait ſouffert aucune atteinte, parce que le Prince a droit de les exiger à raiſon de ſouveraineté, & non à raiſon de quelque propriété qu'il ait ſur les biens qui y ſont ſujets (2) ; & quoique les poſſeſſions qui furent laiſſées aux anciens Gaulois après la conquête fuſſent aſſujetties aux tributs, ſelon l'opinion de certains Auteurs, toutefois elles étoient franches de droits féodaux, qui étoient alors inconnus, & ils les poſſédoient en pleine propriété, comme nous l'avons montré ; ce qui prouve manifeſtement que l'aſſujettiſſement aux tributs ne peut rien conclure contre le Franc-Alleu.

71. Mais pour bien entendre ceci, il faut remarquer avec *Loiſeau* (3) & *Bodin*, que les Romains ne reconnoiſſoient que deux ſortes de Seigneuries, l'une publique, l'autre privée. La Seigneurie publique conſiſtoit en la ſupériorité & l'autorité, elle étoit appellée par les Latins, *imperium*, *poteſtas*, *dominatio* ; en l'appliquant ſelon nos mœurs, c'eſt la ſouveraineté qui appartient au Monarque.

72. La Seigneurie privée (4) étoit la vraie pro-

(1) Ranchin, *ſur la queſt. 112. de Guy Pape.*

(2) Cazeneuve, *du Franc-Alleu, liv. 2, chap. 13, num. 8.* Baſnage, *ſur l'article 102, de la coutume de Normandie, pag. 170 de la premiere édition.* Dominici, *de Prærog. Allod. cap. 22, num. 4, 9.*

(3) Loiſeau, *des Seigneuries, chap. 1, n. 26, 27 & ſeq.* Bodin, *de la République, liv. 2. ch. 2.*

(4) Loiſeau, ibid. *n. 28, & ſeq.*

BIU Cujas

priété, celle-ci étoit une, & n'étoit point divisée en directe & utile, comme elle l'est en France par notre usage. Les Romains possédoient leurs biens assujettis à la vérité, à la puissance publique, mais ils avoient la pleine propriété sans division, ni partage; ils tenoient même pour maxime indubitable que *duo non possunt esse domini in solidum ejusdem rei*, ce qui est établi sur plusieurs textes (1) du droit Romain.

73. Cependant *Henris* (2), qui prétend que tous nos usages sont fondés sur le droit Romain, & qui a cru qu'il n'est presque point de matiere qui ne puisse être traitée & décidée par ce droit, a pensé que la distinction du domaine direct avec l'utile, qui est en usage parmi nous, prend sa source dans le droit Romain; & pour le prouver, il rapporte plusieurs loix, & argumens, qui n'ont pourtant aucun fondement, comme il paroîtra par la discussion que nous en ferons: mais auparavant il convient de bien établir notre proposition.

74. Le point décisif de cette difficulté consiste à connoître plusieurs choses qui étoient usitées parmi les Romains, & quelle est leur véritable nature, savoir, *superficies*, *vectigal*, *emphyteusis*, *census*, *tributum*, *stipendium*, que les Docteurs ont cru renfermer une distinction du Domaine utile avec le direct; que celui-ci demeuroit au pouvoir du bailleur, & celui-là étoit transféré au preneur. Dans le cas du bail appellé *superficies*, aucune propriété n'étoit transférée au preneur; la preuve en est claire dans la *loi* 1, *ff. de superficiebus*, qui dit que ce n'est qu'un contrat de louage, ou d'achat de la surface, c'est-à-dire, du droit de jouir de la superficie, en vertu duquel le preneur pouvoit agir, ou *ex conducto*, ou *ex empto*, contre le propriétaire, selon la nature de la convention, & par le rapport qu'elle avoit avec le louage, ou avec la vente; ce qui est confirmé par la *loi non solet* 39, *ff. Locati*, qui dit, *non solet locatio dominium mutare*, & par notre usage (3), selon lequel on juge que la locatairie perpétuelle, qui est semblable au bail superficiaire, ne produit point des lods & vente au Seigneur direct;

(1) *L.* 5, § 14, *ff. commodati*, *l.* 19. § 3, *ff. de castrensi peculio*, *l.* 3. § 4, *ff. de acquirenda vel amitt. possess.*

(2) Henris, *tom.* 1, *liv.* 3, *ch.* 2, *quest.* 6.

(3) Ferrieres, *sur la quest.* 48 de G. P. Cambolas, *liv.* 3, *chap.* 41. Olive, *liv.* 2, *chap.* 18.

BIU Cujas

parce que la propriété n'eſt point transférée au preneur.

75. Le contrat qui produiſoit la rente appellée *vectigal*, étoit une eſpece de louage, ou d'emphytéoſe, des biens appartenans aux communautés des villes, avec cette convention que les preneurs, ou leurs ſucceſſeurs, ne pourroient en être dépoſſédés, tandis qu'ils payeroient la rente : *Agri civitatum alii vectigales vocantur, alii, non*, dit la loi (1) *Vectigales vocantur, qui in perpetuum locantur, id eſt, hâc lege, ut tamdiù pro his vectigal pendatur, quamdiù neque ipſis qui conduxerint, neque his qui in locum eorum ſucceſſerunt, auferri eis liceat.* Le §. 1, de la même loi (2), déclare formellement que les preneurs n'ont aucune propriété, *quamvis non efficiantur domini*; cela réſulte encore de la loi 15, §. 26, *ff. de damno infecto.*

76. A l'égard de l'emphytéoſe, celle que nous connoiſſons par notre uſage, eſt bien différente de celle des Romains. Il eſt établi parmi nous, que l'emphytéoſe réſerve au Seigneur le domaine direct, avec les droits Seigneuriaux qui en ſont une ſuite, & qu'elle transfére à l'emphytéote le domaine utile ; parce que, parmi nous *emphyteuſis ad inſtar patrimoniorum redacta eſt.* Mais il en étoit autrement de l'emphytéoſe des Romains ; c'eſt à quoi aucun de nos Auteurs, du moins de ceux que je connois, n'a fait attention. Ce qui les a empêchés de bien connoître la nature des emphytéoſes des Romains, c'eſt qu'ayant trouvé la diſtinction du domaine direct avec l'utile, établie par un uſage reçu au tems qu'ils ont écrit, ils ont rapporté à la loi Romaine ce qui n'étoit fondé que ſur un uſage préſent, c'eſt-à-dire, qu'ils ont réduit aux idées de leur ſiecle, des loix qui n'y avoient qu'un ſimple rapport de nom, & qu'ils devoient expliquer par leurs propres diſpoſitions. Il eſt aiſé de prouver, ou pour mieux dire, de démontrer que l'emphytéoſe des biens des particuliers ne transféroit aux preneurs aucun domaine, même utile, à moins qu'il n'en fût ainſi convenu expreſſément, & que celle des biens patrimoniaux du Prince transféroit la propriété, & ne réſervoit au fiſc, qu'une ſimple rente fonciere ; en ſorte qu'il n'y avoit jamais de partage de la propriété.

(1) *L. 1. ff. ſi ager vectig. ide ſt, emphiteut, petat.*
(2) *D. l. 1, § 1.*

BIU Cujas

77. En effet, *agri vectigales* n'étoient autre chose que des biens des communautés des villes, baillés en emphytéose. La rubrique du *ff. si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petit*, & la loi *secundum*, 15, §. 1, *qui satisdare cogantur*, le prouvent, comme M. Cujas (1) l'a fort bien observé. Cependant la *loi* 1, § 1, *ff. si ager vectigalis*, déclare nettement que ces emphytéotes n'ont aucune propriété, *quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem, sed & adversus ipsos municipes.*

78. Le § *adeò 3*, *inst. de locato*, nous fait connoître la nature du contrat d'emphytéose, & des biens emphytéotiques, en disant que ce sont ceux *quæ perpetuò fruenda traduntur, id est, ut quandiù pensio sive reditus pro his domino præstetur, neque ipsi conductori, neque heredi ejus auferri liceat.* Le mot *domino*, qui se trouve dans ce texte, & dans toutes les loix du tit. du Code *de jure emphyt.* prouve bien clairement, que le bailleur demeure propriétaire après le bail, & les mots *fruenda traduntur* font entendre qu'on ne transporte au preneur qu'une simple jouissance, sans aucune sorte de propriété : que si l'emphytéose avoit transferé quelque sorte de propriété, l'Empereur Justinien l'auroit exprimé dans sa description ou définition, qui doit faire connoître la nature, & les propriétés de la chose définie. Rien n'est plus précis là-dessus que la *loi 3*, § 4, *de reb. eorum qui sub tut. vel cura sunt sine decreto non alien.* qui dit, que l'emphytéote n'a point de propriété, mais un simple droit, *quamvis jus prædii potius sit.* La *loi* 15, § 26 & 27, *ff. de damno infecto*, le prouve encore d'une maniere incontestable. Pour entendre ces deux §§, il faut savoir que suivant le § 16 de la même loi, celui qui est mis en possession, faute par sa partie d'avoir donné caution *ob damnum infectum*, commence à prescrire la propriété du jour du second décret. Dans le § 26, le Jurisconsulte Ulpien demande, si celui qui est mis en possession d'une maison appartenante à une ville & qui est baillée sous la rente appellée *vectigal*, (qui étoit une emphytéose, comme nous l'avons dit,) peut obtenir un second décret pour acquérir la propriété, faute par l'emphytéote d'avoir baillé caution ? & il résoud que non : mais qu'il faut seulement mettre en possession la partie plaignante qui craint le dom-

(1) Cujas, *ad tit. cod. de jure emphyteutico.*

BIU Cujas

mage. La raiſon eſt parce que *nec dominium capere poſſidendo poteſt, ſed decernendum ut eodem jure, quo foret is qui non caverat*, c'eſt-à-dire, que comme l'emphytéote n'a aucun domaine ni propriété, on ne peut pas accorder à celui qui agit à cauſe du refus ou de la négligence de bailler caution, plus de droit que l'emphytéote n'en a ; mais ſi la partie qui craint le dommage, agit contre les Adminiſtrateurs de la ville pour n'avoir pas baillé caution, elle peut obtenir le décret pour la propriété, & l'acquérir par une longue poſſeſſion, ſuivant le § 27. Cette diſtinction prouve donc manifeſtement que l'emphytéoſe laiſſe toute propriété au bailleur, & n'en transfere aucune au preneur.

79. Ce n'eſt pas que l'emphytéoſe ne pût contenir le tranſport de propriété, quand il étoit ainſi convenu : car aux termes de la *loi* 1, *Cod. de jure emphyteutico*, & du § 3, *inſtit. de locato*, l'emphytéoſe eſt miſe au rang des contrats, & doit ſe régler par les conventions *ſuis pactionibus ſulciendam, & ſiquiquem aliquid pactum fuerit hoc ita obtinere, ac ſi naturalis eſſet contractus* ; mais dans ce cas, la propriété étoit transferée à l'emphytéote, ſans qu'il reſtât au bailleur qu'une rente ſimplement fonciere ; autrement, s'il n'y avoit point de convention expreſſe pour transférer la propriété, elle demeuroit au bailleur ; auſſi ne voit-on pas que les loix du titre *de jure emphyteut.* au Code, donnent à l'emphytéote le titre de maître, ni de propriétaire, ce titre n'eſt attribué qu'au bailleur ; ce qui ſuffit pour en conclure que l'emphytéote n'acquéroit aucun domaine ni aucune propriété, mais ſeulement le droit de jouir ; parce que les Romains ne faiſoient pas deux ſortes de domaines ; au contraire, les loix qu'ils nous ont laiſſées, établiſſent pour regle, que deux perſonnes ne peuvent pas avoir le domaine *in ſolidum* de la même choſe.

80. *Loiſeau*, (1) qui, comme nous l'avons dit, a ſoutenu dans ſon traité des Seigneuries, que les Romains ne connoiſſoient qu'une ſeule eſpece de propriété, ou de Seigneurie privée (2), par une contradiction à laquelle il n'a pas pris garde, a ſoutenu néanmoins que quand les terres domaniales ou patri-

(1) Loiſeau, *des Seigneuries*, *chap.* 1.

(2) Loiſeau, *du déguerpiſſ. liv.* 1, *ch.* 4, *n.* 16, 17 & *chap.* 5.

BIU Cujas

moniales étoient baillées à titre d'emphytéose, le Prince retenoit la Seigneurie directe, que les particuliers achetoient du fisc, *quandoque salvo*, *quandoque dempto canone*, & alors elles étoient réduites à la condition des terres des particuliers. Il arriva même, ajoute cet Auteur, que l'on contraignit dans certaines contrées, les détenteurs de ces terres à financer pour l'achat de cette Seigneurie directe sans diminution de la redevance, ce qui fut aboli par la loi *possessores* 12, *cod. defunctis patrimon.* Même il fut entiérement prohibé de changer par achat, ni autrement, la condition des terres patrimoniales, (1), *sive dempto*, *sive salvo canone*, *L. nulli* 13, *cod. cod.* Il a prétendu encor que toutes les rentes des Romains étoient seigneuriales, & qu'elles distinguoient le domaine direct de l'utile.

81. Mais cet Auteur n'a pas bien entendu les loix sur lesquelles il se fonde; il n'y en a aucune dans le droit de Justinien, d'où l'on puisse induire la distinction du domaine direct d'avec l'utile. La *loi* 12 dit à la vérité, que les emphytéotes des biens patrimoniaux étoient contraints d'acheter les terres patrimoniales; mais ce n'étoit qu'une entreprise de la part de ceux qui avoient l'administration des biens du Prince; car ces emphytéoses ne réservoient au Prince qu'une simple rente fonciere sans aucune sorte de propriété, ni de domaine, lequel étoit transféré aux emphytéotes. La *loi* 12 le prouve clairement par ces termes, *cùm fundorum sint domini*, en parlant des emphytéotes, la *loi* 4, *cod. eod.* le prouve aussi en ces termes, *neque enim magis commodamus nostra quàm tradimus ea jure dominii*: aussi la même loi décide que l'emphytéote du fisc n'est pas sujet à la peine du commis, faute de payer la rente, & ce fut la raison pourquoi il leur fut permis d'aliéner les esclaves, ce qui n'a jamais été permis à ceux qui n'étoient pas propriétaires; & afin qu'on ne pense pas que cette loi a introduit un droit nouveau, la *loi* 1 du même titre, qui est antérieure de 119 ans, en fournit une preuve indubitable; puisqu'elle permet aux emphytéotes d'aliéner les fonds patrimoniaux sans le consentement du Prince, ce qui n'étoit pas permis dans les emphytéoses des autres biens, suivant la loi derniere, *cod. de jure emphyt.*

(1) Loiseau, *ibid. chap.* 5.

BIU Cujas

parce qu'elles ne transféroient aucun domaine aux emphytéotes, mais un ſimple droit appellé *jus emphyteuticum*; ainſi les achats qu'on obligeoit les particuliers de faire ne ſont pas une preuve que le Prince eût retenu le domaine direct. La *loi 2*, *cod. de fundis patrimonialibus*, en diſant que le défaut de payement du tribut dû par les fonds patrimoniaux dans le tems marqué, ne nuit pas à la propriété appartenant à des mineurs, établit encore la même vérité.

82. A l'égard de la loi *nulli 13*, *cod. de fundis patrimonialib.* elle ne fait rien pour la diſtinction du domaine direct d'avec l'utile, elle n'eſt pas même générale, puiſqu'elle défend de tranſporter aux particuliers les fonds patrimoniaux, *limitrophi, vel ſaltuenſes*, c'eſt-à-dire, deſtinés à l'entretien des armées, qui veilloient à la garde des frontieres, ou aux pâturages appellés *ſaltuenſes*, qui étoient dans les contrées d'Orient. La même défenſe avoit été faite par la *loi 8*, *cod. eod.* pour les terres de la Méſopotamie, & d'une autre province; mais ces loix ne parlent point des fonds patrimoniaux non deſtinés aux pâturages, ou à l'entretien des armées.

83. Venons préſentement aux mots *cenſus*, *ſtipendium*, *tributum*. Les Hiſtoriens (1) nous apprennent que les Romains faiſoient, chaque luſtre, un dénombrement du peuple & de leurs biens, afin de pouvoir leur impoſer dans les beſoins les tributs à proportion de leurs facultés; le dénombrement & le tribut étoient appellés *Cenſus*. Après que Paul Emile eut vaincu Perſée, Roi de Macédoine, & réduit ce Royaume en province Romaine, ce tribut que les Auteurs appellent perſonnel, & qui étoit plutôt mixte, puiſqu'il étoit impoſé aux perſonnes à raiſon & à proportion de leurs biens, fut aboli à Rome & dans l'Italie, & ne fut impoſé que ſur les biens des peuples ſubjugués, qui étoient appellés *nec mancipi*, à la différence des terres que les Romains poſſédoient *jure optimo*, *jure quiritum* ou *quiritario*, *res mancipi*, à cauſe de leur exemption des tributs, qui fut communiquée à l'Italie, & enſuite aux autres pays.

84. La même impoſition s'appelloit auſſi, ſelon la diverſité des provinces, *ſtipendium* ou *tributum*; il n'y

(1) *Voyez* Sigonius, *de jure antiquo populi Romani*, *lib. 1, cap. 14, 16.*

BIU Cujas

avoit qu'une différence de nom entre *ſtipendium* & *tributum*, comme le dit le Juriſconſulte Ulpien dans la *loi 27*, § 1, *ff. de verbor. ſignif.* Ce qui donna lieu à la diverſité du nom fut, que du tems des premiers Empereurs, il y avoit des provinces qui leur étoient particuliérement affectées pour leur entretien, dans leſquelles on envoyoit des Préſidens pour les gouverner, & d'autres qui demeuroient au peuple Romain; cela fut ainſi réglé par l'Empereur Auguſte. Ce qui ſe payoit par les provinces des Empereurs étoit appellé *tributum*, & ce qui étoit payé par les provinces du peuple étoit appellé *ſtipendium*. Mais dans la ſuite les Empereurs s'étant attribué toute la ſouveraineté, & n'ayant laiſſé aux peuples rien de ce qui regardoit le gouvernement de l'Empire, il n'y eut plus aucune diſtinction des provinces, ni entre *ſtipendium* & *tributum*, à cela près qu'il y avoit des provinces qui étoient exemptes des tributs; le dénombrement de ces provinces qui jouiſſoient de l'exemption ou du droit italique, ſe trouve dans le titre de *cenſibus* aux digeſtes.

85. Cependant le cens, ou le tribut qui étoit exigé des provinces tributaires ou ſtipendiaires, ne ſe payoit pas à raiſon de quelque Seigneurie directe ou particuliere, mais bien à cauſe de la ſouveraineté, comme on paye aujourd'hui en France les tailles réelles; auxquelles tailles on a aſſujetti les Alleus depuis que l'on a introduit la diſtinction du Franc-Alleu noble d'avec le roturier; diſtinction inconnue avant la réformation de la coutume de Paris, faite en 1510, comme nous l'avons remarqué ci-deſſus, ainſi que l'ont fort bien obſervé (1) Dumoulin & Loiſeau. Les interprêtes du droit Romain ont donc viſiblement erré, lorſqu'ils ſe ſont figurés que les fonds ſtipendiaires ou tributaires appartenoient à la République pour le domaine direct. Le § 40, aux *inſtitutes de rerum diviſ.* nous en fournit une preuve inconteſtable, lorſqu'il dit que les fonds tributaires ou ſtipendiaires ne différent en rien, quant à la propriété, d'avec les fonds qui étoient *juris Italici*. La loi *competit 6, cod. de præſcript. 30, vel 40 annor.* le prouve encore, en diſant que les particuliers peuvent preſcrire la propriété des fonds tributaires, mais non pas l'exemption des tributs.

(1) Dumoulin, *ſur la coutume de Paris, tit. 2, num. 15.* Loiſeau, *du déguerp. liv. 1, chap. 4, n. 13.* Chantereau le Fevre, *de l'origine des fiefs, liv. 1, ch. 7.*

BIU Cujas

86. Après avoir établi, que les Romains ne connoiſſoient pas la diſtinction du domaine direct d'avec l'utile, & que toute propriété étoit retenue ou transférée ſelon les conventions ou la nature de leurs contrats ſans diviſion ni partage, il convient d'examiner les argumens & les loix que Me. Claude Henris oppoſe pour établir la propoſition contraire. Le premier qui a entraîné tous nos Auteurs dans l'erreur, conſiſte à dire que le contrat d'emphytéoſe attribuant au poſſeſſeur le droit d'agir *in rem*, *& rei vindicatione*, *l.* 1, § 1, *ff. ſi ager vectigal. id eſt, emphyteut. petat.* Il falloit qu'il eût une propriété du moins utile, qui ſervît de fondement à cette action, laquelle ne compete qu'au propriétaire ; & c'eſt de-là que les interprêtes ont tiré la diſtinction du domaine utile du direct, ſelon *Loiſeau* (1); mais l'argument eſt frivole. Car l'action *in rem*, ou la vendication ne ſuppoſe pas toujours la propriété du fonds; par exemple, celui qui n'a que l'uſufruit, n'a aucune propriété ; cependant l'action *in rem*, & la vendication lui competent, *l.* 1, *ff. uſus-fruct. petat.* celui qui a une ſervitude ou un ſépulcre n'eſt pas propriétaire du fonds ſervant, ni du lieu du ſépulcre ; néanmoins il peut vendiquer la ſervitude & le ſépulcre, *l.* 1, *ff. ſi ſervit. vindic.* Celui qui n'a de titre qu'en vertu d'un contrat ſuperficiaire n'eſt pas non plus propriétaire, comme nous l'avons montré, toutefois il a droit de vendiquer, *l.* 73, § 1, *l.* 74. *l.* 75, *ff. de rei vindic. l.* 1. § 4. *ff. de ſuperficieb.*

87. Il eſt vrai que, pour vendiquer la propriété, il faut que celui qui agit prouve qu'elle lui appartient, *l.* 2, *cod. de probat. & l.* 11, *cod. de petit. hered.* parce que *rei vindicatio ſoli domino competit ;* mais il faut prendre garde qu'on peut vendiquer un droit ſans avoir la propriété de la choſe ſur laquelle le droit eſt établi ; puiſqu'on peut vendiquer l'uſufruit, la ſurface, une ſervitude prédiale, un ſépulcre, ainſi que les loix ci-deſſus citées le prouvent. Voilà pourquoi il n'eſt pas merveilleux que l'emphytéote puiſſe vendiquer le droit emphytéotique, ſans avoir aucune propriété ſur le fonds, & ſans recourir à la diſtinction des domaines. Et tout comme le droit de vendiquer l'uſufruit, une ſervitude, &c. ne ſuppoſe pas la propriété ſur le fonds, mais ſeulement une propriété de l'uſufruit,

(1) Loiſeau, *du déguerp. l.* 1, *chap.* 5, *num.* 1.

BIU Cujas

ou de la ſervitude ; de même le droit de vendiquer dans l'emphytéoſe, ne ſuppoſe pas non plus quelque propriété ſur le fonds ; il ſuppoſe ſeulement une propriété du droit emphytéotique, tout comme dans le cas de l'uſufruit, de la ſervitude, du droit de ſépulcre, & de la ſuperficie. Rien n'eſt donc plus frivole que le fondement ſur lequel les interprêtes ont bâti la diſtinction du domaine direct d'avec l'utile, lorſqu'ils l'établiſſent ſur le droit qui compete à l'emphytéote, d'agir *rei vindicatione.*

88. Le ſecond argument conſiſte à dire que les anciens Romains connoiſſoient deux ſortes de domaines, ſavoir, celui qui étoit acquis *jure quiritum*, & celui qui étoit appellé *bonitarium* ; d'où l'on a inféré que les Romains avoient diſtingué le domaine direct de l'utile ; mais on doit d'abord obſerver qu'on n'en trouve des veſtiges que par rapport aux eſclaves, & non par rapport aux fonds. Le Juriſconſulte Ulpien, *tit.* 1, *regular.* § 11. *& tit.* 19, § 19, qui fait mention de ces deux eſpeces de domaine, n'en parle que relativement aux eſclaves. Pour entendre cela, il faut ſavoir que les anciens Romains avoient inventé pluſieurs manieres de transférer la propriété ; telles étoient la mancipation, *mancipatio ;* l'abandon fait en jugement, *in jure ceſſio* ; l'uſucapion, & pluſieurs autres, comme l'expliquent *Ulpien, tit.* 19, § 2, & *Sigonius.* (1) Lorſqu'un citoyen Romain achetoit un eſclave d'un autre citoyen Romain, ſans avoir fait intervenir la formalité de la mancipation, ou l'abandon en jugement, & que l'uſucapion n'étoit pas accomplie, l'acheteur n'acquéroit pas la propriété, l'eſclave étoit ſeulement *in bonis* de l'acheteur, & le vendeur en demeuroit propriétaire *jure quiritum. Ulpien, tit.* 1, § 11. Les interprêtes ont appellé *dominium bonitarium*, le droit qui étoit acquis à l'acheteur ; mais le Juriſconſulte n'en parle pas de même, il dit ſeulement que l'eſclave étoit *in bonis* de l'acheteur ; ce n'étoit donc pas un partage de la propriété, laquelle demeuroit en entier ſur la tête du vendeur ; parce que le titre n'étoit pas capable de la transférer ; & ſi l'eſclave acheté étoit *in bonis* de l'acheteur, c'eſt parce qu'il avoit droit d'en jouir, & c'étoit à-peu-près de la même maniere qu'un fonds engagé eſt dit être *in bonis* du créancier engagiſte. D'ailleurs

(1) Sigonius, *de antiquo jure populi Romani, lib.* 1, *cap.* 11.

BIU Cujas

toutes ces formalités du droit ancien ayant été abrogées par la *loi Unique*, *cod. de nudo jure quirit. toll.* & *par la loi un. cod. de usucap. transformanda*, on ne peut prendre aucune induction de cet usage ancien des Romains, ni en faire aucune application à la distinction du domaine direct d'avec l'utile, qui est une invention des interprêtes embarrassés de concilier des loix qu'ils n'ont pas entendues, & qui n'a aucun fondement dans le droit Romain, dont les regles sont au contraire totalement opposées à cette distinction.

89. On prend un troisieme argument de la *loi 5*, *cod. de diversis prædiis urban. & rusticis*, de la *loi possessores 12*, *cod. de fundis patrimonial.* qui appellent l'emphytéose *dominium*, & de plusieurs autres qui donnent la même qualité à celui qui a baillé le fonds en emphytéose; en sorte que, pour concilier ces loix, les interprêtes, qui n'ont su imaginer rien de mieux pour résoudre les difficultés, ont divisé le domaine en deux especes, & ils ont attribué au bailleur le domaine direct, & au preneur l'utile. Il est vrai que les deux loix rapportées donnent au possesseur la qualité de maître ou de propriétaire; mais si on les examine, on n'y trouvera pas la distinction du domaine direct d'avec l'utile; on y verra seulement que dans leur cas le possesseur étoit vrai propriétaire.

90. En effet la *loi 5*, *cod. de diversis prædiis rust. & urban.* ne parle que d'un fonds baillé en propriété par une ville, sous une simple rente fonciere, & non d'une emphytéose. Ainsi il n'est pas merveilleux que cette loi dise, *apud eos dominium in perpetuum permaneat*: & ce qui prouve le transport de propriété sur la tête du preneur, c'est que la même loi désignant le fonds comme ayant appartenu à la ville, dit *ad quam eædem res pertinuerint*; ce qui marque, non un domaine actuel, mais un domaine qui a autrefois appartenu à la ville, & qui a cessé, lorsqu'il a été transféré au preneur. Ainsi cette loi bien entendue détruit la distinction du domaine direct de l'utile, & l'opinion de Dumoulin, & des autres Auteurs qui ont cru que les Romains ne faisoient pas des baux à simple rente fonciere, qui emportassent aliénation absolue, tant du domaine direct que de l'utile.

91. La *loi 12*, *cod. de fundis patrimonial.* dit que les possesseurs sont *fundorum domini*; mais elle parle *de*

BIU Cujas

emphyteuticariis patrimonialibus, c'eſt-à-dire, des emphytéoſes concédées par le Prince, de ſon patrimoine, laquelle étoit d'une nature différente des autres emphytéoſes, parce qu'elle tranſportoit la propriété au preneur, & ne réſervoit au Prince, que la rente ſtipulée; au lieu que les autres emphytéoſes ne tranſportoient aucune propriété, qui demeuroit ſur la tête du bailleur, ſuivant la *loi* 1, § 1, *ff. ſi ager vectigal, id eſt, emphyteut. petat. la loi* 15, § 26, *ff. de damno infecto, le* § 3, *inſtit. de locato, & les loix* 2 & 3 *cod. de jure emphyteut.* Et il eſt ſi vrai, que le preneur étoit le maître des fonds emphytéotiques patrimoniaux, qu'il pouvoit les aliéner ſans le conſentement du Prince, ni de ſes magiſtrats, ſauf la rente due, *l.* 1, *cod. de fundis patrimonial.* au lieu que les autres emphytéotes ne pouvoient aliéner les améliorations, & le droit emphytéotique, que du conſentement du bailleur à peine du commis, *lege ult. cod. de jure emphyteut.*

92. De ce que nous avons obſervé, nous pouvons tirer cette conſéquence infaillible, que les Romains ne connoiſſant point la diſtinction du domaine direct d'avec l'utile, les tributs qu'ils exigoient dans les provinces, & qui n'étoient payés qu'à raiſon de la ſouveraineté, ni les autres baux à rente des Romains, ne peuvent pas fournir le plus léger argument pour établir la Seigneurie féodale; qu'ainſi c'eſt avec raiſon que nous avons ſoutenu qu'il étoit indifférent de ſavoir ſi le Languedoc & la Guienne jouiſſoient du droit italique, ou ſi ces provinces étoient tributaires: car dans l'un & l'autre cas, ces pays ont joui de la liberté du Franc-Alleu naturel, tandis qu'ils ont été ſous la domination des Romains.

SECTION IV.

Uſage de la loi Romaine dans l'Aquitaine, & dans les autres pays des Gaules.

93. NOus avons vu que ce n'étoit pas par voie de conquête, mais par une ceſſion volontaire que les Gaulois paſſerent ſous la domination des Viſigots, & que d'ailleurs les premiers habitans de l'Aquitaine, du Languedoc, & des autres pays, qui avoient cédé aux Viſigots deux tiers de leurs terres, en ayant retenu comme auparavant le ſurplus, avoient auſſi été

BIU Cujas

confirmés dans l'usage de la loi Romaine: jusques-là que le Roi Alaric, pour se concilier l'affection des peuples qui vivoient sous cette loi (1), qu'ils avoient toujours maintenue avec beaucoup de vigueur, toutes les fois qu'on avoit voulu y donner atteinte (2), avoit fait faire en 506 par plusieurs habiles Jurisconsultes, un commentaire, ou une explication de la loi Romaine, contenue dans le Code Théodosien, à laquelle explication il donna la force de loi, avec injonction aux Juges de s'y conformer, & défenses d'y contrevenir, sous peine de la vie, & de confiscation des biens; d'où il paroît clairement que l'ancienne franchise des terres de ces provinces ne souffrit aucune atteinte par le changement de domination. (3) Bien plus on ne trouve dans les loix des Visigots aucune trace, ni vestige des fiefs, ni de la distinction du domaine direct d'avec l'utile. Ainsi quand les anciens possesseurs n'auroient pas été conservés dans l'usage de la loi Romaine, selon laquelle tous les fonds sont présumés francs & libres, & qui ne connoît pas la distinction du domaine direct d'avec l'utile, la franchise naturelle n'auroit pas moins été conservée sous la domination des Visigots; (4) puisque les fiefs qui sont l'opposé du Franc-Alleu leur étoient inconnus; & ce qui ne laisse aucun doute raisonnable sur ce point, c'est que les Historiens (5) du Languedoc assurent que toutes les terres étoient possédées en Franc-Alleu encore en l'année 712. Les Visigots n'ayant donc point eu la Seigneurie féodale universelle sur les terres de leur domination, lorsque le Roi Clovis leur a succédé par droit de conquête, il n'a pas pu l'acquerir du chef des Visigots. Ce qui nous suffit pour l'éclaircissement de cette troisieme source.

(1) Auteserre, *rerum Aquitan. lib. 3, cap. 7.*

(2) *Histoire générale du Languedoc, lib. 5, n. 28, 29, 30.* Auteserre, *ibid. lib. 5, cap. 18.*

(3) *Histoire générale de Languedoc, ibid.* Cazeneuve, *du Franc-Alleu, liv. 1, chap. 11, num. 1.*

(4) Basnage, *sur l'article 102 de la coutume de Normandie, pag. 171, de la premiere édition.*

(5) *Histoire générale du Languedoc, liv. 7, n. 93.*

BIU Cujas

CHAPITRE VI.

Examen de la quatrieme Source. Si le Roi ou les Seigneurs qui ont droit de lui, ont acquis la Seigneurie féodale universelle, par quelque révolution arrivée depuis la conquête des Gaules par les François.

SECTION I.

Troiſieme Epoque de la domination des François, tandis que le Languedoc & l'Aquitaine furent gouvernés par des Ducs ou des Comtes.

94. Les Viſigots (1) ayant régné dans l'Aquitaine & dans le Languedoc de la maniere que nous l'avons dit, pendant l'eſpace de 88 ans, Clovis, premier Roi de France Chrétien, conquit ſur eux en 507 l'Aquitaine, avec la ville de Toulouſe; mais la plus grande partie du Languedoc reſta encore ſous la domination des Viſigots qui transférerent le ſiége de l'Empire à Narbonne, où ils ſe maintinrent juſqu'à l'année 712, qu'ils en furent chaſſés par les Sarraſins, leſquels le furent auſſi à leur tour par Eudes, Duc d'Aquitaine, & enſuite par Charles Martel & ſes deſcendans.

95. Cette révolution n'apporta aucun changement, n'introduiſit point la Seigneurie féodale univerſelle; car on peut bien croire que les Francs, qui dans leurs premieres conquêtes des Gaules (2), s'étoient partagés entr'eux une portion des terres, & en avoient laiſſé une autre portion aux peuples vaincus, comme nous l'avons dit, en uſerent de même après la conquête du Languedoc & de l'Aquitaine; mais ce fut ſans donner atteinte à la liberté des biens, comme nous l'avons prouvé ci-devant; les terres qui furent laiſ-

(1) Auteſerre, *rerum Aquitan. lib. 3, cap. 11.* Dominici, *de Prærogat. Allod. cap. 7. Hiſtoire générale du Languedoc, liv. 5. num. 37, 38, 57, 59 : liv. 7, num. 83; liv. 8, num. 1, 2, 9, & ſeq. & num. 36. Voyez* Catel, *Mémoires du Languedoc, pag. 529 & ſeq.*

(2) *Hiſtoire générale de Languedoc, liv. 7. n. 92. Supplément aux eſſais de la nobleſſe de France*, verb. *Alleu, pag 2 & 3.*

BIU Cujas

sées aux peuples vaincus, tout comme celles que les vainqueurs retinrent, furent par eux possédées en pleine propriété fonciere, sans reconnoître aucun Seigneur. Il y a même une raison particuliere pour soutenir qu'on usa ainsi en faveur de la Guienne ; c'est qu'encore qu'Alaric, Prince Arien, eût laissé aux Catholiques de ses états des Gaules, (1) le libre exercice de leur Religion, & qu'il eût même permis aux Evêques de tenir un Concile à Agde, néanmoins l'attachement de ces mêmes sujets à la Religion Catholique leur faisoit souhaiter avec ardeur, de se voir sous la domination du Roi Clovis qu'ils regardoient comme l'appui de la foi, & le protecteur de l'Eglise ; ce qui engagea ce Roi d'entreprendre la guerre contre les Visigots. Ainsi la conquête étant en partie l'effet de la bonne volonté des Aquitains (2), on ne peut pas douter que le Roi Clovis ne laissât aux peuples d'Aquitaine, & leurs loix, & leurs biens dans la même franchise, tout comme il en avoit usé à l'égard des autres terres des Gaules, conquises auparavant, ainsi que nous l'avons fait voir ; ce qui fut continué par ses successeurs, par rapport aux loix. Boulainvilliers (3), & les autres Auteurs, nous apprennent que les François laisserent à toutes les villes, la liberté de suivre leurs usages particuliers, & qu'ils ne soumirent les Gaulois au droit salique, qu'en cas de contestation avec un François qui étoit par eux poursuivi en justice ; ainsi ceux qui suivoient le droit Romain, y furent maintenus. Nous le voyons dans une constitution du Roi Clotaire I, de l'an 560, rapportée dans la compilation des conciles du P. Labbe (4), & dans le recueil des Capitulaires de Baluse, qui porte, *inter Romanos*

(1) *Histoire générale de Languedoc, liv. 5, n. 31, 32.* Dominici, *de Prærogat. Allod. cap. 7, n. 2, 3, 8.* Autesserre, *rerum Aquitan. lib. 3, cap. 8. Voyez* Cazeneuve, *du Franc-Alleu, liv. 1, chap. 2.* Gregorius Turonensis, *l. 2, cap. 36, 37.* L'Abbé Dubos, *Histoire critique de l'établissement de la Monarchie Françoise, discours préliminaire, p. 10.*

(2) Cazeneuve, *du Franc-Alleu, l. 1, ch. 11, n. 5.*

(3) Boulainvilliers, *dissertation sur la noblesse de France, p. 121.* Fauchet, *antiquités Françoises, liv. 2, chap. 16* ; le Fevre, *de l'origine des fiefs, liv. 1, chap. 7.* L'Abbé Dubos, *Histoire critique de la Monarchie Françoise, liv. 6, ch. 1 & 9, tom. 3, pag. 250, 385 & suiv.* Froland, *Mémoires sur le Senatus-Consulte Velleien, part. 1, chap. 4. num. 6.*

(4) Labbe, *tom. 1, Concil. col. 827; Capitular.* Balusii, *tom. 1, pag. 7.*

BIU Cujas

negotia causarum Romanis legibus præcipimus terminari. (1) La preuve en eſt encore plus claire dans une conſtitution de Charles le Chauve de l'année 864 (2) où cet Empereur & Roi de France aſſure, que ni lui, ni ſes prédéceſſeurs, n'avoient fait aucune loi qui eût dérogé au droit Romain. *In illis autem regionibus in quibus ſecundùm legem Romanam judicantur judicia, juxtà ipſam legem committentes talia, judicentur; quia ſuper illam legem, vel contra ipſam legem, nec anteceſſores noſtri quodcumque capitulum ſtatuerunt, nec nos conſtituimus*; & ce fut en conſéquence de cette loi Romaine (3), que Dagobert confiſqua en 636, ou 640, les biens de Sadregiſile, qui avoit été tué, & qu'il en priva ſes enfans, pour n'avoir pas vengé la mort de leur pere, comme le droit Romain l'ordonne, parce que ces biens étoient ſitués dans l'Aquitaine. Par rapport aux biens, pluſieurs autres conſtitutions, dont nous parlerons dans la ſuite, parmi leſquelles il y en a qui ſont adreſſées aux Aquitains, font mention des Alleus, & prouvent par conſéquent que les terres furent laiſſées dans leur franchiſe naturelle.

96. Il y avoit dans l'Aquitaine, après la conquête, (4) deux différens peuples, c'eſt-à-dire, les Gaulois, anciens habitans appellés Romains, (5) & les François, qui, comme nous l'avons dit, eurent part aux terres. Les premiers vivoient ſous la loi Romaine, & les François ſous la loi Salique. Les biens poſſédés par les Romains ou Gaulois, étoient appellés (6) *ſortes Gothicæ, & Romanæ*, & ceux poſſédés par les François, étoient appellés *Alleus* (7), ou terre Sali-

(1) Tous les Gaulois étoient compris ſous le mot *Romanos*, à cauſe que par une conſtitution de l'Empereur Antonin, rapportée dans la loi 17, *ff. de ſtatu hominum*, tous ceux qui étoient ſujets de l'Empire Romain, & libres avoient été citoyens Romains.

(2) *Capitular.* Baluſii, *tom. 2, pag. 183.*

(3) *Hiſtoire générale de Languedoc, liv. 7. n. 12.* Cazeneuve, *du Franc-Alleu, liv. 1. ch. 2, n. 11. Supplément aux eſſais ſur la nobleſſe de France*, verb. *Aquitaine*, p. 11.

(4) *Voyez* Cazeneuve, *ibid. num. 13.*

(5) Paſquier, *recherches de la France, liv. 8, ch. 1, de l'édition de* 1621, à cauſe qu'ils avoient été faits citoyens Romains, comme nous l'avons remarqué plus haut.

(6) Dominici, *de Prærog. Allod. cap. 7, num, 4; cap. 12, n. 9. Supplément aux eſſais de la nobleſſe*, verb. *Alleu, pag. 4.*

(7) Voyez *la diſſertation ſur la nobleſſe de France*, par Boulainvilliers, *p. 23 & 26.* Jourdan, *Hiſtoire de France, tom. 3, p. 97.*

BIU Cujas

que ; ce qui signifioit des terres propres, possédées en toute propriété, & qui étoient transmises de même aux héritiers, *rem propriam, hereditatem, rem sui juris, & cum omni integritate* ; comme s'explique (1) *Dominici*, & tous les Auteurs qui ont donné la définition du mot *Alleu* (2), en disent autant. Je fais cette observation, afin qu'on ne s'imagine pas que les terres possédées par les François dans l'Aquitaine & dans le Languedoc après la conquête de Clovis, étoient féodales, & que le Roi, après en avoir entiérement dépouillé les peuples vaincus, les eût baillées à titre de bénéfice sous certains services. Car nous avons établi ci-dessus que l'histoire nous apprend le contraire.

(1) *Dominici, Cap.* 7, *n.* 4.
(2) *Voyez* la coutume de Normandie, *art.* 102, *& ibid.* Basnage, Dumoulin, *sur la coutume de Paris*, §. 68. Cujas, *sur les livres des fiefs.*

SECTION II.

Quatrieme Epoque du gouvernement de l'Aquitaine, érigée en Royaume.

97. L'AQUITAINE fut gouvernée sous l'autorité des Rois de France, qui en étoient Souverains, par des Gouverneurs qui étoient appellés Ducs (1), jusqu'à l'année 630, que le Roi Dagobert I, qui s'étoit emparé de tous les Etats de Clotaire son pere (2), à l'exclusion de Daribert, ou Charibert son frere puîné, pour l'engager à renoncer à ses prétentions, lui céda à titre de Royaume pour son partage, cette partie qui est depuis la Loire, jusques aux frontieres d'Espagne, & entre le Toulousain, le Quercy, l'Agénois, le Périgord, la Saintonge & tout le pays situé entre ces provinces & les Pyrénées, c'est-à-dire, la Novempulanie, ou Gascogne qu'il posséda à titre de Royaume dont Toulouse étoit la Capitale (3). Dans la suite, & depuis Louis le Débonnaire, le pays de Carcassonne, de Rasés, d'Albigeois, du Velay, & du Gevaudan, dépendirent du Royaume d'Aquitaine.

(1) *Hist. gén. de Lang. liv.* 7, *n.* 1. *Voyez* Fauchet, *Antiq. Franç. liv.* 5, *c.* 8.
(2) Duhaillan, *Hist. de France, vie de Dagobert I, pag.* 88. Aimoinus, *lib.* 4, *cap.* 17. *Fredegarius sive appendix ad Gregor. Turonens. lib.* 11, *cap.* 57.
(3) *Hist. gén. de Lang. liv.* 10, *n.* 125.

BIU Cujas

98. Charibert (1) étant mort, Chilperic, ou Ilderic, son fils aîné, lui succéda dans un âge encore fort tendre. Il mourut peu de tems après, & Dagobert reprit le Royaume de Toulouse, & la Gascogne qui avoient été cédés à Charibert. Mais, selon les Historiens du Languedoc, (2) Amand, Duc ou Gouverneur de Gascogne, beau-pere de Charibert, ayant fait révolter les Gascons, & s'étant mis à leur tête en 636, fit des courses dans tout le Royaume qui avoit appartenu à Charibert, d'où il remporta un riche butin. Cela obligea Dagobert à donner en 637, par forme d'appanage, à ses neveux, Boggis & Bertrand, fils de Charibert, en faveur desquels Amand, leur ayeul, avoit pris les armes, le Royaume de Toulouse & d'Aquitaine, tel que leur pere l'avoit possédé, à la charge qu'ils payeroient au trésor Royal un tribut annuel. Ils ajoutent, que depuis ce tems-là Boggis & Bertrand, & les Ducs d'Aquitaine, issus de leur branche, demeurerent possesseurs de l'Aquitaine sous la dépendance de Dagobert & des Rois ses Successeurs. Cependant les autres Historiens ne parlent point de la concession faite à Boggis & à Bertrand, du Royaume d'Aquitaine par Dagobert. *Besli* & *Louvet*, disent à la vérité que Boggis fut Duc d'Aquitaine en 711, & Bertrand en 727; mais si les sentimens de ces Auteurs étoient vrais, il ne seroit pas possible que Dagobert eût donné le Royaume d'Aquitaine à Boggis & à Bertrand en 636. Toutefois la Charte de Charles le Chauve, rapportée par les Historiens du Languedoc (3), si elle n'est pas fausse, prouve fort bien une concession de certaines terres, mais elle ne prouve pas qu'elle ait été faite à titre d'appanage, ni sous un tribut en faveur des Rois de France; car elle n'en parle pas, elle fait mention de Boggis comme Duc, mais il ne devoit être que simple Gouverneur.

99. Les mêmes (4) Historiens du Languedoc prétendent que la concession dont ils parlent, faite en faveur des enfans de Charibert, fut à titre de fief, sous la foi & hommage, & que c'est là le premier exemple de l'hérédité des fiefs; mais la Charte de 845, sur laquelle

(1) *Hist. gén. de Lang. liv.* 7, *n.* 4, 5, 13, *& tom.* 1. *Note* 83, *fredegar. sive appendix ad Gregor. Turonens. lib.* 11, *cap.* 67.

(2) *Hist. génér. de Lang. ibid.*

(3) *Hist. gén. de Lang. tom.* 1, *p.* 85 *& seq. aux preuves, tom.* 1.

(4) *Hist. gén. de Lang. liv.* 7, *n.* 4, 5, 13, *& not.* 83, *tom.* 1.

BIU Cujas

ces Hiſtoriens ſe fondent, ne parle ni de fiefs, ni d'hommage; cela n'eſt pas même poſſible, parce que du tems de Dagobert, les fiefs n'étoient pas encore introduits, comme nous l'avons prouvé ci-deſſus, de quoi ces mêmes Hiſtoriens (1) conviennent; que le droit féodal ne fut établi que ſur la fin de la ſeconde race de nos Rois, ou du commencement de la troiſieme, c'eſt-à-dire, depuis le dixieme ſiecle ſeulement. Ce qui a fait que ces Hiſtoriens ont conſidéré cette conceſſion, comme un fief, (qui à ſuppoſer qu'elle fût du Royaume d'Aquitaine, ne ſeroit dans la vérité qu'une confirmation, ou un renouvellement du partage fait avec Charibert) c'eſt qu'ayant trouvé dans la Charte de 845, que la Gaſcogne avoit été concédée par Charlemagne au Duc Loup *beneficiario jure*, ils ont cru que la Guienne avoit été donnée à Boggis & à Bertrand au même titre de bénéfice; ce qui n'eſt pas vrai; puiſque cette Charte ne parle que de certaines terres que Boggis & Bertrand avoient poſſédées & tranſmiſes à Eudes *jure hereditario*; qu'ils ont ſuivi l'erreur commune en confondant les bénéfices avec les fiefs; & que par inadvertance, ils ont donné aux fiefs une origine auſſi ancienne qu'aux bénéfices, quoiqu'ils euſſent déja fixé l'établiſſement des fiefs au dixieme ſiecle ſeulement; & ce que les mêmes Hiſtoriens appellent foi & hommage, dans la conceſſion du Royaume d'Aquitaine, ne pouvoit être qu'une reconnoiſſance de la Souveraineté, & la promeſſe de fidélité que tout ſujet devoit au Roi indépendamment du bénéfice, comme le remarquent les mêmes Hiſtoriens (2). Auſſi la Charte de 845 n'en parle que comme d'un ſerment de fidélité qui avoit été renouvellé pluſieurs fois par Vaifre, *Sacramenta fidelitatis*.

100. Si la conceſſion du Royaume de Toulouſe & d'Aquitaine avoit été faite à titre de fief, & ſous la foi & hommage, en faveur des enfans de Charibert, comme le prétendent les nouveaux Hiſtoriens de Languedoc, il ſembleroit d'abord que l'état des terres d'Aquitaine auroit changé, & qu'elles ſeroient devenues féodales; mais outre que le fait ne peut pas être vrai, comme nous l'avons montré, parce que la conceſſion fut faite *jure hereditario* oppoſé aux bénéfices;

(1) *Hiſt. gén. de Lang. liv.* 7, *n.* 93.

(2) *Hiſt. gén. de Lang. liv.* 10, *n.* 124.

que

que les fiefs n'étoient pas encore connus, & que l'on ne pratiquoit que les bénéfices, qui ſont différens de fiefs ; d'ailleurs Dagobert ne céda, & ne pouvoit céder, que les droits qu'il y avoit. Or les terres étant poſſédées auparavant par les particuliers, libres & franches, cette conceſſion, en la conſidérant comme un fief, n'auroit pas pu leur nuire, ni rendre féodaux que les droits tranſportés à Boggis & à Bertrand, c'eſt-à-dire les droits domaniaux, & la juſtice. Bien plus, les Hiſtoriens du Languedoc (1) aſſurent que les terres étoient poſſédées en 712, en Franc-Alleu, les loix des Viſigots, non plus que celles des Romains, ne faiſant aucune mention de droit féodal, ni de juſtice ſeigneuriale ; & ce qui confirme cette vérité d'une maniere inconteſtable, c'eſt que cette conceſſion comprend Toulouſe aux divers autres pays du Languedoc, dont les (2) nouveaux Hiſtoriens de cette province font le dénombrement.

101. Cependant on ne révoque pas en doute que le Languedoc ne ſe ſoit toujours maintenu dans la franchiſe naturelle & primitive de ſes terres, & qu'il ne ſoit regardé comme pays de Franc-Alleu ſans titre, non par privilege, ou conceſſion, mais pour avoir toujours conſervé ſa liberté originaire : auſſi on ne peut pas raiſonner, au ſujet de cette conceſſion ſur l'Aquitaine, d'une autre maniere que ſur le Languedoc : parce que le même titre embraſſe l'un & l'autre, ou du moins une grande partie. Si donc le Languedoc ne perdit pas alors la franchiſe de ſes terres, l'Aquitaine ne la perdit pas non plus. Et l'on doit dire la même choſe du traité fait en 736 (3) entre Hunaud fils, & ſucceſſeur d'Eudes (4) Duc d'Aquitaine, & Charles

(1) *Hiſt. gén. de Lang. liv.* 7, *n.* 93.

(2) *Hiſt. gén. de Lang. liv.* 7, *n.* 13. *Voyez ſuppl. n.* 97.

(3) *Hiſt. gén. de Lang. liv.* 8, *n.* 29.

(4) *Le P.* Jourdan, *Hiſt. de France liv.* 29, *tom.* 3, *pag.* 644, dit, après le Continuateur de Frédégaire, & les annales de Metz, que Chilperic II, étant en guerre avec Charles Martel, envoya des Ambaſſadeurs à Eudes, Duc d'Aquitaine, avec des préſens, & pour lui offrir toute l'Aquitaine à titre de Souveraineté, afin de l'engager de ſe déclarer ennemi de Charles Martel, & de ſe joindre à lui Chilperic. De là vient ſans doute que les ſucceſſeurs d'Eudes prétendirent poſſéder cette Province en toute ſouveraineté. En effet Frédégaire, *cap.* 107, après avoir parlé de l'ambaſſade envoyée à Eudes par Chilperic & Ragenfoy, ajoute, *regnum & munera tradunt.*

BIU Cujas

Martel, par lequel Hunaud, qui, suivant les traces de son pere, prétendoit posséder cette Province en toute souveraineté, en demeura paisible possesseur sous le titre de Duc; à condition néanmoins, qu'il tiendroit ses Etats sous la dépendance de Charles Martel, de Carloman & de Pepin ses enfans; car il n'exigea qu'un simple serment de fidélité pour le gouvernement d'Aquitaine, comme le remarque *le P. Jourdan* (1), ou si l'on veut, ce ne fut qu'un renouvellement de la condition imposée à Charibert dans la premiere concession dont il a été parlé (2), & qui par conséquent n'ajoute ni ne change rien par rapport à la liberté des terres possédées par les Aquitains.

(1) *Hist. de Franc. t. 3. p. 709.* (2) *Suppl. n. 97.*

SECTION III.

Cinquieme Epoque. Du Gouvernement de l'Aquitaine érigée de nouveau en Royaume par Charlemagne.

102. APRÈS les différentes guerres qui s'allumerent entre Vaifre, Duc d'Aquitaine, & Pepin le Bref & Charlemagne son fils, dont les Historiens du Languedoc (1) font le détail, l'Aquitaine, & le Royaume de Toulouse, furent réunis à la Couronne, sans néanmoins aucun changement (2) par rapport à la franchise des terres possédées par les particuliers. Quelques années après, le Roi Charlemagne (3) érigea l'Aquitaine en Royaume en faveur de Louis le Débonnaire, & le fit couronner à Rome par le Pape Adrien I. en 781. Ce Royaume eut plus d'étendue qu'il n'en avoit eu d'abord sous les Visigots, & ensuite sous le Roi Charibert. Outre l'Aquitaine propre, ou les deux Provinces Ecclésiastiques de Bourges & de Bordeaux, le Toulousain, & la Novempopulanie ou Gascogne, il l'étendit sur la Septimanie ou Gothie, & sur les conquêtes que Charlemagne avoit faites en Espagne sur les Sarrasins, entre l'Ebre & les Pyrénées.

(1) *Histoire générale de Lang. tom. 1, pag. 417 & seq.*

(2) *Voyez* Catel, *Mémoires du Lang. p. 534 & seq. p. 540 & seq. la Charte de Charles le Chauve de l'an 845 rapportée au tom. 1. de l'Hist. gén. de Lang. aux preuves, pag. 85 & seq.*

(3) *Histoire générale de Languedoc, liv. 8, n. 82, 91; & liv. 9, n. 141.*

BIU Cujas

103. Ce nouvel établiſſement n'apporta aucun changement à l'état ni à la franchiſe des biens poſſédés par les habitans de ce Royaume ; parce que, comme nous l'avons dit, les fiefs étoient inconnus, & que le Roi ne pouvoit pas préjudicier aux droits, ni à la franchiſe des biens ſur leſquels il n'avoit que la ſouveraineté, & dont la pleine propriété appartenoit aux Poſſeſſeurs. Indépendamment de ces raiſons, nous en avons la preuve dans l'acte de partage que le Roi Louis le Débonnaire fit de ſes Etats avant la naiſſance de Charles le Chauve en 817, entre ſes trois enfans, Lothaire, Pepin & Louis, rapporté dans le Recueil des Capitulaires de Baluſe (1). Pepin eut pour lui l'Aquitaine, proprement dite, la Gaſcogne, toute la Marche de Toulouſe, & quatre Comtés, ſavoir, de Carcaſſonne, d'Autun, d'Avalon & de Nevers dans le Royaume de Bourgogne. La Baviere, & une partie de la Germanie, échurent à Louis. L'Empereur réſerva le reſte de la Monarchie pour Lothaire ſon aîné qui devoit lui ſuccéder à l'Empire. Et par un autre article, qui prouve la propoſition que j'ai avancée, l'Empereur défend à tous les ſujets de ſa domination, de tenir après ſa mort des bénéfices que d'un ſeul des Princes ſes enfans (2), pour prévenir par-là, les diviſions qu'un uſage contraire pourroit faire naître ; mais il leur permet en même-tems de poſſéder par-tout ailleurs, & dans les Etats des autres Princes, leurs biens propres & héréditaires, chacun ſuivant ſa loi. Ce qui fait voir qu'ils n'étoient pas obligés de faire hommage à perſonne à raiſon de ces biens, qui étoient de véritables Alleus ; car autrement il auroit détruit par cette permiſſion, la défenſe qu'il avoit faite à ſes ſujets de poſſéder des bénéfices des uns & des autres en même tems, pour prévenir les diviſions. Ce Prince permet de plus à tout homme libre & ſans Seigneur, de ſe ſoumettre à celui des trois Princes ſes enfans qu'il voudroit choiſir : preuve certaine que le Franc-Alleu étoit alors en uſage dans toute la France, & par conſéquent dans l'Aquitaine. L'érection de ce Royaume n'y avoit donc pas dérogé. Du reſte, les autres partages (3) que le même Empereur fit entre ſes enfans en 835 & 837, qui ſont

(1) *Capitular.* Baluſii, *tom.* 1, *pag.* 575.
(2) *Capitul. Baluſ. tom.* 1, *pag.* 576, *art.* 9.
(3) *Capitul. Baluſ. t.* 1. *p.* 685.

BIU Cujas

rapportés par Baluſe, & dont les Hiſtoriens (1) font mention, n'ont pas non plus dérogé à la franchiſe de la Guienne ; parce qu'ils ne diſpoſent que des Royaumes & des droits Domaniaux, & non des biens des particuliers.

(1) *Hiſt. gén. de Lang. liv.* 9, *n.* 131, 137, 139. Mezeray, *Abrégé chronol. tom.* 1, *pag.* 305 *de l'édit. de* 1688.

SECTION IV.

Sixieme Epoque. Du Gouvernement de l'Aquitaine après la réunion à la Couronne.

104. PEPIN (1), Roi d'Aquitaine, mourut laiſſant deux fils, Pepin & Charles : celui-ci fut arrêté de l'ordre de Charles le Chauve, ſon oncle, qui le fit enfermer dans le Monaſtère de Corbie. Il fut, quatre ans après, Archevêque de Mayence. Pepin qui avoit été exclu du Royaume d'Aquitaine par le jugement de Louis le Débonnaire, ſon grand-pere, lequel avoit engagé les Aquitains à prêter le ſerment en faveur de Charles le Chauve, fut auſſi confiné dans le Monaſtère de ſaint Médard (2), d'où s'étant évadé, il roda quelque tems, & ſe mit avec les Normands (3) ; mais ayant été repris, il fut reſſerré fort étroitement dans le Monaſtere de Senlis en 858, par où le Royaume d'Aquitaine revint à Charles le Chauve (4), qui le donna à Louis le Begue, ſon fils, en 865, lequel le réunit à la Couronne en 877, & le fit gouverner par des Ducs & des Comtes (5), qui étoient, non héréditaires, mais deſtituables à volonté ; & ce gouvernement, ſous l'autorité du Roi, dura juſqu'au regne de Charles le Simple, que les Ducs (6) & les Comtes uſurperent leurs Gouvernemens, s'emparerent des droits régaliens, & les rendirent héréditaires ſelon *Louvet* & *Dupleix* (7) : mais les Auteurs de la nouvelle

(1) Mezeray, *Abrégé chronol. tom.* 1, *p.* 306, 307, 325, 326, 327. *Voyez* Auteſerre, *rerum Aquitanicarum, lib.* 8, *cap.* 3.

(2) Mezeray, *ibid.*

(3) Louvet, *hiſtoire de Guienne, ch.* 8, *n.* 4, *hiſt. gén. de Languedoc, liv.* 10, *n.* 55.

(4) *Hiſtoire générale de Langued. liv.* 10, *n.* 102, 109.

(5) Auteſerre, *rerum Aquitanic. lib.* 8, *cap.* 4.

(6) Auteſerre, *de ducibus & comitib. Provinc. lib.* 1, *cap.* 5. Voyez *les Auteurs cités ſup. n.* 52, 53.

(7) Dupleix, *en la vie de Hugues Capet, tom.* 2, *p.* 10. Louvet, *Hiſtoire de Guienne, ch.* 8, *in fine.*

BIU Cujas

Hiſtoire du Languedoc prétendent que ces uſurpations commencerent ſous le regne de Louis le Begue.

105. Quoi qu'il en ſoit, l'époque de ces uſurpations eſt indifférente, il eſt facile de comprendre que, ni le retour du titre de ce Royaume à la Couronne de France, ni le gouvernement des Ducs non héréditaires, ne donnerent aucune atteinte à la liberté des terres poſſédées par les Aquitains, & ne détruiſirent pas le Franc-Alleu. Ce qui le prouve, c'eſt qu'en 864 (1) Charles le Chauve, par une conſtitution faite à la Diete tenue au Palais de Piſtes ſur la Seine, & dans le Dioceſe de Rouen, confirma ceux des peuples qui ſuivoient les loix Romaines, dans l'uſage où ils étoient de s'en ſervir, *de illis autem*, dit l'article 28, *qui ſecundùm legem Romanam vivunt, nihil aliud niſi quod in eiſdem continetur legibus definimus*, & que pluſieurs Capitulaires poſtérieurs, que nous rappellerons bientôt, & une infinité d'autres qui ſont rapportés par *Chantereau le Fevre* (2), font mention des Alleus.

(1) *Capitular. Baluſii, tom. 2, col. 188. Hiſtoire gén. de Lang. liv. 10, n. 95.*

(2) *De l'origine des fiefs, aux preuves.*

CHAPTRE VII.

Examen de la cinquieme Source.

Y a-t-il une conceſſion générale de toutes les terres du Royaume, à titre de fief? Y a-t-il quelque loi générale du Royaume, qui en ſuppoſant une telle conceſſion, ait établi la Seigneurie féodale univerſelle dans tout le Royaume?

106. Y Orsque nous avons examiné ci-deſſus, la forme du partage des terres des Gaules après la conquête, en diſcutant la ſeconde ſource, nous avons prouvé qu'il étoit impoſſible que les Conquérans, qui ne ſe réſerverent la propriété que d'un tiers, & qui laiſſerent les autres deux tiers aux ſoldats ou aux peuples vaincus, à titre d'Alleu & de pleine propriété, ayent fait une conceſſion générale de toutes les terres à titre de fief. Il ſeroit inutile de répéter ce que nous avons dit.

Il ne reſte donc qu'à voir ſi, depuis la conquête, nos Rois ont porté quelque loi générale pour établir cette

BIU Cujas

Seigneurie féodale & universelle. A la vérité certains Auteurs ont prétendu que le Franc-Alleu avoit été généralement détruit dans toute la France, par une constitution du Roi Charles le Chauve de l'année 847 (1), qui porte: *Volumus etiam, ut unusquisque liber homo in nostro regno, seniorem qualem voluerit in nobis, & in nostris fidelibus accipiat.* C'est sur cette constitution qu'est fondée cette loi prétendue que certains Auteurs (2) appellent loi Royale, selon laquelle ils soutiennent que le Roi a la Seigneurie directe de tout le domaine, fiefs, terres & pays de son obéissance, & c'est delà que les Seigneurs ont pris prétexe de faire valoir dans les derniers tems, la maxime, *nulle terre sans Seigneur*, qui est bien vraie à l'égard de la Juriſdiction, parce qu'on ne peut point posséder la justice en Franc-Alleu; mais non à l'égard des fiefs & des devoirs Seigneuriaux, dont cette maxime n'entend point parler, comme l'ont fort bien prouvé plusieurs Auteurs, & entr'autres, *Dominici*, *Basnage* (3), & une foule d'autres.

107. Mais, pour bien comprendre le sens de cette constitution, il faut savoir que, du tems de Charles le Chauve, & auparavant, les hommes de condition libre se croyoient dispensés de servir les Rois dans leurs armées, à moins qu'ils ne tinssent d'eux quelque bénéfice (4), & ceux qui ne possédoient que des Alleus prétendoient n'être obligés d'aller à la guerre que quand il s'agissoit de défendre leur patrie. *Oihenard* (5) rapporte le serment de fidélité de Grax Bassia, Seigneur de Lux, à Thomas, Roi de Navarre, de Champagne & de Brie, qui prouve cette vérité. Ce Seigneur de Lux qui tenoit des bénéfices du Vicomte de Tartas, après avoir promis la fidélité & les services au Roi de Navarre, ajoute, qu'il n'y sera obligé que tandis qu'il tiendra le bénéfice, à raison duquel il se soumettoit à la fidélité & aux services en faveur du Roi de Navarre: *Et todas estas cosas qui desus son dictas tendré & complirey ben, & legalment, tanto com a vos*

(1) *Capitular. Balusii, tom. 2, pag. 44, art. 2.*

(2) Corbin, *du droit de patronage. Traité des fiefs, ch. 5, loi 1, pag. 564.*

(3) Dominici, *de prærogat. allod. cap. 13 & 14.* Basnage, *sur l'art. 102 de la coutume de Normandie, p. 172 de la premiere édit.*

(4) Dominici, & Basnage. *Ibid.*

(5) Oihenard, *notitia utriusque Vasconiæ, lib. 2. cap. 12, pag. 264, 265.*

BIU Cujas

playdra, que yo tiengo bienfeito de vos, & otrossi quanto a mi ploguiere, que yo tienga voſtro bienfeito, que del dia, que me tolliextes voſtro bienfeito que yo non vos ſea tenido en rem de las ditas convenienças. Le même (1) *Oihenard* rapporte encore, que les Seigneurs Gaſcons appellés *Ricos*, en langue du pays, c'eſt-à-dire, Riches, avoient la liberté de ſe ſouſtraire, comme ils vouloient, à la puiſſance du Roi. Il fut même permis aux François, par le nouveau partage fait en 837 (2) par Louis le Débonnaire entre ſes enfans, après la mort de leur Seigneur, de ſe mettre ſous la protection de tel autre qu'ils voudroient choiſir dans les trois Royaumes, dont les Etats de ce Prince étoient compoſés : *Ut unuſquiſque liber homo poſt mortem domini ſui licentiam habeat ſe commendandi inter hæc tria regna ad quemcunque voluerit, ſimiliter & ille qui nondùm alicui commendatus eſt.*

108. Pour remédier (3) à ce déſordre, Charles le Chauve fit deux conſtitutions. Par la premiere, il voulut que perſonne ne fût exempt du ſervice militaire (4), *ſed ut liberi homines ſecundùm qualitatem proprietatis* (5) *exercitare debeant*, que ceux qui poſſédoient des Alleus fuſſent obligés de ſervir à la guerre ſelon la qualité & la valeur des Alleus (6), & quand ils n'avoient pas des facultés ſuffiſantes, on les uniſſoit deux ou trois, ou quatre enſemble, qui contribuoient à la dépenſe de celui d'entr'eux qui devoit porter les armes.

109. Par l'autre conſtitution qui fut faite lors du traité de paix entre Charles le Chauve, Lothaire & Louis, ſes freres, il fut ordonné que chaque homme libre fût tenu de ſe choiſir un Seigneur tel qu'il voudroit (7) : *Volumus etiam ut unuſquiſque liber homo in regno noſtro ſeniorem qualem voluerit in nobis & noſtris fidelibus accipiat ;* mais ce n'étoit pas un Seigneur de fief ; l'uſage n'en étoit pas encore établi ; c'étoit celui qui devoit être le Chef & le Capitaine de ceux qui étoient mandés à la guerre, & ils devoient ſe ranger

(1) Oihenard, *ibid. p.* 266.
(2) *Capitular. Baluſii*, *tom.* 1, *pag.* 687, *art.* 6.
(3) Baſnage, Dominici, *ibid.*
(4) *Capitular. Baluſii*, *tom.* 1, *pag.* 489, *cap.* 1.
(5) Ce mot *proprietatis* ſignifie Alleu, Bignon, *ſur Marculphe*, *apud Capitul. Baluſii*, *t.* 2, *p.* 875. Caſeneuve, *du Franc-Alleu*, *l.* 1, *ch.* 9, *n.* 4. Chantereau, *aux preuves.*
(6) *Capitular. Baluſii*, *tom.* 1, *p.* 489, *cap.* 1.
(7) *Capitular. Baluſii*, *tom.* 2, *p.* 44, *art.* 2.

BIU Cujas

sous ses étendards (1), ou, comme l'a cru *Chantereau le Fevre* (2), un Protecteur semblable au Patron des Romains par rapport à ses Cliens (3). Et ce qui ne laisse aucun lieu de douter qu'il n'étoit nullement question de fief, c'est que cette constitution permet à tout homme libre de se choisir tel Seigneur qu'il trouve à propos. Or, selon la remarque du même Auteur (4), le sens commun ne souffre pas qu'un homme riche puisse être contraint à donner au premier venu une partie de son héritage, & encore à un autre, se réduisant ainsi en peu de tems à la pauvreté. Pour prévenir l'objection qu'on pourroit faire, que l'esprit de cette constitution est, que l'homme libre en choisissant son Seigneur étoit obligé de reconnoître tenir de lui les biens par lui possédés, nous observons qu'elle ne parle point des biens de l'homme libre, & que la faculté du choix du Seigneur est accordée à ceux qui ne possédoient aucuns biens allodiaux, tout de même que ceux qui en possédoient; qu'ainsi, afin que le choix eût pu former un rapport féodal entre le Seigneur & l'homme libre qui n'avoit aucuns biens allodiaux, il auroit fallu, suivant la pensée de *Chantereau le Fevre*, que le Seigneur eût pu être contraint de donner en fief partie de son héritage à quiconque l'auroit choisi.

110. Plusieurs constitutions du même Roi, Charles le Chauve, prouvent incontestablement que celle de 847, sur laquelle on veut fonder la maxime, *nulle terre sans Seigneur*, ne fut faite que pour assujettir les personnes de condition libre au service militaire. En effet, par celle de 856, qui fut adressée aux Aquitains, il fut permis à ceux qui avoient choisi un Seigneur ou Capitaine, de le quitter pour en prendre un autre, ce qu'on n'auroit pas pu faire s'il avoit été question d'un fief; parce qu'on ne peut se dégager des obligations qu'il impose, qu'en le déguerpissant, de quoi la Constitution ne fait nulle mention (5). Voici de quelle maniere parle l'art. 13. *Et mandat vobis noster senior, quia si aliquis de vobis talis est cui suus senioratus non placet, &*

(1) Daniel, *Hist. de la milice Franç. liv. 1, ch. 2, p. 16.*

(2) Chantereau le Fevre, *liv. 3, de l'origine des fiefs, ch. 3, p. 165 & 166.*

(3) *Voyez* l'Histoire critique de l'établissement de la Monarchie Françoise, *liv. 6, ch. 5. p. 321 & seq.*

(4) Chantereau le Fevre, *ibid.*

(5) *Capitular. Baluzii, tom. 2, p. 83, art. 13.*

BIU Cujas

illi simulat, ut ad alium seniorem melius quàm ad illum acaptare possit, veniat ad illum, & ipse tranquillo & pacifico animo donat illi commeatum. Le premier Seigneur étoit donc obligé de donner le congé à celui qui s'étoit mis sous ses étendarts & sous sa protection ; ce qui convient parfaitement à l'idée d'un Capitaine, par rapport à ses soldats.

111. Par une autre constitution du même Roi (1) de l'année 873. art. 6, il est enjoint aux Comtes d'obliger tous les possesseurs des Alleus de promettre la fidélité au Roi : *Ut unusquisque Comes in Comitatu suo magnam providentiam accipiat, ut nullus liber homo in nostro regno immorari, vel proprietatem* (2) *habere permittatur, cujuscunque homo sit, nisi fidelitatem nobis promiserit ;* & cette fidélité n'étoit promise qu'à raison de la souveraineté, comme le remarque Caseneuve (3) & non à raison de l'Alleu qui ne releve que de Dieu, quant à la propriété.

112. Enfin par une autre constitution du même Prince de l'année 877, art. 10, (4) il est dit : *Si aliquis ex fidelibus nostris post obitum nostrum, Dei & nostro amore compunctus, sæculo renuntiare voluerit, & filium vel talem propinquum habuerit, qui reipublicæ prodesse valeat, & valeat placitare, & si in allode suo quietè vivere voluerit, nullus ei aliquod impedimentum facere præsumat, neque aliud aliquid ab eo requiratur, nisi solummodò, ut ad patriæ defensionem pergat.* Après quoi il ne reste aucune difficulté sur l'intelligence de la constitution de 847, & l'on ne peut pas révoquer en doute, qu'elle n'a donné aucune atteinte aux Alleus, puisque les constitutions postérieures prouvent qu'ils ont été laissés dans leur entier. Pour ne rien laisser en arriere, & répondre aux objections, nous observerons, que *Boulainvilliers* (5), a prétendu que Charles le Chauve établissoit la succession des bénéfices royaux. Mais il paroît par ses termes, qu'elle n'accorde qu'une simple permission à ceux qui voudroient renoncer au siecle de laisser leurs bénéfices à ceux de leurs enfans, ou de leurs parens, qui seroient

(1) *Capitul. Balusii, tom.* 2, *pag.* 230, *art.* 6.

(2) Ce mot ne signifie autre chose que ce que nous appellons Franc-Alleu. Caseneuve, *du Franc-Alleu, liv. ch.* 9, *n.* 4. Bignon, *sur Marculphe, apud Capitular. Balusii, t.* 2, *p.* 875.

(3) Caseneuve, *du Franc-Alleu, liv.* 1, *chap.* 10, *n.* 9.

(4) *Capitular. Balusii, tom.* 2, *p.* 264.

(5) *Hist. du gouvernement ancien, lettre* 4, *p.* 293.

BIU Cujas

capables de servir l'Etat ; ce qui est particulier en faveur de la Religion, & ne devoit pas par conséquent avoir lieu aux autres cas.

SECTION I.

Septieme Epoque. Du Gouvernement de la Guienne sous les Ducs héréditaires, jusques à ce qu'elle passa aux Anglois.

113. NOus pouvons passer à la septieme Epoque ; que nous fixerons au tems de la domination des Ducs héréditaires d'Aquitaine, jusques à l'année 1152, qu'Eléonore, fille de Guillaume IX, selon (1) *Mezeray & Louvet*, ou de Guillaume X, selon les nouveaux Historiens de Languedoc, Duc d'Aquitaine, ayant été répudié par Louis le Jeune, & ayant épousé Henri, Duc de Normandie, qui fut ensuite Roi d'Angleterre, la Guienne passa sous la domination des Anglois. Selon *Benedicti* (2), la Guienne ne comprenoit alors que les trois Sénéchaussées de Bordeaux, de Bazas & des Landes ; mais il y a apparence qu'elle étoit d'une plus grande étendue ; ce qu'il y a de vrai, c'est que le Comte de Toulouse en possédoit une grande partie, comme nous le dirons plus bas, & notamment la Gascogne Toulousaine, telle qu'elle est désignée par *Oihenart* (3), & suivant les nouveaux Historiens du Languedoc (4), les Comtes de Toulouse dominerent, soit directement ou indirectement, sur l'Aquitaine jusques aux Pyrénées, & au Duché de Gascogne du côté du Midi & du Couchant, & jusques à l'Isere au Nord ; ce qui comprend la plus grande partie de l'Aquitaine.

114. Ces Ducs héréditaires s'emparerent des droits régaliens, & des Domaines du Roi ; mais non pas des biens des particuliers. Ils ne firent non plus rien qui pût diminuer leur franchise. Ils avoient trop d'intérêt à se ménager l'affection des peuples, afin de se maintenir dans leur usurpation, pour faire une innovation qui auroit été capable de les révolter, & de rompre

(1) Mezeray, *Abrégé chronol. t. 2, p. 557, 570, 571. Hist. gén. de Lang.* Louvet, *Hist. de Guienne.*

(2) Benedicti, *tractat. de Ducatu Norm. n. 18 & 34.*

(3) Oihenart, *notitia utriusque Vasconiæ, lib. 3. cap. 2. p. 532, 533.*

(4) *Hist. gén. de Lang. liv. 18, n. 69.*

BIU Cujas

leurs desseins, en réclamant l'autorité du Roi, que les Ducs vouloient dépouiller de son Domaine : d'ailleurs les Historiens n'en font aucune mention. Nous apprenons au contraire de ceux qui rapportent l'état de l'Aquitaine (1) sous le regne des Rois de la seconde race, qui dura jusques en 987, que les terres étoient possédées en pleine propriété, à l'exception de certaines qui avoient été données par les Rois à titre de bénéfice ; & bien qu'ils eussent voulu donner atteinte à une liberté si précieuse, (2) Mezeray observe que les Seigneurs avoient les premiers donné les terres qui dépendoient d'eux, à leurs Vassaux ; afin qu'ils fussent intéressés à les maintenir dans leur usurpation. On voit encore qu'il y avoit une troisieme espece de biens (3) qu'on appelloit *aprisio* & *aprisiones*, qui étoient des terres baillées héréditairement, exemptes de Cens & de Rente, & qui ne différoient des Alleus, qu'en ce que les héritiers étoient obligés de demander au Prince la confirmation de leur possession.

115. Nous pouvons donc assurer que pendant le regne des Rois de la seconde race, la Seigneurie féodale universelle ne fut point établie, & que le Franc-Alleu ne reçut point d'atteinte générale, nonobstant les différentes révolutions, quoique *Cazeneuve, du Franc-Alleu, liv. 1, chap. 11 & 12*, nous apprenne que beaucoup de terres qui étoient possédées en Alleu, furent converties en fiefs, soit par violence, soit par d'autres moyens : car on en use de même en Languedoc où le Franc-Alleu naturel s'est toujours conservé jusqu'à présent. Il n'en reçut pas non plus sous les Rois de la troisieme race, tandis que les Ducs héréditaires possédérent la Guienne, puisque du tems même de Charles le Chauve le droit de Justinien qui établit encore plus particuliérement la liberté, & la franchise des terres, succéda au Code Théodosien, qui avoit toujours été en vigueur jusqu'alors, comme le prouve Auteserre (4) par plusieurs autorités précises & inconteſtables. Des faits, des principes & des regles que nous avons posés ci-dessus dans la discussion des cinq différentes sources d'où peut dériver la Seigneurie féodale

(1) *Hist. gén. de Lang. liv.* 10, *n.* 121 *& seq.*

(2) Mezeray, *Abrégé chronol. t.* 2. *p.* 460.

(3) *Hist. gén. de Lang. ibid. n.* 122. *Voyez* Dominici & Caseneuve.

(4) Auteserre, *rerum Aquit. lib.* 3, *cap.* 13.

BIU Cujas

universelle, nous pouvons tirer cette conséquence ; qu'elle n'eſt point établie, & par une ſuite du même raiſonnement, on ne peut point la préſumer. Il faut donc établir la féodalité ſur des titres. Mais pour ne pas équivoquer, & ne pas choquer des établiſſemens faits & reçus ſans contradiction, nous diſons, par rapport aux pays coutumiers, que dans ceux où la maxime, *nulle terre ſans Seigneur*, a été reçue par coutume locale, elle devoit ſervir de titre ſuffiſant aux Seigneurs, ſans avoir beſoin d'en rapporter d'autre ; qu'au contraire, dans les lieux où le Franc-Alleu a été admis comme naturel par la coutume locale, il faut s'en tenir à la diſpoſition de ces coutumes : nous indiquerons ci-après, n. 188, les coutumes de l'une & l'autre eſpece. Et qu'enfin, dans le pays où les coutumes n'en diſpoſent point, quoique pluſieurs Auteurs tiennent pour la liberté du Franc-Alleu & entr'autres, *du Moulin* & *M. le Maitre*, dans ſon Traité des amortiſſemens, *ch. 5*, & qu'ils ayent même la vérité pour eux, néanmoins l'opinion la plus commune & la plus généralement reçue par les Auteurs eſt contraire à la liberté du Franc-Alleu ; ſur quoi on peut voir *les Commentateurs ſur la coutume de Paris*, *Bacquet*, *Pithou & le Grand*, *ſur la coutume de Troyes*, *art. 51*, Buridan ſur celle de Rheims art. 40, la Lande ſur celle d'Orléans, art. 255, n. 15, & autres. En mon particulier je penſe que dans les coutumes qui n'admettent, ni ne rejettent point le Franc-Alleu, c'eſt aux Seigneurs particuliers à prouver la mouvance qu'ils prétendent ; parce que les biens ſont préſumés libres & exempts de toutes charges, ſi le contraire n'eſt prouvé ; que tout demandeur doit établir le fondement de ſa demande ; que la liberté eſt un état naturel qu'il faut détruire en établiſſant la charge ; que j'ai prouvé d'une maniere claire, ſi je ne me trompe, qu'il n'eſt point arrivé d'événement dans le Royaume, qui ait établi ou introduit la Seigneurie univerſelle ; qu'enfin dans les pays qu'on appelle coutumiers, la loi Romaine eſt le droit commun, quoi qu'en ayent penſé quelques Auteurs, comme l'a fort bien prouvé *M. le Préſident Bouhier*, *dans ſes Obſervations ſur la coutume de Bourgogne*, *ch. 4*. Qu'ainſi les mêmes raiſons qui militent pour les pays du droit écrit, militent pareillement pour les pays coutumiers. A l'égard des pays du droit écrit, tous les Auteurs conviennent, ſi l'on en excepte le ſeul *Galand*, *dans*

BIU Cujas

Son Traité du Franc-Alleu, qui avoit des raisons particulieres pour soutenir l'opinion contraire, que le Franc-Alleu y est naturel. Nous avons indiqué quelques-uns de ces Auteurs dans le cours de cette dissertation. Nous montrerons encore plus bas, que tous les pays du droit écrit jouissent actuellement de la liberté du Franc-Alleu. Ainsi la difficulté ne peut être agitée avec quelque fondement, que par rapport à la Province de Guienne.

SECTION II.

Huitieme Epoque. De la domination des Anglois dans la Guienne.

116. SUR les Epoques que nous avons discutées, il n'y a point de doute, que la liberté du Franc-Alleu n'ait été conservée à la Guienne, & ceux qui soutiennent l'opinion contraire du Franc-Alleu, touchant cette Province, n'insistent pas beaucoup sur les révolutions précédentes. Nous voici à la huitieme Epoque qui doit embrasser tout le tems de la domination des Anglois en Guienne; c'est à cette Epoque qu'on rapporte la destruction totale du Franc-Alleu de cette Province & l'établissement de la Seigneurie féodale universelle.

117. On se fonde, 1°. sur ce que pendant la domination des Anglois, toutes les terres de la Guienne furent rendues féodales ou emphytéotiques, à cause des différentes guerres & des troubles qui furent presque continuels durant leur domination, & qui donnerent lieu aux Seigneurs d'assujettir toutes les terres de cette Province. 2°. Et si tous les Seigneurs ne sont pas en état d'établir que les terres relevent d'eux en fief, c'est parce que, selon eux, les Anglois ayant été chassés de cette Province ils en enleverent tous les titres, en sorte que n'étant plus en état de justifier de leurs droits, il leur suffit d'établir qu'ils sont Seigneurs justiciers, pour être en droit de se faire reconnoître par les possesseurs des terres qui sont dans l'étendue de leur justice, & d'en exiger les redevances, telles que les possesseurs des terres voisines les payent; & c'est ce qu'on appelle reconnoître de proche en proche. 3°. Ils ajoutent, que la Guienne ayant été conquise sur les Anglois, à supposer que ceux-ci ne l'eus-

BIU Cujas

ſent pas aſſujettie aux Droits Seigneuriaux ; tandis qu'ils la tenoient, elle l'auroit été après la conquête des François, pour punir les Aquitains de leur perfidie envers le Roi, & de leur affection envers les Anglois.

118. Mais pour ſavoir ſi la prétention des Seigneurs eſt fondée, & ſi leurs raiſons ſont véritables, il faut examiner les faits tels que les Hiſtoires nous les apprennent ; & pour le faire avec plus d'ordre, il convient de diviſer cette époque en deux tems. Le premier contiendra la domination des Anglois dans la Guienne, depuis le mariage d'Eléonore avec le Roi d'Angleterre, juſques à la premiere confiſcation, ordonnée par le jugement de la Cour des Pairs de l'année 1202, & le deuxieme, depuis que cette Province fut rendue aux Anglois par le Roi Louis IX, juſques à ce qu'ils en furent entiérement chaſſés par le Roi Charles VII en 1451.

119. On doit donc obſerver, par rapport au premier de ces deux tems, qu'après que le mariage de Louis le Jeune (1) avec Eléonore, fut déclaré nul par ſentence des Prélats du Royaume, aſſemblés à Baugency, Louis en renvoyant Eléonore lui rendit la Guienne, & il en retira les garniſons pour lui en laiſſer la poſſeſſion libre ; qu'enſuite Eléonore s'étant mariée avec Henri, Duc de Normandie, qui fut bientôt après Roi d'Angleterre, cette Province paſſa ſous la domination des Anglois, & fut poſſédée ſous le titre de Duché relevant de la Couronne de France par le Roi Henri, & après ſa mort par Eléonore ou ſes enfans juſqu'en l'année 1202 (2), que Jean Sans-Terre, Roi d'Angleterre, & Duc de Guienne, ayant fait aſſaſſiner Artus de Bretagne ſon neveu, dont il étoit tuteur, Conſtance, mere de ce Prince, demanda juſtice au Roi Philippe de ce parricide commis dans ſes terres, & ſur la perſonne d'un de ſes vaſſaux (3). Le Roi fit donc ajourner Jean à la Cour des Pairs, où ne com-

(1) Mezeray, *Abrégé chronologique*, *t.* 2, *p.* 570. Dupleix, *Hiſt. de France en la vie de Louis le Jeune*, *t.* 2, *p.* 142.

(2) Mezeray, *ibid. pag.* 612. Louvet, *Hiſt. de Guienne*, *ch.* 10, *n.* 2. Dupleix, *en la vie de Philippe II*, *tom.* 2. *pag.* 195, 196. Auteſerre, *de Ducib. & Com. Provinc. lib.* 3, *cap.* 22. Benedicti, *Tractatus de Ducatu Normaniæ*, *n.* 27 *& ſeq.*

(3) Du Haillan, *Etat des affaires de France*, *liv.* 3, *fol.* 262, 263. Voyez *cap. novit* 13. *extrà de judiciis & ibi Molinæus.*

BIU Cujas

paroiſſant pas, & n'envoyant perſonne pour s'excuſer, il fut, par Arrêt de cette Cour, condamné, comme atteint & convaincu de parricide & de félonie, à perdre toutes les terres qu'il avoit en France, qui ſeroient acquiſes & confiſquées à la Couronne, tous ceux qui le défendroient réputés criminels de Leze-Majeſté.

120. En exécution de cet Arrêt, le Roi Philippe (1), moitié par force, moitié par intelligence, lui ôta en 1203 preſque toutes les terres de la haute Normandie, & l'année ſuivante il ſe rendit maître de toutes les villes de la baſſe Normandie preſque ſans coup férir. En même tems Guillaume des Roches, qui avoit quitté le parti de Jean, pour ſe donner à Philippe, lui aſſura les Comtés d'Anjou, du Maine & de Touraine, & & Henri Clément, Maréchal de France, lui conquit tout le Poitou, à la réſerve de Niort, Thouars & la Rochelle. Selon (2) *Louvet* & *Auteſerre*, la Guienne eut le même ſort. L'Auteur de l'Abrégé Chronologique de l'Hiſtoire d'Angleterre (3), prétend que la Guienne demeura alors au pouvoir des Anglois. Mais *Dupleix* (4) rapporte que tous les peuples de Guienne, à la réſerve des Gaſcons, qui ſont les peuples habitans entre la Garonne & les Pyrénées, ſe ſoumirent à l'obéiſſance de Louis VIII, après la priſe de la Rochelle en 1223. Il eſt pourtant certain que la Gaſcogne fut depuis conquiſe ſur les Anglois ; cela paroît par le Traité de Paix entre S. Louis & Henri Roi d'Angleterre (5), lors duquel Henri offroit la ceſſion de la Normandie & de l'Anjou en échange du Limouſin, du Périgord & de tout ce que les François avoient conquis au-delà de la Garonne. Il falloit donc que la Gaſcogne, qui eſt au-delà de la Garonne, fût alors au pouvoir des François, en tout ou en partie.

121. Quoi qu'il en ſoit, cette confiſcation, ni la maniere dont le Roi Philippe & ſes Succeſſeurs réunirent à la Couronne la Guienne & les autres Provinces que le Roi d'Angleterre poſſédoit en France,

---

(1) Mezeray, *ibid. pag.* 612. Dupleix, *ibid. p.* 196. Auteſerre, *ibid. p.* 278, *Aquitani, Pictones, Turones, Andes confeſtim in Philippi obſequium ierunt.*

(2) Louvet, *Hiſt. de Guienne, ch.* 10, *n.* 2, & *ch.* 11, *n.* 1. Auteſerre, *ibid.*

(3) *Abrégé chronolog. de l'Hiſt. d'Anglet. tom.* 1, *p.* 206.

(4) Dupleix, *en la vie de Louis VIII, tom.* 2, *p.* 237. *Voyez* du Haillan, *état des affaires de France, liv.* 3, *fol.* 263.

(5) *Abrégé chronol. de l'Hiſt. d'Angleterre, t.* 1, *p.* 243, 244.

BIU Cujas

ne changerent point l'état des poſſeſſions des Particuliers, & ne détruiſirent pas leur Franc-Alleu, comme l'a fort bien remarqué Auteſerre (1) en ces termes : *Nobis ſatis eſt allodium illud vindicare Aquitaniæ, quod eſt beneficium juris civilis, quo Aquitania utitur, nec ejus improperium fero, qui Aquitanos jure allodii lapſos voluit ob perfidiam, & ſtudium in partes Anglorum : ſatis utique compertum Aquitaniam non ſuo ſcelere, ſed infelici fato in Anglorum poteſtatem veniſſe, ipſamque ſuis viribus ad Francos veniſſe, eoque nomine multa de noſtris regibus inſignia privilegia meruiſſe, adeò perfidiæ labem non tulit allodii juris multatione, caſuque.* Deux ou trois raiſons confirment d'une maniere indubitable l'opinion de cet Hiſtorien.

122. La premiere que la confiſcation fut ordonnée pour les crimes particuliers du Roi Jean, d'où l'on peut tirer deux conſéquences évidentes : l'une, que les poſſeſſeurs n'ayant point délinqué, ils n'ont pu être punis, parce que les peines doivent ſuivre les Auteurs du crime (2). *Sancimus*, dit la loi 22, cod. de pœnis, *ibi eſſe pœnam ubi & noxia eſt. Peccata ſuos teneant autores, nec ulteriùs progrediatur metus, quàm reperiatur delictum.* L'autre, que la confiſcation n'a réuni à la Couronne que les Droits du Roi Jean ſur les biens confiſqués. Or n'ayant rien à voir ſur les biens allodiaux poſſédés par les habitans de la Guienne, les Rois de France, qui profiterent de la confiſcation, n'eurent non plus aucun Droit ſur les mêmes terres allodiales.

123. La deuxieme raiſon eſt priſe, de ce que la Guienne s'étant ſoumiſe volontairement à l'obéiſſance de Louis VIII. comme le rapporte *Dupleix* (3), il n'eſt pas naturel de penſer, que ſes habitans ayent été punis par la privation d'une franchiſe très-précieuſe, tandis que leur affection & leur bonne volonté méritoient une récompenſe.

124. On peut prendre une troiſieme raiſon très-déciſive de ce que la Normandie & le Berry, qui ſont du nombre des pays confiſqués, comme conquis, ſe ſont conſervés dans la liberté du Franc-Alleu, comme le prouvent la coutume de Normandie (4), Baſnage

(1) Auteſerre, *rerum Aquitan. lib.* 3, *cap.* 17.

(2) *L.* 22. *cod. de pœnis, cap. quæſivit.* 2, *extrà, de his quæ fiunt à major. part. capitul.*

(3) Dupleix, *en la vie de Louis VIII. t.* 2, *p.* 237.

(4) *Art.* 102, *de la cout. de*

dans

dans son commentaire, & Chenu sur Papon, qui attestent l'usage du Franc-Alleu pour le Berry. Cependant il n'y a nulle apparence qu'on ait distingué la Guienne de la Normandie & du Berry, qui ont subi le même sort. Et si ces deux Provinces conserverent alors leur franchise, on ne peut pas révoquer en doute que la Guienne ne la conservât pareillement, avec d'autant plus de raison, que Bourges étoit anciennement la capitale de la premiere Aquitaine.

125. On peut encore ajouter l'exemple des pays d'Albigeois, du Velay, & du Gevaudan, qui, selon *Louvet* (1), faisoient partie de la Guienne confisquée sur les Anglois. Cependant ces pays, qui font aujourd'hui partie de la Province du Languedoc, se sont conservés dans la liberté du Franc-Alleu, nonobstant cette confiscation & ses suites.

126. Un autre exemple encore plus décisif, peut être pris du Bourdelois (2), lequel s'est maintenu dans la liberté du Franc-Alleu, nonobstant toutes les révolutions de la Guienne, dont Bourdeaux est la capitale, & dont le Bourdelois faisoit partie. Par quel sort les autres contrées de la même Province de Guienne auroient-elles perdu cette franchise si précieuse, sur-tout, tandis que les Historiens n'en disent rien, & que nous ne trouvons aucune trace, ni vestige de loi, ni traité, qui porte une dérogation générale du Franc-Alleu de la Guienne? Nous voyons au contraire que dans tous les tems elle s'est gouvernée par la loi Romaine, qui, de l'aveu de tous les Auteurs (3), est la base & le fondement du Franc-Alleu, parce qu'il établit pour regle, que les terres & possessions sont libres de tous droits & servitudes, si le contraire n'est justifié par titres.

127. Nous remarquerons encore, que quand la Guienne passa sous la domination des Anglois, les Comtes de Toulouse possédoient (4) une grande partie

Normandie, & *ibi* Basnage, Chenu sur Papon, *liv.* 13, *tit.* 2, *arrêt* 3.

(1) Louvet, *Hist. de la Guienne*, *ch.* 11, *n.* 3.

(2) *Voyez* les Arrêts de 1667, 1670, rapportés par la Peirere, *let. a. n.* 56, & celui de 1693, rapporté au Recueil de Pau, *t.* 2, *p.* 253.

(3) Ces Auteurs sont rapportés par Caseneuve, *du Franc-Alleu du Langued. liv.* 2, *ch.* 9, 10, 11. *Mémoires de M. de* Basville, *Intendant de Languedoc*, *pag.* 139, 140.

(4) *Hist. gén. de Lang. liv.* 18, *n.* 69. Oihenart, *Notitia utriusque Vasconiæ*, *lib.* 3, *cap.* 12, *p.* 532, 533.

BIU Cujas

de la Guienne, jusqu'aux Pyrénées & au Duché de Gascogne, & que, selon *Oihenart*, l'Agénois, le Condomois, le Brouillois, & divers autres pays d'entre la Gascogne & les Pyrénées, appellés Gascogne Toulousaine, appartenoient aux mêmes Comtes. Voilà pourquoi, les raisons que l'on prend contre le Franc-Alleu, de la Domination des Anglois, ne sont d'aucune considération par rapport aux terres que le Comte de Toulouse possédoit dans la Guienne, lorsque cette Province passa aux Anglois. Et quoique les grands Seigneurs eussent fait tous leurs efforts pour multiplier les fiefs en se faisant un grand nombre de vassaux (1), & pour diminuer les Alleus, toutefois une grande partie des biens de la Province étoient possédés en Franc-Alleu au douzieme siecle : ce qui ne convient pas moins à la Guienne qu'au Languedoc ; soit parce que les Etats ou Domaines du Comte de Toulouse, possesseur d'une grande partie du Languedoc, s'étendoient dans la Guienne ; soit parce que ces deux Provinces étoient également régies par le droit Romain, comme nous l'avons dit, & que nous le prouverons encore plus particuliérement dans la suite.

(1) *Histoire générale de Languedoc, liv.* 18, *n.* 74.

SECTION III.

Examen du deuxieme tems de la huitieme Epoque.

128. EXAMINONS présentement le deuxieme tems de notre Epoque. Après la confiscation des Domaines que les Anglois possédoient en France, & que le Roi Philippe Auguste & ses Successeurs en eurent recouvré la possession, comme nous l'avons dit, ils demeurerent unis à la Couronne jusques en 1255, que le Roi S. Louis, pour certaines considérations rapportées par (1) *Louvet*, rendit ou donna par un traité de paix à Henri III, Roi d'Angleterre, le Duché d'Aquitaine, dont il ôta les hommages du Berry, d'Auvergne, du Velay, du Gevaudan, d'Albigeois,

(1) Louvet, *Hist. de Guienne, ch.* 11, *n.* 1, 2, 3. Auteserre, *de ducib. & comitib. provinc. lib.* 3, *cap.* 21. *V.* Benedicti, *tractat. de ducatu Normaniæ, n.* 18 & 34. Du Haillan, *état des affaires de France, liv.* 3, *fol.* 263 *verso.*

BIU Cujas

de Rouergue, de Poitou, d'Angoumois, de Saintonge & d'Agénois. Enſuite il délaiſſa les trois Sénéchauſſées de Bourdeaux, de Bazas & des Lannes, ſous l'ancien titre de Duché de Guienne & Pairie. Mais (1) *Dupleix*, *Auteſerre* & *Mezeray*, aſſurent que ce traité ne fut fait qu'en 1259, & que S. Louis délaiſſa à Henri III & aux ſiens, non-ſeulement cette partie de la Guienne, qui eſt au-delà de la Garonne, mais encore le Limouſin & le Périgord. *Dupleix* ajoute même le Quercy, à la charge d'en rendre hommage-lige aux Rois de France. Cependant l'hiſtoire d'Angleterre ne parle pas du Quercy. *Dupleix* (2) ajoute encore, que le Roi S. Louis ſe réſerva l'hommage des terres que ſes freres poſſédoient, & notamment Alphonſe, & Jeanne Comteſſe de Toulouſe, du nombre deſquelles étoient l'Agénois, le Condomois, le Brouillois, & le reſte de la Gaſcogne Toulouſaine, telle qu'elle eſt déſignée par *Oihenart* (3); mais il fut convenu que ſi l'Agénois revenoit à S. Louis par le décès d'Alphonſe, & de Jeanne ſa femme, enſemble tout ce que le même Alphonſe tenoit au-delà de Charente, Louis en ce cas rendroit le tout à l'Anglois, & cependant lui en payeroit le revenu annuellement (4), lequel fut apprécié pour l'Agénois à trois mil ſept cents vingt-huit livres huit ſols ſix deniers tournois; & à l'égard de l'hommage des Comtes d'Armagnac, Bigorre & Feſenſac, que l'un & l'autre Roi prétendoit lui appartenir, il fut remis en arbitrage (5). Dans la ſuite (6) Philippe III ayant ratifié ce traité, délaiſſa l'Agénois à Henri III, Roi d'Angleterre, pour le tenir ſous ſon hommage-lige, avec le Duché de Guienne. Et par un autre traité du mois de Mai 1325 le Roi Charles le Bel, après avoir fait ſaiſir la Guienne faute d'hommage, la mit ſous ſon obéiſſance, excepté Bourdeaux, Saint-Sever

(1) Auteſerre, *de ducibus & com. Provinc. lib.* 3, *cap.* 22. Dupleix, *en la vie de S. Louis*, *tom.* 2, *pag.* 306. Mezeray, *Abrégé chronol. tom.* 2, *p.* 736. *V. l'Abrégé chronol. de l'Hiſt. d'Angleterre*, *tom.* 1, *pag.* 243, 244. Benedicti, *ibid. V.* Daniel, *vie de S. Louis*, *année* 1259, *tom.* 4, *p.* 208, 209, *de l'édition de* 1729.

(2) Dupleix, *tom.* 2, *p.* 306. Daniel, *ibid.*

(3) Oihenart, *notitia utriuſque Vaſconiæ*, *lib.* 3, *cap.* 12, *p.* 532, 533.

(4) Dupleix, *ibid.*

(5) Daniel, *vie de Louis IX*, *année* 1259, *tom.* 4, p. 209, *de l'édition de* 1729.

(6) Dupuy, *des droits du Roi*, *p.* 130, 131. Benedicti, *Tractat. de Ducatu Normaniæ*, *n.* 37.

BIU Cujas

& la Réole, & en demeura posſeſſeur; avec pouvoir d'y commettre des Gouverneurs: (1) mais en 1329, Edouard III fut reçu à la foi & hommage pour le Duché de Guienne. A l'égard du Bigorre, de l'Armagnac, & de Feſenſac, les hommages de ces Comtés ne furent cédés aux Anglois que par le traité de Bretigni de 1360, qui ne fut pas même exécuté à cet égard, les Seigneurs n'ayant pas voulu ſe ſoumettre à l'Anglois, comme nous le dirons plus bas.

129. Revenons à ce qui ſuivit le traité de 1259 (2); Edouard I, Roi d'Angleterre, ayant fait diverſes hoſtilités contre la France, le Roi Philippe le Bel le fit ajourner en 1249, à comparoître en perſonne à la Cour des Pairs, pour répondre ſur les Actes de Félonie dont il étoit chargé. Edouard tâcha de s'excuſer; mais ſes excuſes ayant été rejettées, la Cour des Pairs procéda contre lui par défaut & contumace; en ſorte qu'après quelques délais, il fut déclaré atteint & convaincu du crime de Félonie, pour la réparation duquel le Duché de Guienne fut confiſqué, ſelon les Hiſtoriens Anglois (3), ou ſelon d'autres, il y eut ſeulement un arrêt de main-miſe.

130. Cette contrariété parmi les Hiſtoriens dans le rapport de la teneur de cet arrêt peut être facilement conciliée, ſi l'on fait attention que, ſelon l'Hiſtorien d'Angleterre, il y eut une premiere citation contre Edouard en 1294, que cet Hiſtorien dit n'avoir point eu de ſuite à cauſe d'un accommodement qui ſurvint, & de la ſoumiſſion d'Edouard, qui conſentit que la Guienne fût remiſe au pouvoir de Philippe, à condition que celui-ci s'engageroit en préſence de témoins, à l'obſervation des art. convenus par l'accommodement, & qu'en conſéquence, il fut expédié des ordres pour mettre Raoul de Nêle, Connétable de France, en poſſeſſion de la Province de Guienne, ce qui fut exécuté; mais quand il fut queſtion de reſtituer aux termes du Concordat, Philippe le refuſa, fit citer de nouveau le Roi d'Angleterre en 1296, & fit prononcer par ſon Parlement la confiſcation de la Guienne, à quoi s'accorde le P. Daniel (4): d'où il eſt aiſé de comprendre

(1) Dupuy, *ibid. p.* 132. Benedicti, *ibid. n.* 40.

(2) Dupleix, *en la vie de Philippe IV, tom.* 2, *p.* 379. *Voyez* Mezeray, *Abrégé chronol. t.* 2, *pag.* 777 & *ſeq.*

(3) *Abrégé chronol. de l'Hiſt. d'Angleterre, t.* 1, *p.* 275, 276. *V.* Mezeray, *ibid.*

(4) Daniel, *Hiſt. de France.*

BIU Cujas

qu'il y eut deux arrêts ; le premier en 1294, qui ordonna la main-mise ; & l'autre en 1296, qui prononça la confiscation de la Guienne.

131. Quoi qu'il en soit, il est certain que la Guienne revint au Roi Philippe, soit par conquête, comme le prétend *Dupleix* (1), soit du consentement du Roi Edouard, selon l'Historien d'Angleterre (2). Mais elle fut rendue à Edouard II par le traité de mariage d'entre lui & Isabelle de France, fille de Philippe le Bel, en 1307 (3), néanmoins sous l'hommage à la Couronne de France, & en la qualité que les Anglois la possédoient auparavant, selon les expressions de *Dupleix*.

132. Nous avons vu ce qui s'étoit passé au sujet de la Guienne en 1325 & 1329. Il convient de parcourir les autres événemens considérables qui ont suivi. Il faut donc observer que le Roi Jean ayant été défait à la bataille de Poitiers en 1356, & retenu prisonnier, demeura au pouvoir des Anglois pendant quatre ans, & jusques au traité de Brétigni fait en 1360, pour sa délivrance, par lequel traité il fut convenu, selon les paroles de l'Historien (4) qui le rapporte, que *ledit Roi Edouard auroit comme ledit Roi Jean, ou aucun de ses prédécesseurs Rois de France avoient tenu, savoir, ce qu'en souveraineté, en souveraineté ; ce qu'en Domaine, en Domaine ; Poitou, hommages de Thouars, terre de Belleville, Saintonge deçà & delà Charente, l'Agénois, Périgord, Limosin, Quercy, les pays de Tarbe & de Rouergue, Angoumois, Comtés de Bigorre & Gauré ; & s'il y avoit aucuns Sieurs, comme les Comtes de Foix, Armagnac, l'Isle, Périgord, Vicomté de Limoges, ou autres ayant titres dans les limites desdites Seigneuries, ils en feroient les hommages, sermens & devoirs audit Roi Edouard & ses Successeurs, en la maniere qu'ils avoient fait par le passé.* Le reste est inutile.

133. Les Seigneurs hommagers prétendant que le Roi n'avoit pas pu aliéner la souveraineté, selon *Froissart* (5), ne voulurent pas rendre hommage au Roi d'Angleterre, comme le rapporte *du Haillan* (6),

(1) Dupleix, *en la vie de Philippe le Bel, tom. 2, p.* 380.
(2) *Abrégé chronol. de l'Hist. d'Angleterre, ibid.*
(3) Dupleix, *ibid. pag.* 381. Louvet, *Histoire de Guienne, ch.* 11. *Abrégé chronol. de l'Hist. d'Angleterre, t.* 1, *p.* 287.
(4) Dupleix, *en la vie du Roi Jean, t.* 2, *p.* 541. *V.* Mezeray, *Abrégé chronol. t.* 3, *p.* 60.
(5) Froissart, *tom.* 1, *ch.* 214.
(6) Du Haillan, *en la vie du Roi Jean, p.* 838.

BIU Cujas

quoiqu'il en eût été expreſſément convenu par le traité de Bretigni ; ainſi ce traité demeura à cet égard ſans exécution, par où les Comtés & Vicomtés poſſédés par les Seigneurs particuliers nommés dans ce traité, ne paſſerent pas réellement ſous la domination des Anglois.

134. Enſuite le Prince de Galles, à qui le Roi Edouard ſon pere avoit donné la Guienne, ayant impoſé un tribut ſur la Guienne ſous le nom de Fouage, à raiſon de vingt ſols par feu, les Gaſcons qui ne voulurent pas s'aſſujettir à cette nouvelle impoſition, en appellerent devant le Roi Charles V, comme Seigneur Souverain, auquel ils firent diverſes plaintes contre la domination tyrannique du Prince de Galles dans la Guienne. Ces remontrances qui furent prononcées par le Comte d'Armagnac, Chef des Mécontens, ſont rapportées au long par *Dupleix* (1).

135. Ces plaintes des Gaſcons furent favorablement accueillies du Roi, qui leur fit expédier des lettres d'appel le 25 Janvier 1368. Alors l'année ne commençoit qu'au mois de Mars. Pour calmer cette tempête, le Prince de Galles (2), fit expédier des lettres ſcellées du Sceau d'Angleterre, par leſquelles il ſupprima le ſubſide qu'il avoit impoſé, & il maintint la Province & Duché de Guienne en tous ſes privileges, immunités & franchiſes. Mais les mécontens ne laiſſerent pas de pourſuivre le jugement de leurs plaintes & de leur appel. Ce qui donna lieu à diverſes hoſtilités qui furent ſuivies d'un arrêt de la Cour des Pairs du 14 Mai 1370, ſelon *Dupleix* (3), ou de l'année 1369, ſelon d'autres (4), par lequel Edouard, Roi d'Angleterre, & Edouard, Prince de Galles, pere & fils, furent déclarés atteints & convaincus du crime de félonie. La Guienne & toutes les terres qu'ils poſſédoient en France, furent confiſquées. En exécution duquel arrêt le Roi conquit preſque toute la Guienne, en ſorte qu'en 1377, l'Anglois ne poſſéda de places importantes (5) que Calais dans la Belgique, Bourdeaux & Bayonne dans la Guienne, & Cherbourg en Normandie, qui lui fut vendu par le Roi de Navarre.

(1) Dupleix, *en la vie de Charles V, t. 2, p. 577.*
(2) Dupleix, *en la vie de Charles V, t. 2, p. 579 & 582.*
(3) Dupleix, *ibid. p. 582.*
(4) Dupuy, *des droits du Roi, pag.* 132. Mezeray, *Abrégé chronol. t. 3. p. 80.*
(5) Mezeray, *ibid. p. 96, 97.*

BIU Cujas

SECTION IV.

Réunion de la Guienne à la Couronne de France par la conquête faite sur les Anglois.

136. DEPUIS la descente des Anglois (1) en France en l'année 1415, & la prise de Harfleur, ils firent de si grands progrès par leurs armes & par les traités d'Arras & de Troyes des années 1419 & 1420, que lors de la mort de Charles VI, ils possédoient la plus grande partie de la France, savoir, la Normandie entiere, & tout le pays qui est depuis l'Escaut jusques à la Loire & à la Saone; & Charles VII, à son avénement à la Couronne, tenoit seulement tout ce qui étoit outre la Loire, à la réserve de la Guienne. Après divers événemens dont le détail seroit inutile, & la levée du siege d'Orléans, le Roi Charles VII, (2) trouva le moyen de regagner la plus grande partie du pays que les Anglois tenoient. Ensuite il entreprit en 1449, de chasser entiérement les Anglois du Royaume. Les Armes du Roi furent heureuses. Dans peu de tems il se rendit maître de plusieurs places de la Guienne du côté des Pyrénées (3). Le gain de la Bataille de Fourmigni procura la conquête de toute la Normandie en 1450 (4); l'année suivante les armées du Roi sous la conduite des Comtes de Dunois, de Ponthieu, de Foix & d'Armagnac, attaquerent la Guienne par les quatre coins. Les Anglois furent battus & poussés par-tout, tellement que n'ayant plus de places considérables, que Fronsac, Bourdeaux & Bayonne, comme le Comte de Dunois assiégeoit Fronsac, ils capitulerent de rendre ces trois places, si dans un certain délai, ils n'avoient en campagne, & près de Fronsac, une armée capable de donner Bataille & de faire lever le siege.

137. Les conditions du traité qui fut fait le 12 Juin 1451, tel qu'il est rapporté par *Dupleix* (5), sont, *que les Bourdelois & les Députés des trois Etats de Guienne s'o-*

(1) Meseray, *Abrégé chronol. t.* 3, *pag.* 192 & *seq.* & *p.* 231. Dupuy, *des droits du Roi, p.* 132.
(2) Mezeray, *ibid. pag.* 268 & *seq.*
(3) Mezeray, *ibid. p.* 272, 273.
(4) Mezeray, *ibid.* Dupleix *tom.* 2, *p.* 878. *Abrégé chronol. de l'Hist. d'Angleterre, t.* 1, *pag.* 476, 478.
(5) Dupleix, *en la vie de Charles VII, t.* 2, *p.* 879.

BIU Cujas

bligerent de rendre tant la ville de Bourdeaux & Château de Fronſac, que les autres villes & places qui tenoient encore pour l'Anglois, ſi dans le 23 du même mois, veille de S. Jean Baptiſte, le ſecours d'Angleterre n'arrivoit ſi puiſſant, qu'il pût faire lever le ſiege aux François; que cependant dès le lendemain de ce traité, les places, & châteaux de Vaires, Caſtillon, Rions, S. Macaire & Blagnac ſeroient miſes en la main des François; à la charge que ſi les Anglois, dans ledit tems, ſe trouvoient ſi forts, qu'ils fiſſent lever le ſiege de Fronſac, leſdites cinq places ſeroient rendues, ſavoir, Vaires, Blagnac & Caſtillon au Captal de Buch, & Rions & S. Macaire aux habitans de Bourdeaux; Que la ville de Bourdeaux, & pays de Guienne, & de Gaſcogne ſeroient maintenus en leurs Coutumes, Privileges & Immunités, *& ne pourroient être chargés d'aucunes tailles, impoſitions ni ſubſides outre les anciens devoirs; Qu'un Parlement ſeroit établi en ladite ville pour y adminiſtrer ſouverainement la Juſtice pour toute la Province; que le Roi ſeroit battre monnoie en ladite ville, & permettroit pour un ou deux ans encore le cours de celle qui y couroit pour lors; Que ceux qui voudroient s'en aller habiter en Angleterre, ou ailleurs, pourroient emporter tous leurs biens, meubles, or, & argent; & que les immeubles ſeroient acquis à leurs plus proches Parens, qui voudroient demeurer dans ladite ville ſous la domination Françoiſe. Que les Anglois pareillement pourroient ſe retirer avec leur équipage & meubles en Angleterre ou à Calais par mer ou par terre.*

138. Les ſecours n'étant pas venus aux Anglois dans le tems préfix (1), les places aſſiégées & le reſte de la Guienne furent délivrés au Roi en exécution de ce traité; en ſorte qu'il ne reſta aux Anglois dans le Royaume de France, que Calais & le Comté de Guines, qui furent conquis en 1557 (2), & depuis les Anglois n'ont plus rien poſſédé dans la Guienne.

139. Il eſt vrai que l'année d'après le traité de Bourdeaux, les habitans de cette ville attirerent les Anglois (3) & leur ouvrirent les portes, ce qui donna occaſion à ces ennemis de la France de s'emparer de

(1) Mezeray, *Abrégé chronol. t. 3, pag. 275. Abrégé chronol. de l'Hiſt. d'Angleterre, tom. 1, pag. 476, 477.*

(2) Dupuy, *des droits du Roi, p. 133.*

(3) Alain Chartier, *en la vie de Charles VII, p. 229 & ſeq.* Du Tillet, *Recueil des Traités entre la France & l'Angleterre, p. 360, 361.* Dupleix, *en la vie de Charles VII, t. 2, pag. 883. & ſeq.*

BIU Cujas

plusieurs places de la Guienne ; mais ils en furent chassés de nouveau, ces places furent reprises, & le Roi Charles VII s'étant saisi de toutes les avenues de Bourdeaux, & ayant fait le dégât jusqu'aux portes, les Bourdelois députetent vers Sa Majesté pour demander leur grace, avec protestation de lui être à l'avenir très-fidelles. Quoique le Roi eût résolu de punir très-sévérement cette ville pour sa défection, les circonstances ne permirent pas de suivre les transports de son juste courroux. Il pardonna le passé aux Bourdelois, moyennant cent mille écus ; à la charge de remettre la ville en son pouvoir, & de lui faire un nouveau serment de fidélité. Il se réserva seulement vingt personnes des principaux Rebelles pour les bannir à perpétuité du pays Bourdelois ; il priva aussi la ville de ses privileges. Le traité fut fait le 9 Octobre 1453. C'est sans doute cette privation des privileges qui a donné occasion de dire que la Guienne avoit perdu la liberté du Franc-Alleu à cause de la perfidie des Aquitains envers le Roi, & de leur affection envers les Anglois. Mais on devoit prendre garde que cette punition ne touchoit que la ville de Bourdeaux qui fut même rétablie dans ses privileges six mois après, & le 11 Avril suivant.

CHAPITRE VIII.

Preuves que la Guienne a conservé le Franc-Alleu.

140. IL n'est pas nécessaire de revenir sur le premier tems de cette huitieme époque, où nous avons fait voir, par des raisons très-solides, que depuis le mariage d'Eléonore, Duchesse de Guienne, avec le Roi d'Angleterre, jusques au regne de S. Louis, la Seigneurie féodale universelle ne fut point établie, & que la franchise des terres même de la Guienne n'avoit reçu aucune atteinte. Il ne nous reste maintenant qu'à faire voir, que depuis que S. Louis rendit la Guienne aux Anglois, il n'a été rien fait qui ait introduit cette Seigneurie féodale universelle & détruit le Franc-Alleu dans cette Province. C'est ce que l'on peut établir par plusieurs réflexions tirées des faits que nous avons rapportés.

141. La premiere. Les Anglois n'ayant possédé en

BIU Cujas

vertu de la reſtitution faite par S. Louis, que le Bourdelois, le Limouſin, le Périgord & la Gaſcogne, ſans y comprendre le Béarn, que le Comte de Foix prétendoit poſſéder en toute Souveraineté, ſelon *Dupleix* & d'autres Hiſtoriens, l'Armagnac, le Feſenſac & le Bigorre, le pays de Foix, la Gaſcogne Toulouſaine, telle qu'elle eſt déſignée par *Oihenart* (1), & les autres dépendantes alors du Comté de Toulouſe, leſquelles ne furent point cédées aux Anglois par S. Louis; les raiſons ſur leſquelles on fonde la perte du Franc-Alleu à cauſe de la domination des Anglois ſont inutiles par rapport à ces pays, qui ne leur furent point cédés par S. Louis. Il eſt vrai que l'Agénois leur fut livré par Philippe le Bel, & que les hommages des autres furent compris dans le traité de Bretigni; mais nous avons remarqué, qu'il ne fut pas exécuté à cet égard par le refus des Seigneurs de faire hommage au Roi d'Angleterre. D'ailleurs on ne lui céda que les hommages ſur ces terres & les Domaines appartenans au Roi; la poſſeſſion fut même ſi courte, qu'elle ne dura que juſques en 1370, que l'Arrêt de confiſcation fut rendu; & pendant cet intervalle, qui ne fut que de dix ans, le Prince de Galles, Duc de Guienne, confirma en 1369, *les privileges, franchiſes & immunités* de la Guienne.

142. La deuxieme. Par le traité fait avec S. Louis, ni même par celui de Bretigni, on ne céda aux Anglois que le droit de Suzeraineté par le premier, & par le ſecond celui de Souveraineté, & les domaines & autres droits appartenans au Roi, & nullement la propriété des terres qui étoient poſſédées par les particuliers qui demeurerent, comme auparavant, au pouvoir des poſſeſſeurs, leſquels s'étoient toujours maintenus dans leurs privileges & immunités contre les Anglois, comme il eſt dit dans la harangue du Comte d'Armagnac au Roi Charles V, rapportée par *Dupleix* (2). Ils y furent même maintenus par les Lettres Patentes du Prince de Galles de l'an 1396, comme nous l'avons déja dit. D'ailleurs, aucun Hiſtorien ne fait mention que les anciens habitans ayent été chaſſés de la Guienne, ni qu'on les ait dépouillés de leurs biens, en tout, ni en partie, pour les donner, ſous

(1) Oihenart, *notitia utriuſque Waſconiæ, lib.* 3, *cap.* 12, *pag.* 532, 533.

(2) Dupleix, *t.* 2, *p.* 577.

BIU Cujas

le titre de fief aux Anglois, ou pour les partager avec eux : ce que les Hiſtoriens n'auroient pas manqué de remarquer ſi la choſe étoit arrivée, tout comme ils l'ont remarqué à l'égard des habitans de Calais, que *Mezeray* (1) aſſure avoir été chaſſés de leur ville en 1347, pour s'être attirés l'indignation du Roi d'Angleterre. Nous en avons encore la preuve dans la harangue (2) du Comte d'Armagnac, où il aſſure, que les Gaſcons s'étoient maintenus dans leurs terres depuis qu'ils étoient entrés en France, & dans le traité de Bourdeaux du 12 Juin 1451, ſuivant lequel les habitans de Guienne avoient la liberté de poſſéder leurs biens en demeurant dans la Province, & les plus proches parens réſidens dans le pays devoient recueillir les immeubles de ceux qui ſe retireroient en Angleterre.

143. La troiſieme. Les différentes conquêtes par les Anglois ſur les François, ou par ceux-ci ſur les Anglois, de même que les traités par leſquels la Guienne fut rendue, laiſſerent toujours, nonobſtant les révolutions, les terres de la Guienne dans leur ancienne franchiſe, du moins pour le général. Nous avons vu que la reſtitution faite par S. Louis n'avoit rien changé : celle de 1308, & celle de 1329, n'apporterent non plus aucun changement, puiſque d'un côté, Philippe le Bel la rendit à Edouard II, pour la poſſéder en la qualité que les Anglois la poſſédoient auparavant, ſelon *Dupleix* ; & lorſqu'Edouard III fut reçu à l'hommage en 1329, on ne fit que lever la main-miſe ordonnée en 1325, faute d'hommage : ainſi les choſes demeurerent dans le même état où elles étoient avant la main-miſe. A l'égard des différentes conquêtes, elles ne cauſerent pas non plus une deſtruction du Franc-Alleu ; outre que les Hiſtoriens n'en diſent rien, comme je l'ai obſervé, nous en avons la preuve dans le traité de 1451, comme je le ferai voir bientôt ; d'ailleurs la conquête faite par les Anglois, de la Normandie & de pluſieurs autres Provinces en fourniſſent une preuve indubitable, puiſque nonobſtant cette conquête des Anglois, & la repriſe des François, cette Province s'eſt toujours maintenue dans la liberté du Franc-Alleu, dont elle jouit encore aujourd'hui,

(1) Mezeray, *Abrégé chronol. t. 3, p. 29, 30.*

(2) Dupleix, *tom. 2, pag. 576, 577.*

BIU Cujas

comme le prouvent la coutume de cette Province (1), & Basnage dans son Commentaire.

144. La quatrieme. Par le traité de Bourdeaux de 1451, ci-dessus rapporté, la ville de Bourdeaux, & le pays de Guienne, & de Gascogne furent maintenus en leurs *coutumes, privileges & immunités.* On ne peut pas révoquer en doute que le Franc-Alleu naturel, qui est la premiere, & la plus précieuse de toutes les immunités, comme dérivant du droit Romain observé de tout tems dans cette Province, ne fût du nombre des privileges & immunités qui furent confirmés (2), puisque le Bourdelois jouit encore aujourd'hui sans contestation de la liberté du Franc-Alleu, comme il paroît par plusieurs Arrêts du Conseil qui l'y maintiennent, & qu'il en jouissoit même il y a près de 200 ans, selon le témoignage de *Ferron* (3) sur la coutume de Bourdeaux.

145. La cinquieme. Quand le Roi Charles VII, demeura paisible possesseur de la Guienne, il ne fut fait aucun changement par rapport aux possessions des particuliers, qui retinrent leurs biens pour les posséder avec les mêmes franchises, & immunités qu'auparavant; jusques là qu'il fut convenu que les biens immeubles de ceux qui voudroient se retirer en Angleterre, seroient acquis à leurs plus proches parens, qui résideroient dans la Guienne; ce qui justifie d'une maniere incontestable, que le Roi Charles VII ne disposa point des terres de la Guienne après sa conquête, & qu'il n'en fit point le partage aux soldats de son armée à titre de fief, comme ceux qui combattent le Franc-Alleu se le sont imaginé mal à propos. En un mot, lorsque la Guienne passa au Roi de France par le mariage d'Eléonore, elle conserva ses droits & ses privileges: elle les conserva aussi quand elle passa au pouvoir des Anglois; & lorsqu'elle revint à la France par le traité de 1451, tous ses privileges & ses immunités lui furent conservés: & dans les différentes révolutions la qualité des Rois qui la posséderent successivement, n'augmenta rien à ses sujétions, & n'acquit pas de plus grands droits sur cette Province, que

(1) *Coutume de Normandie, art.* 102 *& ibid.* Basnage.

(2) Voyez *les Arrêts de* 1667 *&* 1670, *rapportés par* la Peirere, *lett. a. n.* 56. *& celui du* 4 *Août* 1693, *au recueil de Pau; tom.* 2, *p.* 253.

(3) Ferron, *sur la coutume de Bourdeaux, tit.* 8. de Feudis, §. 7.

BIU Cujas

les Princes & les paisibles possesseurs y avoient auparavant, suivant la remarque de saint Julien dans ses *Mélanges*, *pag. 688*, *& 689*.

CHAPITRE IX.

Origine de la Maxime, nulle Terre sans Seigneur.

246. NOus pouvons ajouter une sixieme raison, prise de ce que la maxime, *nulle terre sans Seigneur*, n'est pas ancienne; elle fut introduite dans la France coutumiere par le Chancelier Duprat pendant le regne de François I, comme l'ont remarqué *Boulainvilliers* (1), *saint Julien dans ses mélanges*, *Mezeray & l'Abbé Dubos* (2). Le premier de ces Auteurs appelle cette maxime *détestable*, & les autres disent qu'elle est fausse & contraire à la liberté naturelle. On ne peut point révoquer en doute que cette maxime ne soit née sous le regne de François I, puisque saint Julien, auteur contemporain, assure que le Chancelier Duprat conseilla au Roi François I, d'abolir le Franc-Alleu, tant pour les choses nobles que pour les roturieres, & qu'il en avoit été publié un édit; mais que l'intérêt public fit que cet édit cessa par la mort de son Auteur. Cette maxime n'eut pas même lieu dans le pays du droit écrit; puisque d'un côté tous les Auteurs qui ont écrit avant ou pendant le regne de François I, ont unanimement décidé pour le Franc-Alleu naturel; ce qu'ils n'auroient pu faire s'il y avoit eu une maxime contraire qui eût été reçue; ces auteurs seront rapportés en leur lieu. D'autre part, ceux qui ont écrit depuis l'introduction de cette maxime dans les pays coutumiers, tels que *Dumoulin*, *Chopin* & autres, ont néanmoins soutenu, que les héritages situés dans les pays du droit écrit, jouissoient encore de la liberté du Franc-Alleu: preuve évidente qu'elle n'a jamais été communiquée aux pays du droit écrit. Il est vrai qu'elle se glissa dans la Guienne, mais ce ne fut pas sous le regne de François I, puisque les Arrêts de 1576 &

(1) Boulainvilliers, *Histoire de l'ancien Gouvernement de la France*, *tom. 1*, *p. 45*. *Mezeray*, *Abrégé chronologique*, *Vie de François I*, *pag. 584*, *tome 4*. Saint-Julien, *Mélanges historiques des Fiefs*, *ch. 3*, *pag. 678*.

(2) L'Abbé Dubos, *Histoire critique de l'Etablissement de la Monarchie Françoise*, *Discours préliminaire*, *page 52*.

BIU Cujas

1585, rapportés par *La Roche-flavin, des droits Seigneuriaux, ch. 1, art. 1, & 29* (1), qui ont été jugés contre cette maxime, prouvent que cette Province jouissoit alors de la liberté du Franc-Alleu. Ce n'est donc que postérieurement à ces Arrêts qu'elle a pu se communiquer en Guienne; mais ceux qui la soutiennent seroient bien embarrassés s'ils vouloient prouver que depuis 1585 il est arrivé quelque événement qui l'ait fait introduire légitimement.

147. Il n'est pourtant pas difficile de découvrir la véritable époque où ce proverbe a passé dans la Guienne. Sous le regne de Louis XIII, plusieurs Traitans prétendirent qu'il ne pouvoit point y avoir dans le Royaume de terres possédées en Franc-Alleu; ils parvinrent même à faire rendre un Arrêt au Conseil privé en l'année 1626, qui jugea contre le Franc-Alleu du Languedoc. Bientôt après, l'ordonnance de 1629 déclara dans l'art. 383, *que tous héritages ne relevant d'autres Seigneurs, seroient censés relever du Roi*, si les possesseurs ne faisoient apparoir des titres de décharge. Le Languedoc, pays d'Etat, & jaloux de ses droits, défendit efficacement à une prétention qui parut toute nouvelle & contraire au droit observé de tout tems dans cette Province. Le Bourdelois en fit de même, & la chose bien discutée, le Franc-Alleu fut confirmé en leur faveur. Mais personne n'ayant pris la défense de la Guienne qui est dans le ressort du Parlement de Toulouse, & M. *de Cambolas* qui dans son traité du Franc-Alleu soutient les intérêts du Languedoc, ayant abandonné ceux de la Guienne, c'est dans cette occasion que le proverbe, *nulle terre sans Seigneur*, a pris racine dans la Guienne; mais il est facile de comprendre que le Franc-Alleu n'ayant pu recevoir d'atteinte alors dans le Languedoc & dans les autres pays régis par le droit écrit, nonobstant cette ordonnance qui n'a point eu d'exécution, celui de la Guienne, qui est fondé sur les mêmes raisons, n'a pas pu non plus en recevoir. Ainsi étant clair que ce proverbe n'a pas un établissement légitime en Guienne, cette Province est en droit de vendiquer aujourd'hui sa liberté, parce que l'erreur ne peut former de droit légitime, & que la

(1) Ces Arrêts ont été rendus contre des Seigneurs des terres situées dans la Guienne, notamment contre ceux de La Mothe, située tout auprès de Grenade.

BIU Cujas

coutume fondée sur un usage de quelques années doit céder à la vérité qui se trouve bien établie. *Veritate manifestâ, cedat consuetudo veritati. Planè quis dubitet veritati manifestæ consuetudinem cedere. Nemo consuetudinem rationi, & veritati præponat, quia consuetudinem ratio, & veritas semper excludit.* Can. 4, Distinct. 8.

CHAPITRE X.

Examen des raisons que l'on oppose contre le Franc-Alleu de la Guienne.

148. APRÉS ces réflexions, il est facile de faire voir que les raisons que l'on allegue pour détruire le Franc-Alleu de la Guienne, fondées sur la domination des Anglois, & sur les différentes conquêtes, ne sont d'aucune considération, & qu'elles manquent même pour la plupart dans le fait. Nous avons vu que tandis que les Anglois furent possesseurs de la Guienne, il ne fut point fait de réglement général pour établir la Seigneurie féodale universelle, & pour anéantir le Franc-Alleu, & qu'au contraire, les habitans de la Guienne & de la Gascogne furent maintenus dans leurs anciens privileges & immunités, soit par Lettres-Patentes du Prince de Galles, Duc de Guienne, de l'année 1369, soit par le traité de Bourdeaux de 1451. Il n'est donc pas vrai que toutes les terres de cette Province ayent été rendues généralement féodales ou emphytéotiques, & par conséquent, la premiere raison de ceux qui combattent le Franc-Alleu de la Guienne, & qui prétendent, qu'on doit y observer à la rigueur la maxime *nulle terre sans Seigneur*, manque du côté du fait. Y ayant des terres qui ont conservé leur liberté naturelle, lorsque les Seigneurs particuliers (car nous n'entendons point toucher aux droits de Sa Majesté) pretendront les droits Seigneuriaux, ils doivent détruire par des titres, cette liberté primitive qui est le titre des titres; parce que les Seigneurs ne pourroient être fondés en présomption, comme nous l'avons dit, que dans le cas qu'il parût que toutes les terres ont été assujetties au fief par quelque loi générale, traité ou révolution: ce qui n'est point arrivé.

149. Il est vrai que certains Auteurs, & entr'au-

BIU Cujas

tres *Auteserre*, prétendent, que durant la domination des Anglois, les Seigneurs abuserent de leur autorité sur le peuple & forcerent les particuliers à reconnoître comme féodales, des terres qu'ils possédoient en Franc-Alleu, & que d'autres pour se concilier la protection des Grands s'assujettirent volontairement. Voici de quelle maniere cet Historien parle (1), *Dolendum potiùs quàm erubescendum allodii jus in Aquitania infractum diutinâ incubatione Anglorum; tum enim Aquitani Proceres Anglo perpetuis bellis districto audaciùs in plebeios sæviere, & possessores prædiorum, utcunque allodialium facilè in suam ditionem redegerunt, sensimque allodia everterunt. Vel etiam ipsi privati possessores iniquitate temporum pessumdati, præsidii causâ se, & sua prædia potentioribus ultrò addixerunt, & libertatis damno patrocinium redemerunt.*

150. Mais premiérement, il n'est point de Province en France où les Seigneurs n'aient fait de pareilles tentatives & commis des violences pour multiplier les fiefs, & pour détruire par les mêmes voies le Franc-Alleu & la franchise des terres (2). *Dominici*, *Basnage*, *Cazeneuve*, & les nouveaux Historiens du Languedoc, remarquent que sur la décadence de la seconde race de nos Rois, & sous la troisieme sur-tout pendant le regne de Hugues Capet, & de ses Successeurs, depuis que les fiefs furent parfaitement établis, les Seigneurs diminuerent les Alleus autant qu'il leur fut possible, employant la force & la violence. Il faut même convenir, que selon la remarque de S. Julien (3) dans ses *Mélanges*, il se trouve plus de fiefs, que les propriétaires ont de pure volonté, mis en l'obéissance des Rois, qu'il n'y en a d'établis en leur faveur par inféodation ou concession à la charge de fief: cependant plusieurs Provinces, & particuliérement le Languedoc, n'ont pas laissé de se maintenir dans la liberté du Franc-Alleu naturel, qui ne leur est point contestée.

151. En second lieu, les titres de dérogation au Franc-Alleu ne sont pas généraux, & tous les possesseurs ne s'assujettirent point au fief des Seigneurs; mais ce ne fut que par des titres particuliers, qui ne

(1) Auteserre, *rerum Aquitan. lib.* 3, *cap.* 17, *pag.* 225.

(2) Dominici, *de Prærog. Allod. Cap.* 19. Basnage, *sur l'art.* 192 *de la Coutume de Normandie*, *Histoire générale de Languedoc*, *liv.* 18, *n.* 74. Cazeneuve, *du Franc-Alleu*, *liv.* 1, *ch.* 12.

(3) Saint-Julien, *Mélanges historiques*, *page* 688.

peuvent

peuvent pas par conséquent avoir établi un droit commun : ce qui est si vrai qu'il paroît par une Ordonnance du Roi Louis le Hutin de l'année 1325, rapportée par *Cazeneuve* du Franc-Alleu (1), que les Officiers du Roi voulant exiger certaine finance pour les aliénations des fiefs ou des Francs-Alleus, faites aux ecclésiastiques ou aux roturiers, plusieurs Provinces s'en plaignirent, & entr'autres les habitans du Périgord, & du Rouergue, qui font partie de la Guienne ; & par cette ordonnance le Roi leur fit défenses de rien exiger à raison de ces aliénations qui seroient faites de bonne foi. Il y avoit donc des Alleus en Guienne ; que si *Auteserre* prétendoit dire que les Alleus avoient été totalement détruits, ce qui ne résulte pas de ses paroles, son opinion dénuée d'autorité & de preuve, ne devroit pas être d'un grand poids ; puisque d'un côté les autres Historiens qui ont pris soin de rapporter exactement les révolutions arrivées en Guienne, n'ont point parlé de celle-ci : quoiqu'elle fût assez importante pour mériter une place dans l'Histoire, & que d'autre part le contraire est justifié par l'ordonnance de Louis le Hutin de 1415, par les Lettres-Patentes du Prince de Galles de 1369, & par le traité de Bourdeaux du 12 Juin 1451, en conséquence duquel la Guienne a été réunie à la Couronne, & le pays de Bourdelois a toujours joui de la liberté du Franc-Alleu, & en jouit encore ; ce qui fournit une raison sans réplique en faveur du Franc-Alleu de la Guienne, & prouve qu'il n'y a point eu de dérogation générale : raison qui est d'autant plus décisive que la ville de Bourdeaux a été, comme elle est encore aujourd'hui, la capitale de la Guienne.

152. En troisieme lieu, n'ayant donc été dérogé au Franc-Alleu de la Guienne, que par des titres particuliers, & insensiblement *Sensim*, comme le dit *Auteserre*, il suffiroit que le Franc-Alleu n'eût pas été généralement détruit, & que partie des terres eût conservé sa liberté naturelle, pour qu'on dût présumer en faveur des possesseurs des terres contre les Seigneurs, & qu'on ne dût point recevoir la maxime *nulle terre sans Seigneur*. Six raisons le prouvent invinciblement. La premiere, parce que la Guienne a toujours été régie par le droit Romain selon lequel tous

[1] Cazeneuve, *du Franc-Alleu*, *liv.* 1, *ch.* 13, *n.* 8.

BIU Cujas

les héritages ſont préſumés libres, comme nous le dirons plus bas. La deuxieme, parce que dans le doute on doit ſe déterminer en faveur de la liberté, d'autant plus que *proniores debemus eſſe ad liberandum, quàm ad obligandum*, *L. Arianus* 47, *ff. de obligationibus & actionibus*. La troiſieme, parce que c'eſt au demandeur d'établir ſa prétention; autrement le défendeur doit être abſous, *L.* 4, *Cod. de edendo*; ſur-tout quand il s'agit de détruire la liberté, qui, comme nous l'avons déja dit, eſt le titre des titres. La quatrieme, que l'origine de la dérogation du Franc-Alleu, telle qu'on la découvre dans *Auteſerre*, eſt vicieuſe, puiſqu'elle a eu pour principe la force, & la violence; voilà pourquoi elle eſt infiniment odieuſe, & par conſéquent on doit obliger les Seigneurs à rapporter leurs titres, ſinon on doit laiſſer les choſes dans leur premier état. La cinquieme, parce que l'aſſujettiſſement de certaines terres ne conclut rien à l'égard des autres: & bien loin qu'on doive aſſujettir le tout ſous prétexte qu'une partie, qu'on ne peut pas diſtinguer, n'eſt pas libre; il eſt au contraire tout à fait naturel de prononcer en faveur de la liberté, dès qu'on ne peut pas connoître clairement les terres qui ont ſouffert la perte du Franc-Alleu. C'eſt un principe répandu dans pluſieurs textes du droit Romain, & que l'équité naturelle autoriſe. Enfin la ſixieme, parce que la plupart des fiefs s'étant formés ou par un aſſujettiſſement forcé, ou ſi l'on veut volontaire, ſans tradition de fonds, & par ſimple convention entre les poſſeſſeurs des fonds allodiaux, & les perſonnes puiſſantes, ce ne pouvoient jamais être de véritables fiefs, leſquels ne peuvent être tels à moins qu'il n'y ait une tradition du fonds faite au vaſſal, comme nous le prouverons dans la ſuite.

153. La deuxieme raiſon de ceux qui combattent le Franc-Alleu, priſe de ce que les titres juſtificatifs des droits féodaux & ſeigneuriaux, ont été enlevés & tranſportés en Angleterre, n'eſt pas meilleure; car on peut d'abord révoquer en doute la vérité du fait, puiſque nous voyons encore beaucoup de titres dans la Guienne, plus anciens que l'époque en laquelle les Anglois en furent chaſſés.

154. Il eſt vrai qu'en 1194, ſelon quelques Hiſtoriens, entr'autres le P. Daniel en la Vie de Philippe Auguſte, *tom.* 3, *pag.* 453, & 454, les Anglois enleverent au Roi le Chartrier, ou le livre qui contenoit

BIU Cujas

les titres des fiefs, que ces ennemis refuserent obstinément de rendre, comme le remarque le P. Daniel (1). Mais outre que les meilleurs Historiens ne parlent pas de cet enlevement des titres; qu'il y en a d'autres & notamment l'auteur de l'*Histoire des Révolutions de France*, liv. 4, tom. 2, p. 7, & 8, qui le regardent comme une fable, que de plus on ne perdit que les titres du Roi, & non ceux des particuliers: voilà pourquoi cette raison, qui pourroit être bonne en faveur de Sa Majesté, & qui concluroit même trop, puisqu'elle aboutiroit à établir en faveur de Sa Majesté dont les titres se perdirent, une présomption de féodalité dans toute l'étendue de son Royaume contre ce que l'expérience nous enseigne, ne peut rien valoir à l'égard des Seigneurs particuliers dont les titres n'ont jamais été enlevés & ne sont pas perdus. D'ailleurs le P. Daniel observe qu'on eut recours à un nommé Gautier qui avoit une grande connoissance de ce qui étoit contenu dans les regiſtres enlevés, & dont la mémoire suppléa en quelque façon à la perte qu'on en avoit faite.

155. Il paroît même par le traité de Bourdeaux de l'an 1451, que les terres qui étoient possédées par ceux qui voudroient se retirer en Angleterre devoient être acquises à ceux de leurs proches parens qui voudroient résider en Guienne; voilà pourquoi il n'est pas vraisemblable que les titres ayent été enlevés, & transportés en Angleterre, parce que ceux qui abandonnoient la Guienne, & qui devoient laisser leurs immeubles à leurs plus proches parens, n'en pouvoient pas profiter; & l'on ne peut pas présumer qu'ils eussent voulu nuire à leurs plus proches parens, sans en tirer aucune utilité, *nihil indè laturi, nisi ut officerent.*

156. Nous voyons encore que la plus grande partie des terres étoient possédées par les François nés, & habitans dans la Guienne, qui ne quitterent pas leur patrie, & qui conserverent leurs biens & leurs terres. Il est évident que ceux-ci n'enleverent pas leurs propres titres pour les transporter en Angleterre; la droite raison ne permet pas de le penser. Ainsi, supposé que l'on eût enlevé quelques titres, il est du moins cer-

(1) Daniel, *Histoire de la Milice Françoise, liv. 3, ch. 2, p. 79.* Boulainvilliers, *Histoire de l'ancien Gouvernement, tom. 1, p. 338.*

BIU Cujas

tain que tous ne furent pas enlevés. La raiſon priſe de l'enlevement des titres ſeroit donc très-foible, & ne ſuffiroit pas pour aſſujettir toutes les terres, & leur faire perdre leur liberté naturelle.

157. Mais quand il ſeroit vrai que tous les titres ſe ſeroient perdus, ce qui n'eſt ni vrai, ni vraiſemblable, on n'en pourroit tirer aucun argument ſolide contre le Franc-Alleu, parce que l'aſſujettiſſement n'étant pas général, comme nous l'avons montré, & n'y ayant aucune preuve pour l'établir, la perte des titres de quelques Seigneurs ne doit pas être un motif pour conſidérer tous les Seigneurs comme fondés en préſomption, qui dût les faire décharger de la preuve, & la rejetter ſur les poſſeſſeurs, pour établir leur franchiſe: d'autant mieux que les dérogations au Franc-Alleu, ayant été extorquées par force & violence, comme le reconnoiſſent les Auteurs les plus favorables aux prétentions des Seigneurs, il n'y a point d'injuſtice de faire perdre par défaut de titre, des droits acquis par des voies injuſtes, & qu'un accident de la fortune ſerve à remettre les choſes dans leur premier état.

158. A l'égard de la troiſieme raiſon de ceux qui combattent le Franc-Alleu, priſe de ce que la Guienne a été aſſujettie aux droits féodaux & ſeigneuriaux, après qu'elle a été conquiſe ſur les Anglois, elle n'eſt point véritable, puiſque nous avons vu que par le Traité de Bourdeaux, du 12 Juin 1451, qui réunit pour toujours la Guienne à la Couronne, les Habitans de cette Province furent confirmés dans leurs *coutumes, privileges & immunités.* Confirmation d'autant plus conſidérable, que ce fut ſous cette condition que la Guienne revint au pouvoir de Sa Majeſté, & en conſéquence de laquelle le Pays du Bourdelois a toujours joui depuis de la liberté du Franc-Alleu, & y a été maintenu par pluſieurs Arrêts du Conſeil des années 1667, 1670 & 1693, rapportés dans nos Livres.

159. Ce que nous avons dit juſqu'ici, établit d'une maniere inconteſtable, que les différentes révolutions arrivées en Guienne, n'avoient pas cauſé une deſtruction univerſelle du Franc-Alleu, ni fait aſſujettir aux droits féodaux, ou Seigneuriaux, toutes les terres de cette Province; ce qui nous fournit une premiere raiſon très-déciſive, que la maxime, *nulle terre ſans Seigneur*, ne doit pas être obſervée dans cette Pro-

BIU Cujas

vince par rapport au Fief, quoique certains Auteurs qui n'ont pas pris la peine d'approfondir la matiere, l'aient soutenu.

CHAPITRE XI.

Le Franc-Alleu de la Guienne soutenu par la Loi Romaine & par une liberté qui lui est commune avec tous les autres Pays du droit écrit. Le Code de Justinien connu en France sous le regne de Charles-le-Chauve.

160. VOICI une seconde raison qui n'est ni moins forte, ni moins décisive : elle est prise de ce que la Guienne a toujours été régie par le Droit Romain qui a été le premier, ou pour mieux dire, l'unique fondement (1) des différentes Provinces qui se sont maintenues dans la liberté du Franc-Alleu.

161. Nous avons vu ci-dessus, (2) que les anciens Habitans d'Aquitaine, sous la domination des Rois Visigots, n'avoient d'autre Loi que la Romaine, c'est-à-dire, le Code Théodosien, & que le Roi Alaric en avoit fait faire un Commentaire auquel il donna force de Loi.

162. Cette même Loi fut en vigueur parmi les Aquitains, quand les François se rendirent maîtres de l'Aquitaine; nous en avons rapporté les preuves par des Ordonnances de nos Rois de la premiere Race; ceux de la seconde accueillirent avec la même faveur la Loi Romaine; puisque nous voyons (3) que le Roi Charlemagne, après avoir fait revoir & corriger le Code Théodosien, le confirma, & ordonna aux Juges de s'y conformer. Il inséra même dans ses Capitulaires plusieurs Ordonnances puisées dans cette Loi qui est appellée, *Omnium humanarum mater Legum*, dans les *Capitul. Addit.* 4.

163. Mais (4) sous le regne de Charles-le-Chauve,

(1) Mémoires de M. de Basville, Intendant de Languedoc, *pag.* 139, 140.

(2) *V. sup. n.* 95. Froland, *Mémoires touchant le Sénatus-consulte Velleien, partie* 1, *ch.* 4, *n.* 6 & 7.

(3) Auteserre, *rerum Aquitan. lib.* 3, *cap.* 8 & 13. Histoire Générale du Languedoc, *liv.* 8, *n.* 55. *Capitul. Balusii, tom.* 1, *page* 1226.

(4) Auteserre, *ibid, cap.* 9. & 13. Dominici, *de Prærog. cap.* 11, *n.* 8. & *cap.* 20, *n.* 5. *Voy.* Cazeneuve, *du Franc-Alleu, liv.* 1, *ch.* 5, *n.* 5 & *suiv.* Dans les Assises de Jérusalem, *ch.* 204.

BIU Cujas

on commença de se servir du Code de Justinien ; qui succéda au Code Théodosien, & fut l'unique Loi en usage dans la Guienne & dans tous les autres Pays de France, qui sont appellés de Droit écrit, (1) à la différence de ceux qui sont régis par des Coutumes, laquelle distinction des pays de Droit écrit & de Coutume prit naissance sous le regne de Hugues Capet. *Auteserre* (2) rapporte, pour preuve que la Guienne & le Languedoc se gouvernoient par le Droit écrit, une Ordonnance de S. Louis, de l'an 1254, qui ordonne la confiscation des biens des Hérétiques Albigeois qui infectoient ces deux Provinces, sans préjudice des droits des femmes & des créanciers, conformément au Droit écrit, comme étant la Loi de ces Pays ; & lorsque le Comté de Toulouse (3) qui comprenoit une grande partie de la Guienne, comme je l'ai dit, fut uni à la Couronne, après la mort d'Alphonse, Comte de Poitiers & de Toulouse ; ce ne fut que sous cette condition expresse, que ces pays seroient gouvernés par le Droit écrit.

164. Le point de fait ainsi établi, que la Guienne a toujours été régie par le Droit écrit ; c'est donc par cette Loi qu'on doit décider, si le Franc-Alleu est naturel dans cette Province, ou si la maxime ; *nulle Terre sans Seigneur*, doit y avoir lieu pour le Fief & les droits seigneuriaux, comme elle a lieu dans tout le Royaume, à l'égard de la Justice. Or la chose n'est pas difficile, puisqu'il y a une foule de Textes du Droit Romain & d'autorités (4), (dont nous ne ferons pas le détail, parce qu'il seroit trop long), qui établis-

---

qui furent faites par Codefroy de Bouillon, lequel mourut en l'année 1100, il est parlé du Code de l'Empereur Justinien. Il étoit donc connu avant les Pandectes qui ne furent découvertes que durant le regne de Lothaire II, postérieur à cette époque.

(1) Auteserre, *ibid. c.* 10.

(2) Auteserre, *ibid.* Cazeneuve, *du Franc-Alleu*, *pag.* 291, rapporte une Ordonnance semblable de 1250, pour la preuve que la Loi Romaine a été le Droit commun de la France. On peut voir la Dissertation de M. Bretonnier dans la Préface des œuvres de Henris ; & M. le Président Bouhier, *Observat. sur la Cout. de Bourgogne*, *ch.* 4.

(3) Auteserre, *ibid. cap.* 10. Dominici, *de Prærogat. Allod. cap.* 20, *n.* 3 & 4.

(4) Philippi, *resp.* 39, *n.* 33. 34. Cazeneuve, *du Franc-Alleu du Languedoc*, *liv.* 2, *chap.* 9, 10, 11. Dominici, *de Prærogat. Allod. cap.* 4, *n.* 4, 5, *cap.* 20, *n.* 6. Dumoulin, *sur la Coutume de Paris*, §. 68, *n.* 11, rapportent ces autorités.

BIU Cujas

sent que tous les héritages sont naturellement libres & exempts de servitudes & de toutes sortes de droits & devoirs, si l'assujettissement n'est prouvé par celui qui le prétend ; & que toutes les terres qui sont situées dans les Pays du Droit écrit, doivent jouir de la liberté du Franc-Alleu. C'est une vérité si constante, qu'elle est reconnue & attestée par un article que l'on trouve dans les Arrêtés de M. le premier Président de Lamoignon : (1) il est dit en propres termes : *Ès Provinces régies par le Droit écrit, tout héritage est réputé Franc-Alleu, s'il n'y a titre ou reconnoissance au contraire*, & que les Magistrats les plus attentifs à la conservation des droits de Sa Majesté, l'ont reconnu : tel est M. de Basville, Intendant de Languedoc, dans ses *Mémoires, pag. 139 & 140.*

165. Aussi est-ce sur le fondement de ce droit, & du sentiment presque unanime des Docteurs & Interprêtes, que plusieurs Provinces se sont conservées dans la liberté du Franc-Alleu naturel ; mais pour donner à cette raison toute sa force & tout le jour dont elle est susceptible, il faut entrer dans le détail.

(1) Arrêtés de M. le premier Président de Lamoignon, *tit. du Franc-Alleu, art. 1.*

CHAPITRE XII.

Quels sont les Pays qui se sont maintenus dans la liberté naturelle du Franc-Alleu ?

166. COMMENÇONS par le Languedoc, qui est de ce nombre. (1) L'argument que l'on peut tirer de la liberté de cette Province, est d'autant plus concluant pour la Guienne, que l'une & l'autre Province ont été pour ainsi dire unies & confondues. Voilà pourquoi ce qui est établi pour l'une, doit sans difficulté avoir lieu pour l'autre.

167. Premiérement, nous trouvons (2) que sous le regne de Philippe le Long, par une Ordonnance de 1316. le Royaume de France fut distingué en deux parties, divisées par la Loire. La premiere, qui est

(1) Caseneuve, *du Franc-Alleu du Languedoc.*
Cambolas, *dans le traité du Franc-Alleu. Les Arrêts rapportés par* Lafaille. *Annales de Toulouse, tom. 2.* sur la fin.

(2) Dominici, *de prærogat. allod. cap. 20. n. 3. 4.*

BIU Cujas

au-delà de cette riviere, & qui composoit le ressort du Parlement de Paris, fut appellée *Langue-d'Ouy*: & la deuxieme, en-deçà de la Loire, dans le ressort du Parlement de Toulouse, lors de sa premiere institution, avant l'érection des Parlemens de Bourdeaux, Grenoble & Aix, fut appellée *Languedoc*. Ainsi le Languedoc comprenoit alors toute la Guienne.

168. En second lieu (1), lorsque l'Aquitaine fut érigée en Royaume, elle comprenoit une partie du Languedoc : Toulouse en étoit la Capitale & le siége de ses Rois. Depuis Louis le Débonnaire les pays de Carcassonne, de Razés, d'Albigeois, du Velay & du Gevaudan en furent aussi une dépendance.

169. En troisieme lieu, quand les Ducs & les Comtes eurent usurpé les droits Régaliens, & rendu leurs gouvernemens héréditaires (2), le Comte de Toulouse dominoit directement ou indirectement, non-seulement presque sur tout le Languedoc, mais encore sur une partie de l'Aquitaine, & sur la moitié de l'ancien Comté de Provence; en sorte que son Domaine étoit borné au levant par les Alpes, au midi par la Durance, la Méditerranée & les Pyrénées, au couchant par le Duché de Gascogne, & au nord par l'Yzere, les montagnes d'Auvergne, & la Dordogne. Il possédoit encore la Gascogne Toulousaine, qui, selon *Oihenart*, (3) comprenoit le Condomois, le Brouillois & l'Agénois; tous les pays qui étoient entre les Vicomtés de Lomagne, de Fesensac & de Conserans, c'est-à-dire, le Comté de l'Isle-Jourdain; les Vicomtés de Gunois & de Terride, partie de celui de Fesensaguet, en deçà la riviere de Lazats, dans l'ancien Diocese de Toulouse, & les Chatellenies de Verdun, Muret & Samatan, avec les Villes de Lombez, Gimont, Grenade, Beaumont & les Villages en dépendans.

170. En quatrieme lieu, la Guienne & le Languedoc ont subi une fortune & des événemens tout-à-fait semblables; & s'il y avoit quelque avantage du côté de l'une de ces deux Provinces, ce seroit sans contredit à la Guienne qu'on devroit l'attribuer: à ne considérer que la vérité, & en se dégageant de la

(1) *Histoire générale de Languedoc, liv. 10, n. 125.*

(2) *Histoire générale de Languedoc, l. 18. n. 69.*

(3) Oihenart, *notitia utriusque Vasconiæ, lib. 3, cap. 12, p. 532, 533.*

BIU Cujas

prévention où certains Auteurs ont mis les esprits. En effet, le Languedoc fut, comme la Guienne, agité par des guerres continuelles, (1) lorsque les Seigneurs avoient le plus à cœur de diminuer les Alleus, & d'augmenter les Impôts. Ce fut dans les mêmes tems que le Languedoc & la Guienne furent usurpés par les Comtes & les Ducs, qui s'en approprierent les droits Domaniaux & Régaliens. (2) Ce fut à titre de Fief relevant de la Couronne que les Comtes de Toulouse posséderent le Languedoc, avec ses Domaines & les droits Régaliens : ceux de la Guienne furent possédés sous le même titre de Fief relevant de la Couronne par des Ducs ; ce qui n'a pourtant rien de commun avec les possessions des particuliers. Cette possession de la Guienne se continua à la vérité sur la tête des Anglois ; mais ce ne fut que par le droit que leur transporta Eleonore, fille de Guillaume, dernier Duc François, en la même qualité de Duc, & sans aucun autre changement qui ne lui fût commun avec le Languedoc : car si les Seigneurs de Guienne firent des efforts pour augmenter les Fiefs & diminuer les Alleus, la même chose arriva dans le Languedoc, comme nous l'avons montré. Nous voyons même que tandis que la Guienne étoit sous la domination des Anglois, le Prince de Galles, à qui elle appartenoit en qualité de Duc, confirma en 1369 *ses privileges & immunités* ; & quand elle fut réunie à la Couronne, ce fut sous la condition expresse, que *ses coutumes, privileges & immunités* seroient confirmés, comme le porte le traité de Bourdeaux de l'an 1451 ; au lieu que quand le Languedoc fut réuni à la Couronne, ce fut seulement sous la condition que cette Province seroit régie par le droit écrit, comme le marque *Auteserre* (3) ; & que d'ailleurs on n'a jamais opposé au Franc-Alleu de la Guienne, les Loix de Simon, Comte de Monfort, que les ennemis du Franc-Alleu (4) ont opposées à celui du Languedoc ; ce qui établit un avantage considérable en faveur de la Guienne, au-dessus du Languedoc ; que si par les Lettres-Patentes du 9 Octo-

(1) *Hist. gén. de Lang. liv. 18, n. 74, 75.*

(2) Dupuy, *des droits du Roi, pag. 549.* Cazeneuve, *du Franc-Alleu, liv. 2, chap. 6, num. 5, 6, 7, 8 & suiv.*

(3) Auteserre, *rerum Aquitan. lib. 3, cap. 10. Voyez* Cazeneuve, *du Franc-Alleu, liv 1, c. 6.*

(4) Galand, *Traité du Franc-Alleu.*

BIU Cujas

bre 1501 ; rapportées par Cazeneuve, *page* 133 ; le Languedoc a été confirmé dans la liberté du Franc-Alleu, ce n'a été que sur ce seul & unique fondement, exprimé dans les mêmes Lettres-Patentes, que le Languedoc étoit *gouverné par le droit écrit, selon lequel toutes choses sont franches, s'il n'appert qu'elles ayent été asservies* : raison qui n'est pas moins forte pour la Guienne que pour le Languedoc ; puisque le droit écrit est la Loi de l'une & l'autre Province. Quoi donc, le Languedoc aura conservé la liberté du Franc-Alleu, & la Guienne qui en a fait partie, qui a été unie, & pour ainsi dire confondue avec le Languedoc, qui n'a souffert que des événemens tout-à-fait semblables ; qui enfin a toujours joui du même avantage d'être régie par la même Loi, c'est-à-dire, le droit Romain, & qui jouissoit effectivement de la même franchise en 1576 & 1585, comme le prouvent les Arrêts du Parlement de Toulouse, aura perdu cette liberté & cette franchise ? C'est ce qu'il est impossible de se persuader, si l'on se dégage de toute prévention, & qu'on ne s'attache qu'à la recherche de la vérité.

171. Nous avons encore observé ci-dessus, que le Bourdelois s'étoit toujours maintenu dans la liberté du Franc-Alleu. Or il faut de deux choses l'une, ou que cette liberté procede du droit Romain, ou qu'elle vienne du traité de Bourdeaux de l'année 1451. Si elle procede du droit Romain, c'est un avantage qui a toujours appartenu au reste de la Guienne, de même qu'au Bourdelois ; il ne doit donc pas y avoir de différence entre l'un & l'autre.

172. Que si la liberté du Franc-Alleu, dont le Bourdelois jouit, vient du traité de Bourdeaux, outre que cet avantage, selon toutes les apparences, tire son origine du droit Romain, qui étoit alors la Loi du Bourdelois, comme du reste de la Guienne ; d'ailleurs en mettant à l'écart la loi Romaine, par rapport au Franc-Alleu, l'immunité n'ayant pas été confirmée en faveur du seul Bourdelois; mais la Guienne de même que la Gascogne, étant nommément compriſes dans le traité, la Guienne & la Gascogne n'ont pas moins de droit que le Bourdelois, de prétendre qu'elles ont conservé la liberté du Franc-Alleu. Ainsi c'est une erreur visible de vouloir que la maxime, *nulle terre sans Seigneur*, doit avoir lieu en Guienne, pour les Fiefs & les droits Seigneuriaux.

BIU Cujas

173. Le Dauphiné jouit incontestablement de la liberté du Franc-Alleu naturel, & il est remarquable que ce n'est que sur un fondement qui lui est commun avec la Guienne; c'est-à-dire, parce que le Dauphiné a toujours eu pour Loi le Droit écrit, comme l'atteste *François Marc* (1), *Boissieu* (2), *Basset* (3), & *Chorier* (4). Ces trois derniers Auteurs rapportent plusieurs Arrêts qui ont confirmé le Franc-Alleu naturel de cette Province.

174. La Provence, comme étant régie par le Droit écrit, a aussi été conservée, par un Edit du mois d'Octobre 1676, dans la liberté naturelle du Franc-Alleu des terres de cette Province, quand même les Propriétaires les auroient baillées à Fief. Cette autorité supérieure à toutes les autres nous dispense d'entrer dans une plus grande discussion à cet égard. (5)

175. La Bourgogne y a été pareillement conservée par un Arrêt du Conseil du 4 Juillet 1693; non par la force de la coutume, qui ne contient aucun article exprès; mais parce que son Procès verbal contient une disposition qui produit le même effet. Il y est dit que, pour les questions qu'elle n'a point décidées, l'on aura recours au Droit Romain: & c'est en conséquence de cette disposition, & parce que la Bourgogne est un pays du Droit écrit, qu'elle a été maintenue dans la liberté du Franc-Alleu, comme le marque *Taisand* (6), dans son commentaire sur la coutume de cette Province.

176. Enfin le Lyonnois, le Forez, le Beaujolois & le Mâconnois jouissent pareillement de la liberté du Franc-Alleu naturel, par cette seule raison que ces pays sont régis par le Droit écrit, comme l'assurent *Henris*, *Bretonnier* (7), & *Gillet* (8). Il en est de même des pays de Bresse, Bugey, Valromey & Gex, aussi régis par la loi Romaine. *Gillet* (9), dans la même dis-

(1) Dans ses décisions du Parlement de Grenoble, *part.* 1, *decis.* 454, *n.* 8; & *part.* 2, *decis.* 367, *num.* 5.

(2) De l'usage des fiefs, *ch.* 53.

(3) Dans les Arrêts, *t.* 2. *l.* 3, *tit.* 6, *ch.* 1.

(4) Dans la Jurisprudence de Guy-pape, *l.* 2, *sec.* 1, *art.* 3, *page* 62 & 63.

(5) Mourgues, *sur le statut de Provence*, *p.* 148, 149 & *seq.*

(6) Taisand, *sur la coutume de Bourgogne*, *tit.* 3, *art.* 1, *pag.* 150, 151.

(7) *Tom.* 1, *livre* 3, *ch.* 3, *quest.* 18.

(8) Dissertation sur le Franc-Alleu des pays du Droit écrit, *tom.* 1, *page* 618.

(9) *Ibid. pag.* 626.

BIU Cujas

sertation, page 626, rapporte l'Arrêt du Conseil du 4 Juillet 1693, dont nous venons de parler, qui déclare en termes exprès, le Franc-Alleu roturier être naturel dans ces quatre pays.

177. Si donc tous les pays gouvernés par la loi Romaine ont conservé la liberté naturelle du Franc-Alleu, pourquoi la Guienne, qui a toujours été régie comme elle l'est encore, par la même Loi, n'auroit-elle pas conservé la même liberté; & seroit-elle la seule Province du droit écrit qui auroit souffert une telle perte, sans qu'il soit arrivé aucun événement qui ait introduit la Seigneurie féodale universelle ?

178. Plusieurs Auteurs, dont la décision est d'autant plus considérable, qu'ils ont examiné la matiere à fond, ont décidé en faveur du Franc-Alleu de la Guienne, & entr'autres *Ferron* (1), *Dominici* (2), *Cazeneuve* (3), *Auteserre*, (4). Ce dernier Auteur assure, comme nous l'avons rapporté, que le Franc-Alleu naturel est une prérogative de la Guienne. Il est vrai qu'il dit que les Seigneurs ont fait des efforts, & employé même la force & la violence pour diminuer les Alleus, & qu'ils leur ont donné des atteintes : mais il fait comprendre qu'il n'a pas été entiérement détruit. Nous trouvons même dans *M. La Roche* (5), plusieurs préjugés du Parlement de Toulouse, & entr'autres un de l'année 1576, rendu, les deux Chambres des Enquêtes assemblées, & un autre de l'année 1585, en faveur du Franc-Alleu de la Guienne, qui en jouissoit alors inconteſtablement, comme étant un pays régi par le droit écrit.

(1) Sur la coutume de Bourdeaux, *tit. 8, de feudis* §. 7.
(2) *De prærogat. allodiorum, cap. 3 & 14.*
(3) Du Franc-Alleu du Languedoc, *liv. 1, ch. 11, num. 1 & 2.*
(4) *Rerum Aquitan. lib. 3, cap. 17.*
(5) Des droits Seigneuriaux, *ch. 1. art. 1 & 29.*

CHAPITRE XIII.

Réponse aux Auteurs de l'opinion contraire au Franc-Alleu de la Guienne.

179. A LA vérité, il y a quelques Auteurs postérieurs à M. La Roche-Flavin, qui ont prétendu que le Franc-Alleu n'avoit pas lieu en Guienne,

BIU Cujas

Nous ne mettons pas dans ce nombre le traité du Franc-Alleu de *Galland*, qui a combattu inutilement le Franc-Alleu du Languedoc, & qui a été réfuté victorieusement par *Cazeneuve*, lequel en examinant ses raisons en détail, les a détruites d'une maniere à ne souffrir point de réplique. D'ailleurs plusieurs Auteurs (1) ont remarqué que le traité de Galland n'étoit autre chose que le factum des Traitans, qui avoient un intérêt pécuniaire à combattre le Franc-Alleu.

180. Nous ne connoissons que trois ou quatre Auteurs du Parlement de Toulouse qui ayent prétendu que la Guienne n'étoit pas un pays de Franc-Alleu, savoir, M. de *Cambolas*, (2) *Graverol* (3), & *Geraud* (4). M. Maynard est encore de ce nombre, non pas précisément pour la Guienne; mais pour le Languedoc & pour tout le Royaume, où il prétend que l'on y observe la maxime *nulle terre sans Seigneur*: mais il est facile de leur faire voir que leur décision ne mérite pas une grande attention.

181. Il est assez difficile de comprendre quel est le véritable objet de la décision de *M. Maynard*. Il commence par assurer que c'est une maxime en France qu'il n'y a point de terre sans Seigneur; cependant il ne se fonde que sur *Jean Faber* & sur *Masuer*, qui ne parlent que de la Justice ou bien des Seigneurs qui sont fondés en titre pour un territoire limité; mais aucun de ces deux chefs n'est contesté : car on reconnoît en France qu'un Seigneur Justicier a la Justice dans tout le territoire, même sur les Alleus, parce qu'ils sont soumis à sa Juridiction. On reconnoît encore qu'un Seigneur qui a un titre sur un terroir limité, est fondé à prétendre les droits Seigneuriaux sur chaque partie de ce terroir, comme l'enseignent *M. La Roche*, (5) *M. Cambolas*, (6) & généralement tous les Auteurs. Ensuite il rapporte un Arrêt du Parlement de Bourdeaux, qu'il dit avoir jugé que le Seigneur Justicier étoit fondé, sans autre titre, à retirer par droit de prélation les fonds situés dans l'étendue de sa Justice : mais cet Arrêt n'est pas fort con-

(1) Desiderius, *Heraldus quotidian. quæst. c. 14, n. 1.* Boissieu, *de l'usage des Fiefs, ch. 33.*

(2) Dans son traité du Franc-Alleu.

(3) Sur M. la Roche, *des Droits Seign. c. 1, art. 1.*

(4) Dans son petit traité *des Droits Seigneuriaux.*

(5) Des droits Seigneuriaux, *ch. 1, art. 2.*

(6) *Liv. 4, ch. 5.*

BIU Cujas

sidérable, puisque nous avons montré que le Bourdelois jouit de la liberté du Franc-Alleu naturel. Il est même remarquable que *Monsieur Maynard*, (1) se contredisant lui-même, soutient que le Seigneur n'est pas fondé au droit de prélation, à moins qu'il n'ait un titre exprès, où ce droit ait été stipulé, quand même il prouveroit que les biens sont mouvans de sa directe à titre d'Emphytéose. Enfin il rapporte l'Arrêt de Mauléon, qui est dans le cas d'un Seigneur fondé en titre, sur tout un territoire limité; auquel cas il est certain que les possesseurs des biens enclavés dans ce territoire sont obligés à rapporter des titres d'affranchissement, sinon ils ne peuvent pas prétendre posséder des terres en Franc-Alleu. Au surplus nous renvoyons au traité du Franc-Alleu du Languedoc (2), qui a réfuté l'opinion de *M. Maynard* comme visiblement fausse; puisqu'il se fonde sur des raisons & des autorités qui établissent le Franc-Alleu.

182. A l'égard de M. *de Cambolas*, ce n'est qu'en passant qu'il dit que dans la Guienne la maxime *nulle terre sans Seigneur* a lieu, il n'a point examiné la difficulté; & comme il ne travailloit que pour soutenir le Franc-Alleu du Languedoc, & qu'il ne prenoit aucun intérêt à la défense de la Guienne, dont *Galland*, dans son traité du Franc-Alleu, tiroit un argument contre le Languedoc, il se contente de dire que la Guienne n'avoit pas un privilege tel que le Languedoc; mais il ne prit pas garde que le Franc-Alleu du Languedoc n'est pas proprement un privilege, ni une concession (3); c'est une liberté naturelle dans laquelle tous les pays du Droit écrit se sont conservés, comme je l'ai prouvé; ainsi les raisons que M. de Cambolas allegue en faveur du Languedoc, militent pour la Guienne avec le même avantage.

183. Pour ce qui est de *Graverol*, cet Auteur n'examine pas non plus la question; il fait mention seulement d'un Arrêt, qu'il dit avoir décidé, que la maxime *nulle terre sans Seigneur* devoit être suivie en Guienne: mais il n'en rapporte point l'espece, il ne l'a pas même vu rendre; car il faisoit sa profession d'A-

(1) *Liv.* 4, *c.* 34.

(2) Cazeneuve, *du Franc-Alleu du Languedoc*, *l.* 2, *ch.* 8, *n.* 7 & 8.

(3) *V.* La Requête de la Province de Languedoc à la fin des Annales de Toulouse, *tom.* 2, *pag.* 19. Cazeneuve, *du Franc-Alleu*, *liv.* 1, *c.* 8, *n.* 3.

BIU Cujas

vocat dans la ville de Nîmes : & ſelon toutes les apparences, dans le cas de cet Arrêt, les Religieux de Lairac, au profit deſquels il fut rendu, devoient être fondés en titre ſur un terroir limité. D'ailleurs quelque Arrêt qui auroit jugé la queſtion avec des particuliers, ſans l'avoir diſcutée, devroit-il être regardé comme une loi générale, capable de faire perdre une liberté auſſi précieuſe que le Franc-Alleu, à ceux qui n'ont pas été parties ? Et ne ſait-on pas que c'eſt ſur les Loix, & non ſur les exemples, que les Procès doivent être décidés ? Après quoi nous n'avons pas beſoin de réfuter *Geraud*, qui n'a écrit que ſur la foi des autres.

184. A ces autorités, qui ſont en petit nombre, & qui d'ailleurs ne ſont pas dignes d'une grande attention, parce que les Auteurs n'ont pas examiné & approfondi la difficulté, on peut oppoſer, non-ſeulement celle des Auteurs qui ont décidé en faveur de la Guienne, après une diſcuſſion exacte, & dont le jugement eſt d'un plus grand poids ; mais encore un grand nombre d'autres Auteurs qui ont unanimement décidé que tous les pays qui ont pour loi le droit Romain, jouiſſent de la liberté du Franc-Alleu naturel. Tels ſont (1) *Speculator*, *Jean Faber*, *Petrus Jacobi*, *Benedicti*, *Dumoulin*, *Ferron*, *François Marc*, *Chopin*, *Bodin*, *Duarein*, *Denis Godefroi*, avec une foule d'autres qu'il ſeroit trop long de rapporter.

185. Nous n'avons pas beſoin de réfuter les raiſons de ceux qui prétendent qu'il ne peut point y avoir en France de Franc-Alleu ſans titre, ni de terre ſans Seigneur ; *Cazeneuve*, en travaillant pour le Franc-Alleu du Languedoc, nous en épargne la peine, parce qu'il a victorieuſement réfuté toutes les objections qu'on oppoſe au Franc-Alleu naturel. Il nous ſuffit d'avoir montré que celles que l'on oppoſe en particulier contre le Franc-Alleu de la Guienne, ne ſont d'aucune conſidération. Nous obſerverons néanmoins que l'article 383, de l'Ordonnance de 1629, qui veut que toutes les terres qu'on ne juſtifiera pas relever des Seigneurs particuliers, ſoient cenſées relever de Sa Majeſté, ne peut pas être oppoſé utile-

(1) Tous ces Auteurs ſont rapportés, avec pluſieurs autres, par Cazeneuve, *du Franc-Alleu du Languedoc*, *liv. 2, ch. 9, 10 & 11. Voyez* les Annales de Toulouſe, *tom. 2, in fine, p.* lxxv.

BIU Cujas

ment ; parce que tout le monde sait que cette Ordonnance n'est point observée, comme le remarquent *Bretonnier* & *Gillet*, aux endroits ci-dessus cités ; (1) ce qui est prouvé par plusieurs Arrêts du Conseil, & des autres Tribunaux, rendus postérieureuent à cette Ordonnance, en faveur du Franc-Alleu de plusieurs Provinces du Royaume. Aussi voyons-nous, que nonobstant cette Ordonnance, le Languedoc, le Bourdelois, le Dauphiné, la Provence, le Lyonnois & les autres pays du Droit écrit, dont nous avons parlé, jouissent encore aujourd'hui de la liberté du Franc-Alleu.

A l'égard de l'Edit du mois d'Août 1692, qui rappelle l'article 383 de l'Ordonnance de 1629, il ne contient qu'une simple énonciative dans la préface ou dans le préambule, conçue en ces termes : *L'application continuelle que nous avons à rechercher toutes les parties de notre Domaine qui ont été ci-devant aliénées ou usurpées, nous ayant fait connoître que nous n'avons point de droit mieux établi, ni plus inséparablement attaché à notre Couronne, que celui de la mouvance & directe universelle sur toutes les terres de notre Royaume.* Le dispositif de cet Edit ne renferme rien qui soit capable de détruire la liberté du Franc-Alleu, dans les lieux où il doit être considéré comme une qualité naturelle des terres & possessions autres que des fiefs auxquels la Justice est unie. Encore moins l'Edit parle-t-il de la présomption en faveur des Seigneurs particuliers ; l'énonciative se borne à la mouvance en faveur du Roi, seulement comme étant un droit attaché à la Couronne, & par conséquent non communicable. C'est néanmoins le seul dispositif, & non une simple énonciative qui peut être capable d'expliquer *la volonté* du Prince, & de lui donner force de Loi. Ce qui est si vrai, que le Franc-Alleu est encore en vigueur dans tous les pays dont nous avons parlé, & dans les coutumes dont nous ferons mention ci-dessous, *num.* 188, nonobstant l'énonciative contenue dans l'Edit de 1692, même à l'égard de Sa Majesté.

186. Ajoutons que *Maynard* & *Graverol*, en sou-

(1) Bretonnier, *sur Henris*, *tom. 1, liv. 3, quest.* 18. Gillet, *differt. sur le Franc-Alleu, tome 1.* Les raisons pourquoi l'Ordonnance de 1629, appellée le *code Michaut*, n'a jamais eu force de Loi en France, sont expliquées dans le nouvel abregé chronologique de l'Histoire de France, *tom. 2, p. 489, 490.*

tenant

tenant que le Seigneur Haut-Justicier est fondé en présomption, & que toutes les terres qui sont dans l'étendue de sa Justice relevent en fief de lui, choquent la maxime la plus constamment & plus généralement reçue en France, c'est-à-dire, que *Fief & Justice n'ont rien de commun*, laquelle tous les Auteurs ont enseignée, après plusieurs coutumes, (1) & entr'autres *Masuer* (2), *Pontanus* (3), *Dumoulin* (4), *Charondas*, (5), *Philippi* (6), *Loisel* (7), de *Laurière* (8), *Poquet de Livoniere* (9), & *Boissieu* (10).

187. Or le sens de cette maxime ne se borne pas, comme se l'est imaginé *Loiseau* (11), à rendre seulement la Justice séparable du fief, & à dire que le fief n'attire pas à soi la Justice, sous prétexte qu'elle ne dit pas que *Justice & fief n'ont rien de commun* : mais elle signifie qu'on ne peut tirer aucun argument de la justice au fief, ni du fief à la justice ; ni celui qui a la justice n'est pas non plus présumé avoir le fief, comme les Auteurs cités l'enseignent ; parce que le fief & la justice sont des choses indépendantes l'une de l'autre, & entiérement distinctes, selon le langage des mêmes Auteurs : & ce qui découvre encore mieux l'erreur de *Loiseau*, & sappe le fondement de son opinion touchant l'explication de cette maxime, c'est que la coutume de Bourbonnois, article 1, parle précisément de la maniere que *Loiseau* dit que la maxime devroit être conçue, afin qu'on ne pût tirer aucun argument de la justice par rapport au fief ; car cette coutume ne dit pas *fief & justice n'ont rien de commun*, en commençant par le fief ; mais elle commence par la juriſdiction ou justice ; ses termes sont *juriſdiction, reſſort d'icelle & fief n'ont rien de commun*. C'est donc une très-mauvaise subtilité de la part de *Loiseau*, lorsqu'il dit

(1) La coutume de Bourbonnois, *art.* 1 ; de Blois, *art.* 65 ; de Berry, *tit.* 5, *art.* 57 ; d'Auvergne, *chap.* 2, *art.* 4 & 5 ; de Touraine, *art.* 379 ; de la Marche, *art.* 5, & 179.

(2) Ancien Praticien, *tit.* 26, *des Fiefs*, *num.* 22.

(3) Sur l'*article* 65. de la coutume de Blois.

(4) Sur la coutume de Paris, §. 1. *Gloſſ.* 5, *num.* 45 ; & §. 68, *num.* 3.

(5) *Liv.* 82, *rep.* 2.

(6) *Rep.* 39, *num.* 32 & *ſuiv.* ; & *rep.* 50, *num.* 11.

(7) Dans ses institutes coutumieres, *liv.* 2, *tit.* 2, *reg.* 44.

(8) Dans ses notes sur cette regle.

(9) Traité des fiefs, *l.* 1, *chap.* 5.

(10) De l'usage des fiefs, *chap.* 44.

(11) Des Seigneuries, *chap.* 12, *num.* 47, 48.

BIU Cujas

que la maxime commençant par le fief, veut dire qu'il n'attire pas la juſtice comme principale, mais bien que la juſtice attire le fief comme acceſſoire : puiſque la coutume du Bourbonnois, qui parle de la juſtice plutôt que du fief, déclare néanmoins que ces deux choſes n'ont rien de commun. Ainſi, ſelon le propre raiſonnement de cet Auteur, tout comme le fief n'attire pas la juſtice, la juſtice n'attire pas non plus le fief.

CHAPITRE XIV.

Inconvéniens qui naiſſent de la maxime, nulle terre ſans Seigneur.

188. ENFIN, il eſt remarquable que l'on découvre des inconvéniens conſidérables dans l'uſage de la maxime, *nulle terre ſans Seigneur* ; car ſi dans une même terre il y a, comme il arrive ſouvent, pluſieurs Seigneurs, dont l'un n'ait que la juſtice, & les autres poſſedent certains fiefs, ſans néanmoins avoir de titre pour la totalité de la terre, il ſera difficile de déterminer duquel de ces Seigneurs les fonds qui ne ſont pas compris dans les reconnoiſſances, ou titres particuliers des Seigneurs féodaux ou cenſiers, doivent relever en fief ou cenſive. Si on veut les adjuger au Seigneur Juſticier, les Seigneurs féodaux lui oppoſeront avec raiſon qu'il n'a aucune part au fief ; & que n'ayant que la ſeule juſtice, la maxime *fief & juſtice n'ont rien de commun*, fait obſtacle à ſa prétention. Si on veut les adjuger aux Seigneurs des fiefs, qui n'ont que des titres particuliers, on leur oppoſera qu'ils n'ont rien à prétendre ſur les fonds non compris dans leurs titres, parce qu'ils ne ſont pas fondés dans tout le territoire, & que les titres particuliers portent une excluſion de ce qui n'y eſt pas contenu : d'ailleurs à ſuppoſer que les Seigneurs féodaux ou cenſiers euſſent un droit plus apparent que le Seigneur Juſticier, auquel de ces Seigneurs donneroit-on la préférence ? Autre embarras qui fait ſentir l'injuſtice de la prétention de ceux qui ſoutiennent qu'il n'y a point de terre ſans Seigneur de fief. Or, dans cette perplexité, ne convient-il pas mieux de prononcer en faveur de la liberté, qui eſt le pre-

BIU Cujas

mier titre & le plus favorable, quand il n'eſt pas combattu par des titres contraires qui y dérogent? Nous devons donc conclure de tout ce que nous avons dit, que la Guienne eſt un pays de Franc-Alleu, & que les Seigneurs particuliers ne peuvent prétendre les droits Seigneuriaux dans cette Province, qu'en rapportant des titres, tout comme on en uſe en Languedoc, & dans tous les autres pays de droit écrit, parce que la liberté a pour fondement le droit naturel qui eſt la ſource de toutes les loix, & qui ſuppoſe que tous les héritages ſont libres ſelon l'état de la nature; que les charges & les ſervitudes étant étrangeres, & venant du dehors, doivent par conſéquent avoir un titre qui émane ou de la convention, ou d'une loi contraire, telle qu'on voit dans les coutumes qui ont rejetté le Franc-Alleu, comme il y en a dans le pays coutumier. Telles ſont celle de Melun, *article* 104, celle de Meaux, *article* 189, celle de Poitou, *article* 52, celle de Senlis, *article* 101 & 262, celle de Blois, *article* 33, celle de Brétagne, *article* 328. Il y en a auſſi d'autres qui admettent le Franc-Alleu ſans titre, & qui ont conſervé aux héritages leur liberté naturelle & primitive : telles ſont celle de Troyes, *article* 51, celle de Chaumont, *article* 62, celle d'Auxerre, *article* 23, celle de Vitry, *article* 16, celle de Seſanne, *article* 2, celle de Nivernois, titre des rentes, *art.* 1. L'uſage du Duché de Bourgogne, confirmé par un arrêt du Conſeil (1), celui du Berry atteſté par *Chenu ſur Papon*, *livre* 13, *titre* 2, *article* 3 : celui du Bourbonnois, atteſté par *M. Auroux des Pomiers*, *ſur la coutume de cette Province*, *titre* 28, *num.* 4; & celui de la Sénéchauſſée du Dorat, dont Boucheul fait mention dans la Préface du coutumier général de Poitou, *pag.* 27, *tom.* 1.

(1) Arrêt du Conſeil du 4 Juillet 1693, pour la Bourgogne. Taliſand, *ſur la coutume de ce pays*, *tit.* 3, *art.* 1, *not.* 52.

BIU Cujas

CHAPITRE XV.

Franc-Alleu de la Guienne établi sur la connoissance de la nature du fief.

189. LA connoissance de la nature du fief peut nous fournir encore des raisons pressantes en faveur du Franc-Alleu de la Guienne. En effet le bail à fief est un véritable contrat, qui se régle par les conventions stipulées entre le Seigneur & le vassal. Or, les contrats ne se présumant point, on ne peut pas non plus présumer le bail à fief; & par conséquent si celui qui prétend être Seigneur ne rapporte pas le titre primordial, ou des actes possessoires, on doit prononcer pour la liberté du possesseur des terres.

190. Il y a des contrats où le seul consentement suffit pour les faire valoir, & pour produire les obligations qui dépendent des conventions; il y en a d'autres où le seul consentement ne suffit pas pour donner un fondement suffisant aux obligations que l'on stipule : cette derniere espece de contrat est connue dans le droit sous le nom des obligations qui sont contractées par la chose : *Quæ re contrahuntur.*

191. Le fief est un des contrats de cette derniere espece. Aussi n'est-ce que par la tradition du fonds faite par le propriétaire, que le fief & les obligations qui en sont une suite, peuvent être établis; que s'il n'y a point de tradition de fonds, les droits Féodaux ou Seigneuriaux ne sont point dus, & toutes les stipulations se réduisent à de simples obligations personnelles ou hypothécaires, qui sont sujettes à la prescription, tout de même que les autres actions; parce que, comme l'a fort bien remarqué *Loiseau*, (1) nul ne peut imposer une charge fonciere sur l'héritage, sinon celui qui en est Seigneur; & encore faut-il que ce soit lors de la tradition & de l'aliénation de l'héritage, & non autrement. Car comme par un simple pacte, sans tradition de la chose, le Domaine ne peut être transferé (2), aussi les charges qui participent à la Seigneurie, ne peuvent être autrement créées que lors de la tradition, par le moyen de la

(1) Loiseau, *du déguerpissement, liv.* 1, *ch.* 3, *num.* 3.
(2) *Lib. Traditionibus* 20, *cod. de Pactis.*

BIU Cujas

rétention & de la réservation que le propriétaire fait à son profit, & en vertu de la condition apposée au contrat : ce qui est fondé sur plusieurs textes du droit Romain, rapportés par *Loiseau* (1); & le Parlement de Toulouse l'observe constamment dans l'usage, suivant le témoignage du Président (2) *Duranty*, de *Graverol* & de *Catellan*. A la vérité d'*Olive* (3) avoit rapporté quelques Arrêts contraires; mais il a été repris par les Auteurs qui ont écrit après lui, lesquels ont remarqué qu'il y avoit de l'équivoque dans les Arrêts qu'il rapporte : il s'est même corrigé dans la derniere édition de son recueil d'Arrêts.

192. Voilà pourquoi la plupart des fiefs de la Guienne, qui ont été établis, comme le prétendent *Autesserre* & plusieurs autres Auteurs, par un simple consentement des possesseurs des biens allodiaux, & sans aucune tradition du fonds, ne pourroient pas être regardés comme des fiefs, mais comme de simples conventions, qui seroient par conséquent sujettes aux regles ordinaires des autres contrats, & particuliérement à la prescription. Ainsi il faudroit nécessairement décharger les possesseurs, & prononcer pour leur liberté, toutes les fois que les Seigneurs ne feroient pas apparoir de la concession du fief ou des titres possessoires qui la fissent présumer.

(1) Loiseau, *ibid*, *n.* 4.
(2) Duranty, *q.* 55. Graverol, *sur Larroche. Verb.* Rente, *art.* 7. Catellan, *liv.* 3, *ch.* 4.
(3) Olive, *liv.* 2, *ch.* 21.

CHAPITRE XVI.

Exception en faveur des droits du Roi.

193. NOUS finirons, en observant que, quoique nous ayons remarqué ci-dessus, num. 184, que l'Ordonnance de 1629 n'est point observée, en ce qu'elle déroge universellement au Franc-Alleu, ce qui est vrai, nous n'avons pas entendu soutenir que la présomption qui milite en faveur du Roi en Guienne, lorsque Sa Majesté a la Seigneurie directe jointe avec la justice : & quoiqu'elle ne rapporte pas des actes justificatifs de la mouvance de toutes les terres situées dans les villes ou lieux où elle a la jus-

BIU Cujas

tice & la Seigneurie directe, les poſſeſſeurs n'en doivent pas moins être aſſujettis aux droits Seigneuriaux, par une raiſon qui eſt particuliere à Sa Majeſté, & qui ne peut pas militer en faveur des Seigneurs particuliers; c'eſt que toutes les terres enclavées dans les villes ou lieux dont Sa Majeſté juſtifie la Seigneurie directe de la plus grande partie, doivent être préſumées du nombre de celles qui furent réſervées au Domaine du Roi lors de la conquête ou du partage, ainſi que nous l'avons expliqué ci-devant; leſquelles terres doivent auſſi être préſumées avoir été baillées originairement en fief ou cenſive, ſi les poſſeſſeurs ne juſtifient qu'elles ont été baillées en Franc-Alleu; parce que nos Rois, dans l'ancien temps, ont très-rarement aliéné leur Domaine, à titre d'Alleu; & la plus commune façon de faire paſſer la propriété des terres ſur la tête des particuliers, a été à titre de fief ou de cenſive. Ainſi cette préſomption plus forte que l'argument que l'on peut tirer de la loi Romaine, qui eſt le fondement du Franc-Alleu, doit prévaloir.

Fin du Traité du Franc-Alleu.

BIU Cujas

TABLE

DES CHAPITRES ET DES SECTIONS

Contenus dans ce Traité.

CHAP. I. PLAN de ce Traité & des sources d'où la Seigneurie Féodale Universelle peut dériver, page 1

CHAP. II. Examen de la premiere Source.

Si la Seigneurie Féodale Universelle est un Droit de la Royauté, 3

CHAP. III. Examen de la seconde Source.

Si la Seigneurie Féodale Universelle a été établie en France par le droit de conquête : de l'origine des fiefs, de leurs différences avec les bénéfices : du partage des terres lors de la conquête des Gaules, & si les terres qui furent distribuées aux François, & celles qui furent laissées aux Gaulois, leur demeurerent en Alleu ou pleine propriété, 9

CHAP. IV. Examen de l'opinion de Loiseau & de Galland, sur l'origine de la Seigneurie Féodale Universelle. 27

CHAP. V. Examen de la troisieme Source.

Si la Seigneurie Féodale Universelle étoit établie en France, lorsqu'elle étoit possédée par les Romains, & par les Visigoths, pour la partie dont ils étoient les maîtres, & notamment pour la Guienne. 40

SECT. I. *Premiere époque. De la domination des Romains dans les Gaules & dans l'Aquitaine*, 41

SECT. II. *Deuxieme Epoque. De la domination des Goths*, 43

SECT. III. *Si la Guienne & le Languedoc étoient* Juris Italici, *& s'ils jouissoient de l'exemption des tributs ; si la distinction du Domaine direct d'avec l'utile étoit connue des Romains.* 45

SECT. IV. *Usage de la loi Romaine dans l'Aquitaine & les autres Pays des Gaules*, 57

CHAP. VI. Examen de la quatrieme Source.

Si le Roi ou les Seigneurs qui ont droit de lui, ont acquis la Seigneurie Féodale universelle, par quelque révolution arrivée depuis la conquête des Gaules par les François, 59

SECT. I. *Troisieme Epoque. De la domination des Fran-*

BIU Cujas

çois, tandis que le Languedoc & l'Aquitaine furent gouvernés par des Ducs ou des Comtes, ibid.
SECT. II. *Quatrieme Epoque. Du gouvernement de l'Aquitaine, érigée en Royaume,* 62
SECT. III. *Cinquieme Epoque. Du Gouvernement de l'Aquitaine érigée de nouveau en Royaume par Charlemagne,* 66
SECT. IV. *Sixieme Epoque. Du Gouvernement de l'Aquitaine après la réunion de la Couronne,* 68
CHAP. VII. Examen de la cinquieme Source.
Y a-t-il une conceſſion générale de toutes les terres du Royaume, à titre de Fief? Y a-t-il quelque loi générale du Royaume, qui, en ſuppoſant une telle conceſſion, ait établi la Seigneurie féodale univerſelle dans tout le Royaume? 69
SECT. I. *Septieme Epoque. Du Gouvernement de la Guienne ſous les Ducs héréditaires, juſques à ce qu'elle paſſa aux Anglois,* 74
SECT. II. *Huitieme Epoque. De la domination des Anglois dans la Guienne,* 77
SECT. III. *Examen du deuxieme temps de la huitieme Epoque,* 82
SECT. IV. *Réunion de la Guienne à la Couronne de France par la conquête faite ſur les Anglois,* 87
CHAP. VIII. Preuves que la Guienne a conſervé le Franc-Alleu, 89
CHAP. IX. Origine de la Maxime, *nulle Terre ſans Seigneur,* 93
CHAP. X. Examen des raiſons que l'on oppoſe contre le Franc-Alleu de la Guienne, 95
CHAP. XI. Le Franc-Alleu de la Guienne ſoutenu par la Loi Romaine & par une liberté qui lui eſt commune avec tous les autres Pays du droit écrit. Le Code de Juſtinien connu en France ſous le régne de Charles-le-Chauve, 101
CHAP. XII. Quels ſont les Pays qui ſe ſont maintenus dans la liberté naturelle du Franc-Alleu? 103
CHAP. XIII. Réponſe aux Auteurs de l'opinion contraire au Franc-Alleu de la Guienne, 108
CHAP. XIV. Inconvéniens qui naiſſent de la Maxime, *nulle Terre ſans Seigneur,* 114
CHAP. XV. Franc-Alleu de la Guienne établi ſur la connoiſſance de la nature du fief, 116
CHAP. XVI. Exception en faveur des droits du Roi, 117

Fin de la Table.

BIU Cujas

ORDONNANCE

DE

LOUIS XV,

ROI DE FRANCE

ET DE NAVARRE,

POUR FIXER LA JURISPRUDENCE
sur la nature, la forme, les charges &
les conditions des Donations,

Donnée à Verſailles au mois de Février 1731;

AVEC DES OBSERVATIONS,
Autoriſées par les Ordonnances, le Droit Romain,
& les Arrêts des Parlemens:

Par Me. JEAN-BAPTISTE FURGOLE,
Avocat au Parlement de Toulouſe.

NOUVELLE ÉDITION,

Revue, corrigée, & conſidérablement augmentée.

PREMIERE PARTIE.

A PARIS,
Chez CELOT, Imprimeur-Libraire, rue Dauphine.

M. DCC. LXXV.
Avec Approbation & Privilege du Roi.

BIU Cujas

ORDONNANCE DE LOUIS XV,

CONCERNANT

LES DONATIONS,

AVEC DES OBSERVATIONS.

OUIS, par la grace de Dieu, Roi de France & de Navarre; A tous préſens & à venir, SALUT. La Juſtice devroit être auſſi uniforme dans ſes Jugemens, que la Loi eſt une dans ſa diſpoſition; & ne pas dépendre de la différence des tems & des lieux, comme elle fait gloire d'ignorer celle des perſonnes. Tel a été l'eſprit de tous les Légiſlateurs; & il n'eſt point de Loix qui ne renferment le vœu de la perpétuité & de l'uniformité : leur principal objet eſt de prévenir les Procès, encore plus que de les terminer; & la route la plus sûre pour y parvenir, eſt de faire régner une telle conformité dans les déciſions, que ſi les Plaideurs ne ſont pas aſſez ſages pour être leurs premiers Juges, ils ſçachent au moins que dans tous les Tribunaux ils trouveront une Juſtice toujours ſemblable à elle-même, par l'obſervation conſtante des mêmes

BIU Cujas

regles. Mais comme ſi les Loix & les Jugemens devoient éprouver ce caractere d'incertitude & d'inſtabilité, qui eſt preſque inſéparable de tous les ouvrages humains, il arrive quelquefois, que ſoit par un défaut d'expreſſion, ſoit par les différentes manieres d'enviſager les mêmes objets, la variété des Jugemens forme d'une ſeule Loi comme autant de Loix différentes, dont la diverſité, & ſouvent l'oppoſition, contraires à l'honneur de la Juſtice, le ſont encore plus au bien public. Delà naît en effet cette multitude de conflits de Juriſdiction, qui ne ſont formés par un Plaideur trop habile, que pour éviter par le changement des Juges, la Juriſprudence qui lui eſt contraire, & s'aſſurer celle qui lui eſt favorable; en ſorte que le fond même de la conteſtation ſe trouve décidé par le ſeul Jugement qui regle la compétence du Tribunal. Notre amour pour la Juſtice, dont nous regardons l'adminiſtration comme le premier devoir de la Royauté, & le deſir que nous avons de la faire reſpecter également dans tous nos Etats, ne nous permettent pas de tolérer plus long-tems une diverſité de Juriſprudence, qui produit de ſi grands inconvéniens : Nous aurions pu la faire ceſſer avec plus d'éclat & de ſatisfaction pour Nous, ſi nous avions différé de faire publier le corps des Loix qui ſeront faites dans cette vue, juſqu'à ce que toutes les parties d'un projet ſi important euſſent été également achevées : Mais l'utilité qu'on doit attendre de la perfection de cet Ouvrage, ne pouvant être auſſi prompte que Nous le déſirerions, notre affection pour nos Peuples, dont nous préférons toujours l'intérêt à toute autre conſidération, Nous a déterminé à leur procurer l'avantage préſent, de profiter au moins en partie, d'un travail dont nous nous hâterons de leur faire bientôt recueillir tout le fruit; & Nous leur en

BIU Cujas

donnons comme les prémices, par la déciſion des Queſtions qui regardent la nature, la forme, & les charges ou les conditions eſſentielles des Donations : matiere, qui, ſoit par ſa ſimplicité, ſoit par le peu d'oppoſition qui s'y trouve entre les principes du Droit Romain & ceux du Droit François, Nous a paru la plus propre à fournir le premier exemple de l'exécution du plan que Nous nous ſommes propoſés. Avant que d'y établir des regles invariables, Nous avons jugé à propos de nous faire informer exactement par les principaux Magiſtrats de nos Parlemens & de nos Conſeils Supérieurs, des différentes Juriſprudences qui s'y obſervent; & Nous avons eu la ſatisfaction de voir dans l'expoſition des moyens propres à les concilier, que ces Magiſtrats, uniquement occupés du bien de la Juſtice, Nous ont propoſé ſouvent de préférer la Juriſprudence la plus ſimple, & par-là même la plus utile, à celle que le préjugé de la naiſſance & une ancienne habitude pouvoient leur rendre plus reſpectable; ou s'il y a eu de la diverſité de ſentimens ſur quelques points, elle n'a ſervi, par le compte qui nous en a été rendu dans notre Conſeil, qu'à développer encore plus les véritables principes que nous devons ſuivre, pour rétablir ſucceſſivement dans les différentes matieres de la Juriſprudence où l'on obſerve les mêmes Loix, cette uniformité parfaite, qui n'eſt pas moins honorable au Légiſlateur, qu'avantageuſe à ſes Sujets. A CES CAUSES, & autres à ce Nous mouvans, de l'avis de notre Conſeil, & de notre certaine Science, pleine Puiſſance, & Autorité Royale, Nous avons dit, déclaré & ordonné, & par ces Préſentes ſignées de notre main, diſons, déclarons ordonnons, voulons & Nous plaît ce qui ſuit.

BIU Cujas

ARTICLE PREMIER.

Les Donations doivent être faites par Acte public, & il en doit rester minute, à peine de nullité.

TOUS ACTES portant DONATION ENTRE-VIFS, *seront passés pardevant Notaires, & il en restera minute, à peine de nullité.*

OBSERVATIONS.

Il y a plusieurs choses à considérer pour la validité des donations entre-vifs : la capacité du donateur, la nature des biens dont il veut disposer, la capacité du donataire, les formalités substantielles de l'acte, & les formalités extrinseques ou séparées du même acte. Notre ordonnance se borne à régler les formalités & les conditions, & suppose tout le reste, ou le laisse à la disposition du droit & des coutumes.

Premiérement, pour ce qui concerne la personne du donateur, il faut qu'elle soit habile & capable de disposer de cette maniere, & qu'elle ne soit pas du nombre de ceux auxquels les loix ou les coutumes interdisent l'aliénation de leurs biens ; comme sont les pupilles ou mineurs, les prodigues interdits par justice, les Religieux profés, & ceux qui ont souffert la mort civile par quelque condamnation qui emporte cette peine ; les furieux, les imbécilles, & autres qui manquent du jugement nécessaire pour donner un consentement valable, qui puisse servir de fondement à la donation entre-vifs, afin qu'elle soit ferme & irrévocable de la part du donateur, selon la nature de cet acte, *leg. 3, cod. de revocandis donationib. lege perfecta 4, cod. de donat. quæ sub modo, & leg. 1, ff. de donat.*

En second lieu, il faut encore considérer en la personne du donateur, s'il peut disposer des biens qu'il veut donner, & qu'il en dispose librement & volontairement. La premiere condition est, qu'il en soit propriétaire ; car aux

BIU Cujas

termes de la loi 9, §. dernier, *ff. de donat.* & de la loi 14, *cod. eod.* on ne peut donner que ce dont on peut transporter la propriété à la personne du donataire; *donari non potest nisi quod ejus fit cui datur:* cependant la donation faite *à non domino*, attribue le droit d'en prescrire la propriété, pourvu qu'il y ait de la bonne foi de la part du donataire, *toto titulo, ff. pro donato*, dans les lieux où la prescription de dix ans entre présens, & de vingt ans entre absens, pour l'acquisition de la propriété, est reçue; mais le Parlement de Toulouse ne connoît à cet égard d'autre prescription que celle de trente ans, comme je l'ai remarqué ailleurs. La seconde condition est, que les biens soient d'une nature que les loix ou les coutumes n'en défendent pas la donation, comme la dot en pays de droit écrit pendant le mariage, que la femme ne peut pas aliéner ni donner à des personnes étrangeres; ou les propres, dont certaines coutumes restreignent la faculté de disposer entre-vifs, & autres cas semblables.

En troisieme lieu, en la personne du donataire, qu'il soit habile pour recevoir la libéralité, & qu'il n'y ait aucune incapacité qui procede des ordonnances ou des coutumes: Les mariés, par exemple, ne peuvent point se donner irrévocablement pendant le mariage, *toto tit. de donat. inter virum & uxor.* & selon certaines coutumes, ils ne peuvent point s'avantager directement ni indirectement; les tuteurs, curateurs & autres administrateurs, ne peuvent pas recevoir des libéralités de leurs mineurs; les personnes qui ont passé à un second mariage, n'ont pas la faculté indéfinie de recevoir de la part de leurs seconds conjoints; & leur pouvoir à cet égard est limité par la loi *hac edictali, cod. de secundis nuptiis*, & par l'*édit des secondes nôces;* les concubinaires & concubines ne peuvent point se donner l'un à l'autre; les bâtards ne peuvent recevoir de leurs peres ou meres naturels, que les alimens, ou quelque chose qui tienne lieu des alimens; les Communautés non approuvées ne peuvent pas profiter des dons qui leur seroient faits, &c.

En quatrieme lieu, supposé que les personnes du donateur & du donataire soient capables de donner & de recevoir, il faut examiner les formalités de l'acte de donation: outre celles dont je parlerai sur l'article suivant, notre article en prescrit une toute nouvelle; savoir, que la donation soit faite par un acte public; ce qui est requis à peine de nullité: Il y en a une seconde, qui étoit requise par les anciennes Ordonnances; sçavoir,

BIU Cujas

qu'elle soit acceptée ; laquelle a été renouvellée & expliquée par les articles V & VI, *infrà*.

Enfin, il y a deux formalités séparées de l'acte, & qui en font la consommation : la premiere, que la minute de la donation ne soit pas délivrée au donateur ni au donataire, à peine de nullité : cette formalité est introduite de nouveau par mon article, du moins par rapport au pays du droit écrit : la seconde, que la donation soit insinuée : le droit Romain exigeoit aussi cette formalité quand les donations excédoient la somme de cinq cens écus ; *leg. 36, §. 3, cod. de donat.* sauf en certains cas favorables, comme je l'expliquerai sur l'article XIX, *infrà*.

L'ordonnance de 1539, & celles qui ont été faites postérieurement, ont aussi exigé la nécessité de l'insinuation, dont la forme est réglée plus particuliérement par les articles XIX, XX, XXI, XXII, XXIII, XXIV, XXV, XXVI, XXVII, XXVIII, XXIX, XXX, XXXI & XXXII de notre ordonnance, & où l'on trouve plusieurs cas exceptés. Il y a encore une autre formalité qui doit suivre la donation, ou l'accompagner ; savoir, la tradition de fait ou de droit ; mais cette formalité n'est nécessaire que dans les pays coutumiers, & non selon le droit écrit, auquel notre ordonnance n'a pas dérogé en cela, comme je l'observerai sur l'article XV, *infrà* : Mais à la place de la tradition, ledit article XV a introduit dans le pays du droit écrit, la nécessité de dresser un état des meubles & effets mobiliers dont il ne seroit point fait une tradition réelle & actuelle ; laquelle formalité étoit en usage dans le pays coutumier. Il faut de plus remarquer, que dans les coutumes qui exigent la tradition, il n'est pas nécessaire qu'elle soit faite lors de la donation ; mais il suffit qu'elle se fasse pendant la vie du donateur, ou que le donataire intente son action avant le décès du même donateur ; parce que le défaut de tradition n'annulle la donation, que quand le donateur demeure saisi & possesseur des biens donnés jusqu'à sa mort, sans que le Donataire ait formé son action pour en obtenir la délivrance : Ricard, *partie premiere, des donations, ch. 4, sect. 2*, & dans la *distinct. premiere.*

¶ *Tous actes.*] Il faut prendre garde que notre article ne dit pas, toutes donations entre-vifs ; il dit, *tous actes*, pour décider qu'il ne peut point y avoir de donation entre-vifs, d'écriture privée, qui soit valable ; il faut qu'il y en ait un acte public par Notaire, & qu'il en reste minute ; mais si la donation étoit des meubles, dont la

BIU Cujas

tradition eût été réellement faite, elle ne seroit pas nulle, comme elle ne l'étoit pas avant la présente ordonnance, même dans les pays coutumiers, comme le prouvent les arrêts rapportés par Charondas, liv. 7, Rép. 126; Ferrieres, sur la coutume de Paris, tit. 13, §. 2 & 55; Ricard & les autres Auteurs.

Donation entre-vifs.] Il est très-important de connoître ce que c'est qu'une donation entre-vifs, afin de pouvoir la discerner de la donation à cause de mort, soit parce que leurs effets sont différens, soit pour leur validité, à cause que leur forme est différente, & que ces deux actes ne peuvent être confondus depuis que notre ordonnance a déclaré par l'article IV, que les donations entre-vifs ne pouvant valoir en cette qualité, ne peuvent pas valoir comme donations à cause de mort ou testamentaires, de quelque formalité qu'elles soient revêtues. On appelle donation entre-vifs, celle qui est faite par un motif de libéralité, dans cet esprit que la chose donnée appartienne tout d'abord au donataire, sans qu'il soit libre au donateur de la révoquer. C'est ainsi que la désigne le Jurisconsulte Julius dans la loi 1, *ff. de donat.* par ces paroles: *Dat aliquis eâ mente ut statim velit accipientis fieri, nec ullo eam ad se reverti, & propter nullam aliam causam facit quàm ut liberalitatem, & munificentiam exstruat, hæc propriè donatio appellatur.* La donation entre-vifs étant proprement appellée donation, suivant les paroles de la loi 1, *ff. de donat.* qui ont été rapportées ci-dessus, il s'ensuit que dans le doute, toute donation doit être présumée entre-vifs, s'il ne paroît des termes de l'acte, que l'intention du donateur a été de faire une donation à cause de mort. *Benedicti, in cap. Raynut. verbo* testamentum 4, *N°.* 22; *Julius Clarus*, §. *donatio, quæst.* 4, *N°.* 2; & les autres Auteurs cités par *Christineus*, sur les loix abrogées de *Bugnon, liv.* 5, *ch.* 16; ce qui a lieu dans le pays du droit écrit, quand même elle auroit été faite par une personne malade, *liv.* 42, §. 1°., *ff. de mort. caus. donat.* Mais on observe le contraire en ce dernier cas, dans le pays coutumier, comme je l'expliquerai sur l'article IV; il ne suffiroit pas même qu'il fût fait mention de la mort, pour la faire regarder comme donation à cause de mort, s'il ne paroissoit clairement que la mort tombe sur la substance de la donation, & qu'elle a été la fin de la disposition; car s'il n'étoit parlé de la mort que *demonstrationis causâ*, & pour désigner le tems auquel la donation devroit avoir son exécution, elle vaudroit comme do-

BIU Cujas

nation entre-vifs; parce que, selon la remarque de *Dumoulin sur l'article CCXCI de la coutume de Bourbonnois*, il y a deux choses à considérer dans la donation; savoir, la disposition qui lie irrévocablement, lorsqu'elle est présente : *Statim ligat nec suspenditur*, & l'exécution qui peut être différée au tems de la mort, sans que la nature ni la force de la disposition en souffrent d'atteinte : *Menoch. lib.* 3, *præsumpt.* 35, *N°.* 4, dit la même chose; sur quoi on peut voir *Chopin sur la coutume de Paris, lib.* 2, *tit.* 3, *N°.* 9; *Argentré sur la coutume de Bretagne, article* 220, *Gloss.* 7; & *Soefve, tom.* 1, *Cent.* 1, *ch.* 51; & c'est la véritable regle pour distinguer les donations à cause de mort, d'avec celles qui sont faites entre-vifs, quoi qu'en puissent dire les Interprêtes, qui par des distinctions frivoles, ont extrêmement embrouillé cette matiere, des cas où la donation est réputée entre-vifs, quoiqu'elle soit conçue à cause de mort; *v. Menoch. lib.* 1, *præsumpt.* 35; *Faber, de error. pragmat. Decad.* 45, *error.* 1, 2 & *seq.*

On a agité dans les pays coutumiers, la question de savoir, si la donation de tous les biens que le donateur aura lors de son décès, étoit entre-vifs ou à cause de mort. Certains Auteurs tenoient qu'une telle donation étoit à cause de mort; les autres la jugeoient entre-vifs; de ce nombre sont *Charondas, liv.* 10, *rép.* 59; *le Journal des Audiences, tom.* 1, *liv.* 2, *ch.* 106; *M. Lecamus, dans ses Observations sur la coutume de Paris, tit.* 13, §. 1, *N°.* 19 & suivans, & leur sentiment paroît le mieux fondé, suivant la regle que j'ai établie. Mais présentement une telle donation, faite hors du contrat de mariage, seroit nulle par deux regles approuvées par notre ordonnance; la premiere, que les donations des biens à venir sont nulles, & que la nullité influe même sur les biens présens, suivant l'article XV. La deuxieme, que la donation ne comprenant que les biens que le donateur auroit lors de son décès, il lui seroit libre de la rendre inutile par des aliénations : ce qui ne peut convenir avec le caractere essentiel d'irrévocabilité, que notre ordonnance attribue aux donations entre-vifs, & qui par cette raison déclare nulles toutes les donations, où il y auroit des conditions dont l'exécution dépendroit de la seule volonté du donateur; mais si une telle donation des biens que le donateur aura lors de son décès, étoit faite en contrat de mariage, en faveur des conjoints ou de leurs descendans, elle seroit bonne & vau-

BIU Cujas

droit comme donation entre-vifs, ſuivant les articles XVII & XVIII *infrà*.

On a encore agité une autre queſtion, ſi la donation faite à la charge d'accomplir le teſtament fait ou à faire étoit entre-vifs ou à cauſe de mort: *les avis étoient partagés, tout comme ſur la précédente, ainſi qu'on veut le voir dans M. Duval, de reb. dub. Tract. 2, N°. 6, Bouvot, tom. 2, verb. mariage, queſt. 98; Coquille, ſur l'art. 3 du tit. 27 des donations, de la coutume de Nivernois; Charondas, ſur l'article 275 de la coutume de Paris, dans ſes Obſervations, verb. donation, & dans ſes Pandectes, liv. 2, ch. 21; Ricard, des donations, tom. 1, part. 1, chap. 4, ſect. 2, diſtinct. 2, N°. 1027 & ſuivans.* Mais ſelon l'eſprit de notre ordonnance, aux articles XV, XVI, XVII & XVIII, il faut uſer de la même diſtinction qui a été faite dans la queſtion précédente; la donation ſera nulle, ſi elle eſt faite hors du contrat de mariage, par les raiſons que je viens de toucher; mais elle vaudra entre-vifs, ſi elle eſt faite en faveur des conjoints ou de leurs deſcendans, en contrat de mariage.

On peut faire des donations particulieres ou des donations univerſelles. On appelle donations particulieres, celles qui ne comprennent qu'un ou pluſieurs effets particuliers, une ſomme en deniers ou même des biens d'une certaine eſpece, comme les meubles ou les immeubles: on met encore au rang des donations particulieres, celles qui ſont faites des biens qui ſont ſitués dans un certain lieu, comme le remarque fort bien Me. Auroux des Pomiers, ſur l'article 209, N°. 6, de la coutume de Bourbonnois. Les donations univerſelles ſont celles qui comprennent tous les biens du donateur ou une quote de l'univerſalité; elles peuvent être ou de tous les biens préſens ſeulement, ou bien de tous les biens préſens & à venir: les donations des biens préſens ou d'une quote, ne ſont univerſelles que *reſpectivè*, en ce que le donataire profite de l'univerſalité des biens exiſtans lors de la donation, & qu'il en paye les charges & dettes auſſi exiſtantes; mais la donation de tous les biens préſens & à venir eſt proprement appellée univerſelle, parce qu'elle comprend tout le patrimoine du donateur: cette eſpece de donation ne peut être faite qu'en faveur de Mariage aux conjoints ou à leurs deſcendans, comme il eſt porté dans l'*art. 17, inf. voyez M. Auroux des Pomiers*, au lieu cité, N°. 4 & 5. ¶

[*Seront paſſés.*] Par l'ancien droit Romain, rapporté

BIU Cujas

dans la loi 25, *cod. de donat.* où la forme des donations entre-vifs eſt marquée, elles devoient être faites par écrit; cependant il n'étoit pas néceſſaire que l'acte en fût paſſé devant une perſonne publique, mais il ſuffiſoit d'une écriture privée. Dans la ſuite cela fut changé par la loi 29 & la loi 31 du *même tit.* qui veulent que la donation ſans écriture ſoit bonne, pourvu qu'il en conſte d'ailleurs; & quand elle étoit rédigée par écrit, il n'étoit pas néceſſaire d'y appeller des témoins; car le ſeing apposé par le donateur ou l'écrivain, de ſon ordre, ſuffiſoit. Il étoit encore permis de faire des donations par billet ou par lettre miſſive, comme le décide la loi 13, *Cod. de donat. Si aliquid per ejus totum donatum tibi profertur, brevitas Chartulæ donationi nihil quidquam derogat.* Mais préſentement toutes ces loix ſont abrogées par notre article, afin de rendre les donations publiques, pour prévenir les fraudes contre les diſpoſitions des coutumes qui donnent plus de liberté de diſpoſer entre-vifs qu'à cauſe de mort, comme je l'expliquerai ailleurs.

¶ Pour en conſtater la date dans les coutumes qui exigent que le donateur ſurvive pendant 30 jours ou autre délai, & afin que le donateur ne puiſſe pas la rendre inutile en contractant des dettes par des actes qui ſeroient préférés à la donation d'écriture privée, & pour éviter les ſurpriſes dans un acte d'autant plus important qu'il eſt irrévocable, ¶ la diſpoſition de l'article que j'explique doit avoir lieu, non-ſeulement aux donations faites en faveur des étrangers, mais encore à l'égard de celles qui ſont faites par les aſcendans en faveur de leurs deſcendans; parce qu'il veut que *tous actes portant donation entre-vifs, ſoient paſſés devant Notaire*; car le mot, *tous*, qui eſt univerſel, ne permet pas qu'on excepte aucune ſorte de donation entre-vifs, pas même celles qui ſont faites aux enfans qui ne ſont pas en la puiſſance du donateur, aux Egliſes, ou autre cauſe pie ou favorable. ¶ Toutefois ſi la donation avoit d'abord été faite par écriture privée, & qu'enſuite la reconnoiſſance en fût faite volontairement par les Parties devant Notaire, elle devroit valoir en vertu du nouveau conſentement renfermé dans l'acte public de reconnoiſſance, tout comme ſi elle avoit été paſſée devant Notaire; c'eſt ainſi que Ferrieres & les autres Auteurs coutumiers le décident; mais une reconnoiſſance faite devant le Juge, ne lui donneroit aucune force; parce que le Juge

BIU Cujas

n'eſt pas perſonne capable pour recevoir les actes de donation. ¶

[*Par devant Notaires.*] Ces termes ſont démonſtratifs des perſonnes qui ſont prépoſées le plus communément pour recevoir les actes publics ; mais ils ne ſont pas limitatifs, & ne doivent pas exclure les autres perſonnes qui ont le pouvoir d'inſtrumenter de la même maniere que les Notaires, comme ſont les Chancelliers ou Greffiers du Conſulat de la nation Françoiſe dans les pays étrangers, leſquels ont droit de recevoir tous contrats en préſence de deux témoins, ſuivant l'*article 25, tit. 9, du livre premier de l'ordonnance de la Marine*; comme auſſi les Secrétaires d'Etat, qui ont droit de recevoir les contrats de mariage des Princes. Sur quoi on peut voir la Déclaration du 21 Avril 1692, rapportée par Néron, *tom. 2, pag. 238.* Et les donations contenues dans ces contrats de mariage, ou paſſées devant le Chancelier du Conſulat de la nation Françoiſe, ne ſeront pas moins valables que ſi elles avoient été faites devant Notaires, notre article n'ayant pas entendu déroger à ces cas particuliers. ¶ On doit dire la même choſe des Eccléſiaſtiques Miſſionnaires, qui ſont Notaires Apoſtoliques dans les pays de la Chine, Cochinchine, Tonquin, Siam & autres pays coutumiers orientaux ; vu que par une Déclaration du Roi du 8 Janvier 1681, enrégiſtrée au Parlement de Paris, il leur eſt permis de faire toutes les fonctions de Notaires, & il eſt ordonné que les contrats, teſtamens & autres actes qui ſeront par eux paſſés eſdits pays, ſeront de même force & vertu, que s'ils étoient paſſés par des Notaires du Royaume ; & par une autre Déclaration du 22 Décembre 1685, Sa Majeſté a ordonné, que les tems preſcrits pour l'inſinuation de ces actes & autres formalités, ne commenceront à courir que du jour qu'is arriveroient en France, lorſqu'il ſeroit néceſſaire de les y exécuter. ¶ Mais il faut obſerver que par l'*art. 4 de la Déclaration du Roi, du 20 Mars 1708*, il eſt défendu à tous Curés, Eccléſiaſtiques & autres, qui n'ont pas droit d'inſtrumenter comme Notaires, de recevoir aucuns actes, de quelque nature qu'ils ſoient (ſi non les teſtamens en la maniere ordinaire.) Et par conſéquent, ſi ces perſonnes qui n'ont pas droit d'inſtrumenter comme Notaires, recevoient des actes de donations, ces donations ſeroient nulles. De-là vient qu'une donation paſſée devant le Secrétaire d'un Chapitre ou d'une autre Communauté,

BIU Cujas

qui ne seroit pas Notaire, seroit nulle, quand elle seroit faite en faveur du Chapitre ou Communauté par un de ses Membres : la raison est, parce que le pouvoir des Secrétaires des Chapitres & autres Communautés, se borne à recevoir & expédier les délibérations & non les autres actes.

C'est une difficulté, si on pourroit révoquer en doute la validité d'une donation qui auroit été faite devant le Juge ou autre Magistrat dans sa juridiction, & son Greffier. Il semble qu'aux termes de la loi *omnium 19, cod. de testamentis*, une telle donation devroit être bonne; mais il faut décider le contraire; parce que par une ordonnance du Roi François I, du mois de Novembre 1542, rapportée dans la Conférence de Guenois, *liv. 12, tit. 14, §. 18*, & au code Henri, *liv. 3, titre 22, art. 25*, il est fait défenses aux Juges, leurs Lieutenans, Greffiers & Commis, de recevoir aucuns contrats volontaires, entre quelques personnes ou pour quelque cause que ce soit; mais il leur est enjoint de les laisser recevoir & grossoyer aux Tabellions & Notaires, à peine de nullité desdits contrats; en sorte que les Juges n'étant pas du nombre des personnes qui ont droit d'instrumenter, ils n'ont pas le pouvoir de recevoir les actes de donation, selon les ordonnances & déclarations ci-dessus rapportées, & l'esprit de notre article. On peut voir là-dessus l'Edit du mois d'Avril 1675, portant établissement des Tabellions pour le ressort du Conseil Souverain ou Parlement de Tournay, & M. Pinault, dans son *Recueil, tom. 2, arrêts 245 & 249*, où cet Auteur rapporte des arrêts du même Parlement, qui ont déclaré nulles les ventes faites devant les Juges. Il faut dire la même chose des Secrétaires du Roi, suivant Ricard, *tom. premier, partie premiere, des donations, N°. 1581.*

¶ Et delà il s'ensuit qu'une donation d'écriture privée, qui seroit nulle dans son principe, ne pourroit pas être validée par la reconnoissance qui en seroit faite en jugement, ni par une ratification, quelque expresse qu'elle puisse être, qui auroit été faite devant le Juge, parce que la ratification pour être efficace, doit être revêtue de la formalité qu'exige l'acte principal qui doit être ratifié; & comme la donation pour être valable doit être faite par acte public, passé devant Notaire ou autre personne qui a droit d'instrumenter, il faut que la ratification, pour pouvoir produire quelque effet, soit pareillement reçue par un Notaire ou autre personne qui a droit d'instrumenter.

BIU Cujas

On peut encore révoquer en doute, ſi une donation reçue par un Notaire Royal hors de ſon reſſort, ſeroit valable ou nulle ? A ſuivre les principes établis par *Mornac ſur la loi derniere, ff. de juriſdictione*, & par les autres auteurs du droit coutumier, qui ne font valoir les actes reçus par les Notaires Royaux hors de leur diſtrict, que comme des actes privés, les donations ſeroient nulles ſans conteſtation ; parce que, ſelon notre article, les donations entre-vifs ne peuvent valoir qu'autant qu'elles ſont des contrats publics ; mais au Parlement de Toulouſe, les actes reçus par des Notaires-Royaux, valent comme contrats publics, quoiqu'ils ayent été paſſés hors du reſſort ; & ce Parlement ſe contente de faire défenſes aux Notaires d'empiéter les uns ſur les autres, ſans toucher à la validité des actes : voilà pourquoi il n'y a nul doute que les donations reçues par un Notaire Royal hors de ſon reſſort, n'y ſoient regardées comme valables ; la raiſon eſt que le Notaire ayant des proviſions du Roi, a un caractere public dans tout le Royaume ; mais il en eſt autrement des Notaires ſubalternes ou Seigneuriaux, qui n'ont aucun pouvoir ni caractere public, que dans l'étendue de la Seigneurie où ils ſont établis ; voilà pourquoi les donations qu'ils paſſeroient hors de leur reſſort, ſeroient abſolument nulles, ſuivant l'édit du mois d'Octobre 1705, rapporté au 2e. tom. de Neron, pag. 372 : ſur quoi on peut voir *M. Louet & Brodeau, lettre N, ſomm.* 10, *& Ferrieres, ſur la coutume de Paris, tit.* 13, *du don mutuel*, § 2, *N°.* 52 & ſuivans, & l'article 66 de l'ordonnance de 1539. On doit dire la même choſe des donations reçues par un Notaire Apoſtolique & non Royal ; parce que ſon pouvoir eſt borné aux actes qui concernent les matieres eccléſiaſtiques & bénéficiales. *Voyez Joann. Gally, Queſt.* 259, *Matthæus, ſur la Queſtion* 317 *de Guipape ; Peleus, Queſt.* 20 ; *Deſpeiſſes*, des droits Seigneuriaux, *Ferret*, dans ſon traité de l'abus, *& Brodeau, lett. N, ſomm.* 5. La même déciſion doit encore avoir lieu à l'égard des Notaires, dont le pouvoir eſt borné à recevoir des actes ſur certaines matieres particulieres, ſuppoſé qu'il y en ait de cette qualité ; & les actes par eux reçus ſeroient nuls, s'ils n'étoient pas du nombre de ceux qu'ils ont droit de recevoir ; mais on ne doit pas mettre dans ce rang les Notaires qui ont été créés par l'Edit du mois de Février 1704, pour recevoir à l'excluſion des autres Notaires, dans les villes & lieux du Royaume

BIU Cujas

où il y a grenier à sel, les obligations des sels prêtés ; les arrieres-baux des Reygrats, & tous les autres actes qui seroient faits & passés dans les villes & lieux de leur établissement, tant pour ce qui concerne les Gabelles, que les autres Fermes de Sa Majesté ; parce que le même Edit leur attribue le droit de recevoir, & passer concurremment avec les autres Notaires, toute sorte d'actes publics, sans qu'ils puissent être tenus de faire corps & communauté avec les Notaires Royaux desdits lieux, si bon ne leur semble. Toutefois ces Notaires ne peuvent recevoir des actes qui ne regardent point les gabelles ou fermes du Roi, hors de la ville ou lieu de leur établissement ; parce que la concurrence avec les autres Notaires Royaux, est limitée à la ville ou lieu du grenier à sel ; mais les Notaires subalternes peuvent-ils recevoir des actes dans la juridiction où ils sont établis, entre des personnes qui sont domiciliées hors de leur district ? Cette difficulté a été décidée par l'Edit du mois d'Octobre 1705, registré au Parlement de Toulouse le 19 Décembre de la même année, en ces termes. Faisons pareillement défenses aux Notaires & Tabellions des Seigneurs Haut-Justiciers de notre Royaume, de passer à l'avenir aucuns actes entre d'autres personnes que les justiciables de la justice dans laquelle ils sont établis, & pour les biens situés dans le ressort d'icelle, à peine de nullité des actes, & de 300 livres d'amende contre lesdits Notaires pour chacune contravention, & de pareille amende de 300 livres contre chacune des parties contractantes, lesquelles demeureront encourues en vertu du présent Edit, sans qu'il soit besoin d'autres jugemens ni condamnations. Par la Déclaration du Roi du 17 Septembre 1697, le Roi avoit défendu aux Notaires & Tabellions des Seigneurs, tant Ecclésiastiques que Laïques, de passer aucuns contrats & actes entre les particuliers demeurant hors de leurs juridictions, à peine de nullité des actes & contrats qui seroient par eux passés ; & il est fait défenses à tous Juges d'admettre aucune hypotheque en vertu des actes & contrats par les Notaires subalternes sur des immeubles situés hors de leurs juridictions. *Voyez M. Louet & Brodeau, lett. N, somm.* 10, & l'arrêt du 10 Juillet 1660, rapporté au journal des audiences, tom. premier, liv. 11, chap. 29 de la nouvelle édition. ¶

[*Il en restera minute.*] Ceci ne veut pas dire que la Donation soit annullée lorsqu'il n'en reste point de minute,

BIU Cujas

minute, pour s'être perdue par cas fortuit ou par enlevement ; car dans ce cas, on pourroit être reçu en preuve par Témoins du contenu en la Donation, en prouvant la perte ou l'enlevement. Sur quoi on peut voir Dumoulin sur la *Coutume de Paris*, § 8, *N°.* 40 ; Mornac, sur la Loi 4, *Cod. de exhib.* & sur la Loi 5, *Cod. de fide instrûm.* M. Leprêtre, *Centurie* 1. *Chap.* 60. Le Journal du Palais, *Tom.* 1, *pag.* 148 ; Boniface, *Tom.* 1, *pag.* 512 ; Boiſſeau de la *preuve par Témoins*, *Part.* 1. *Ch.* 10, *N°.* 10, *& Ch.* 15 ; Ranchin, dans ſes *Concluſions*, *de Inſtrument. Art.* 28 ; mais bien que l'Acte de Donation ne peut pas être délivré en original au Donataire ni au Donateur ; toutefois l'Article ne diſant pas préciſément au pouvoir de qui la minute de la Donation doit demeurer, cela peut donner lieu de douter ſi la Donation ſeroit nulle, dans le cas que le Notaire, après avoir délivré une groſſe ou une expédition au Donataire, délivreroit la minute au Donateur. Selon Dumoulin, dans ſon *Conſeil* 60, *N°.* 25 ; Ferriere, ſur l'*Article* 274 *de la Coutume de Paris*, *Gloſſ. uniq. N°.* 11 ; Chopin, ſur la même *Coutume*, *Liv.* 2, *Tit.* 3, *N°.* 5, c'eſt une nullité procédant de la regle, *donner & retenir ne vaut*, quand au lieu de laiſſer la minute ou l'original de la Donation chez les Notaires, ou de la dépoſer entre les mains d'un ami du Donataire, le Donateur s'en eſt ſaiſi, & qu'on ne l'a rendue publique qu'après ſa mort ; parce que dans ce cas il eſt vrai de dire que le Donateur ne s'eſt pas déſaiſi des biens, & qu'il étoit en ſon pouvoir de rendre la Donation inutile, en ſupprimant la minute qu'il avoit devers lui. Dargentré, ſur la *Coutume de Bretagne*, *Art.* 226, *Gloſſ.* 1, *N°.* 2, eſt d'un ſentiment contraire, lorſque le Donataire a accepté la Donation ; & pour concilier ces Auteurs, Baſnage, ſur l'*Article* 445 *de la Coutume de Normandie*, uſe de diſtinction.

La déciſion de Dumoulin, aux termes de notre Article, devroit être ſuivie ſans difficulté, ſi le Donateur s'étoit ſaiſi de la minute de la Donation, ſans qu'il en eût été délivré une expédition au Donataire ; mais dans le cas que je viens de propoſer, on doit décider pour la validité de la Donation, conformément à l'avis d'Argentré ; parce que l'expédition délivrée au Donataire lui tient lieu d'original, & que par conſéquent les raiſons qui ſervent de fondement à la déciſion de Dumoulin & des autres Auteurs, manquent ; car on ne peut

BIU Cujas

pas dire que le Donateur ne ſe ſoit pas déſaiſi des biens ; & qu'il ait eu la liberté de rendre la Donation inutile en ſupprimant la minute ; puiſque l'expédition délivrée en bonne forme au Donataire, en aſſure la validité & l'irrévocabilité. L'Auteur des Loix Civiles, *Partie premiere, Liv.* 1, *Titr.* 10, *au préambule*, eſt du même avis, lorſqu'il dit, qu'*une Donation dont le Titre demeureroit en la puiſſance du Donateur, ſans que le Donataire en eût un double, ni que la minute fût remiſe entre les mains d'un Notaire pour en délivrer l'expédition, ſeroit une Donation nulle :* ainſi la Donation n'eſt pas nulle quand le Donataire en a un double ou une expédition en forme. Du reſte, les Arrêts de Réglement du Parlement de Toulouſe ont rémédié à cet inconvénient, en défendant aux Notaires de délivrer aux Parties les Actes en minute, & en leur enjoignant de les retenir en leur pouvoir, ſauf à en délivrer des expéditions aux Parties intéreſſées.

[*A peine de nullité.*] Cette peine étant prononcée par la Loi du Prince, on ne peut pas y contrevenir ſans rendre la Donation nulle & invalide ; *Leg. Non dubium* 5, *Cod. de Leg.* La Donation ſera donc nulle, ſi elle n'eſt faite que par écriture privée, quelque nombre de Témoins qu'on y ait appellé ; à plus forte raiſon ſera-t-elle nulle, ſi elle n'eſt que verbale, & par conſéquent on ne pourroit pas être reçu en preuve par Témoins, quand même il s'agiroit d'une choſe au-deſſous de cent livres, & quoiqu'on prétendît que la Donation faite verbalement avoit été ſuivie de la tradition réelle ; mais il ne faut pas confondre les Donations avec les préſens qu'on fait manuellement, pour la validité deſquels l'écriture publique ni même la privée ne ſont pas néceſſaires. ¶ Sur quoi on peut voir la Loi 18, *& ibi Gœddeus* ; la Loi 194, la Loi 214, *ff. de verb. ſignif.* la Loi 31, § 8 ; la Loi 66, § 1, *ff. de Donat. inter vir. & uxor.* la Loi 7, § 7, *ff. de Leg. Julia repetundarum* ; *M. Cujas, Lib.* 6, *obſerv. Cap.* 18, *& Sempron. Gentilis de Donat. inter virum & uxorem, Lib.* 2, *Cap.* 11 : ſuivant les Loix 194 & 214, *ff. de verb. ſignif.* on ne peut point conſidérer la libéralité comme un préſent, que quand il y a une cauſe comme une Coutume ou des ſervices précédens qu'on ait eu intention de récompenſer ; autrement ce ſont des Dons ou des Donations ſujets aux formalités ; car entre Don & Donation il n'y a point de différence, ſuivant M. Cujas au lieu cité. ¶ On ne pourroit pas non-plus être reçu à faire jurer déciſoi-

BIU Cujas

rement le Donateur sur la vérité de la Donation, qu'on prétendroit avoir été par lui faite ; c'est une suite nécessaire de la nullité de toutes les Donations qui ne sont pas passées devant Notaires, prononcée par la Loi du Prince.

On doit dire la même chose des Donations d'écriture privée faites en faveur de mariage, parce que notre Ordonnance ne les excepte point ; elle fait à la vérité plusieurs exceptions en faveur des Dispositions faites en Contrat de mariage ; mais cela suppose que le Contrat soit passé devant Notaire ; ainsi les Donations faites dans les Articles de mariage, d'écriture privée, sont sujettes à la peine de nullité portée par cet Article ; mais il faut excepter les Conventions matrimoniales, parce qu'elles ne sont pas proprement des Donations ; comme aussi les Donations qui sont faites par le pere de famille à ses enfans, qu'il a en sa puissance, lesquelles sont exceptées des dispositions de la présente Ordonnance, suivant l'Article XLVI.

Mais que doit-on penser des Donations tacites ? Faut-il que les faits sur lesquels on fonde la présomption de la Donation, soient constatés par Acte public, ou ces Donations tacites sont-elles abrogées par notre Article ? Il me semble que l'intention du Législateur n'a pas été de supprimer ou d'abroger les Donations tacites dans le cas où elles sont présumées, non-plus que les Quittances ou les Renonciations qui sont d'écriture privée, lorsqu'elles renferment des Traités réciproques, ou qu'on ne peut pas les considérer comme des Donations proprement dites, comme dans l'espece de la Loi 54, *ff. de Donat. inter vir. & uxor.* de la Loi 15, *Cod. de neg. gest.* & autres semblables ; mais seulement de régler la forme des Donations expresses, & qui sont pratiquées le plus communément ; cela paroît des premieres paroles de notre Texte. Je ne crois pas non-plus qu'il soit nécessaire que les faits sur lesquels la présomption de Donation est fondée, doivent être constatés par Acte public ; il suffit qu'il y en ait une preuve légale, ou qu'ils soient convenus par les Parties ; & l'on peut appliquer ici la regle, *expressa nocent, non expressa non nocent.* En effet, il seroit extraordinaire que dans le cas où les Loix présument la Donation des alimens qui ont été fournis *pietatis intuitu*, comme dans l'espece de la Loi 27, § 1 ; *de la Loi* 34, *ff. de neg. gestis ; des Loix* 11 *&* 15, *Cod. eodem ; de la Loi* 47, *ff. de Don. inter vir. & uxor.* & autres cas

BIU Cujas

expliqués par M. de *Catellan*, *Liv.* 5, *Chap.* 36, il fallût un Acte public exprès de Donation. Ces Donations sont moins l'effet de l'homme que celui de la Loi qui les induit dans certaines circonstances; voilà pourquoi elles n'ont besoin d'aucune autre formalité que des circonstances que la Loi exige; d'ailleurs notre Texte, par ces mots, *tous Actes portant Donation entre-vifs*, fait comprendre qu'il n'entend parler que des Donations expresses dont on avoit accoutumé de dresser des Actes pour la preuve de la Donation. Je n'entreprends point d'examiner les différens cas où il y a une Donation tacite ou conjecturale; cela passeroit les bornes que je me suis prescrites: j'observerai seulement que les conjectures doivent être prises, *ex causâ*, *ex personâ*, & *ex facto ipso*, *Mantica*, *de tacitis & ambig. Lib.* 13, *Tit.* 16, *N°.* 7, & que la matiere des Donations conjecturales est traitée par *Mantica*, *de tacitis & ambiguis convent. Lib.* 13, *Tit.* 9, 10, & *sequent.* jusqu'au 22: *par Papon*, *en son* 1er. *Notaire pag.* 332. *La Gloſe*, *ſur la Loi* 4, § 1, *ff. ad S. C. Vellei. Menoch. de arbitr. caſu* 88 & *de Præſumptionibus*, *Lib.* 3, *Præſumpt.* 30, 31, 32. Une des principales & des moins équivoques, est la destination, comme lorsqu'on achete quelque chose, ou qu'on prête au nom d'autrui; auquel cas la Donation de la chose achetée ou prêtée, est présumée en faveur de celui du nom duquel on s'est servi. *V. Leg. ult.* § *ult. ff. de Donat. Leg.* 18, *Cod. de Famil. Ercif. Leg.* 2, *Cod. ſi quis alteri vel ſibi. Charondas*, *ſur l'Article* 337 *de la Coutume de Paris*; *Ferrieres*, *ſur la même Coutume*, *Tom.* 3. *pag.* 1113, *N°.* 9; *Ricard*, *des Donations*, *Part. premiere*, *N°.* 326, 327. La Loi premiere, *Cod. de Donat.* renferme un cas bien exprès de la Donation; c'est-à-dire, la délivrance des Actes de propriété de la chose, *animo donandi*; & par une telle tradition des Actes de propriété, la chose est censée donnée: on en trouve encore un autre exemple dans la Loi 53, *ff. de regul. jur.*

Du reste, il faut faire attention que notre Article, en introduisant de nouvelles formalités pour la validité des Donations entre-vifs, n'entend pas déroger à celles qui sont requises par les Coutumes ou Statuts locaux, outre celles que le Droit & les Ordonnances exigent. Telles sont, par exemple, les formalités prescrites par le Statut du Roi René, du 28 Octobre 1472, pour la Provence, rapporté par Mourgues, *pag.* 58 & 59, qui veut que le Donateur soit assisté du Viguier ou Juge

BIU Cujas

ordinaire du lieu, & autres perſonnes déſignées dans ce Statut, deſquelles formalités particulieres, notre Ordonnance ne diſpenſe point.

ARTICLE II.

Formalités des Actes de Donation entre-vifs.

LEs Donations entre-vifs ſeront faites dans la forme ordinaire des Contrats & Actes paſſés pardevant Notaires, & en y obſervant les autres formalités qui y ont eu lieu juſqu'à préſent, ſuivant les différentes Loix, Coutumes & Uſages des Païs ſoumis à notre Domination.

OBSERVATIONS.

Le ſens de cet Article eſt, qu'on doit obſerver dans les Actes de Donation entre-vifs, qui, ſelon l'Article premier, doivent être paſſés devant Notaires, les mêmes formalités que les Loix, Coutumes & Uſages de chaque Païs, exigent dans les Contrats & Actes paſſés devant Notaires: il faut donc ſuivre exactement, à l'égard des Donations entre-vifs, les formalités preſcrites par les Loix, Coutumes & Uſages pour les autres Actes, afin de ne pas expoſer à caſſation les Donations, parce que le défaut de forme ſubſtantielle, vicie & annulle l'Acte.

De-là il s'enſuit, que ſi la Coutume ou l'Uſage veulent que les Actes ſoient reçus par deux Notaires, il faut s'y conformer dans les Actes de Donation entre-vifs; de même ſi les Actes doivent être reçus par un Notaire en préſence de deux Témoins, il faut également s'y conformer pour les Donations entre-vifs.

Il y a deux formalités eſſentielles qui ſont communes à ces deux différens Uſages, pour la validité des Actes publics, & par conſéquent des Donations. La premiere,

BIU Cujas

que les Parties signent la minute, si elles savent ou peuvent signer ; sinon elles doivent en être requises par les Notaires, & il doit être fait mention dans l'Acte, de la requisition par eux faite aux Parties & de leur réponse, suivant l'*Article LXXXIV de l'Ordonnance d'Orléans.* La deuxieme, que les Notaires signent eux-mêmes les minutes des Actes, suivant le même *Article LXXXIV & l'Art. CLXVI de l'Ordonnance de Blois* ; ¶ jusques-là, que si le seing de l'un des deux Notaires manque, l'Acte est nul ; *Basset, Tom. premier, Liv. 2, Tit. 14, Chap. premier, & Mornac, sur la Loi contractus, Cod. de fide Instrument.* ¶ La même Ordonnance de Blois, *Article CLXVII,* veut aussi que les Notaires soient tenus de mettre & déclarer dans les Contrats, Testamens & Actes, la qualité, demeure & Paroisse des Parties, & des Témoins y dénommés, la maison où les Contrats seront passés, & si c'est avant ou après midi ; mais on n'a pas considéré comme une nullité le défaut d'observation de ces formalités particulieres, parce que l'Ordonnance ne porte pas la peine de nullité à cet égard. ¶ *Bougnion, des Loix abrogées, Liv. 4, Chap. 28*, remarque même que cela ne s'observe point, & que les Contrats n'en sont pas moins valables.

Il y a des Auteurs, & entre autres, *Mornac & Automne, sur la Loi premiere, Cod. de constituta pecunia,* qui prétendent que le défaut de seing des Notaires n'empêche pas que l'Acte ne subsiste comme écriture privée, contre les parties qui l'ont signé ; mais le sentiment de ces Auteurs ne peut pas avoir lieu aux donations entre-vifs, parce qu'aux termes de l'*article premier* de notre ordonnance, elles ne peuvent être bonnes qu'autant que l'acte peut valoir comme public : & par conséquent le défaut du seing des Notaires rendroit la donation nulle, nonobstant le seing des parties, parce que la donation d'écriture privée est nulle, comme je l'ai observé sur l'article précédent.

Les formalités substantielles des actes passés devant Notaire & deux témoins, sont, 1°. Que deux témoins soient appellés & assistans. 2°. Que ces deux témoins signent actuellement la minute, quand la partie principale qui contracte ne sait pas signer, suivant *la déclaration du Roi du 19 Novembre* 1681 ; que si la principale partie contractante signe, il suffit du seing d'un seul témoin, pourvu néanmoins qu'on en appelle deux, suivant l'*article CLXVI, de l'ordonnance de Blois.* 3°. Que la signature des parties & des témoins intervienne lors-

BIU Cujas

que l'acte est consommé. 4°. ¶ Que l'acte se passe en présence du Notaire, *Charondas, liv. 10, rep. 66, & liv. 12, rep. 94; Ferrieres, sur la question 19 de Guipape.*

Il se présente une difficulté qui dépend de l'explication qu'on doit donner aux mots de la déclaration du Roi du *19* Septembre *1681*, lorsque *la Partie contractante ne saura pas signer*, pour savoir dans quel cas on doit faire signer les deux témoins instrumentaires, & quand est-ce que la signature d'un seul témoin suffit. Il me semble qu'il faut distinguer les contrats, où il s'agit principalement de l'intérêt d'une des parties contractantes, comme dans les procurations, obligations, quittances & autres Actes semblables, d'avec ceux où l'intérêt de chacune des parties est également principal, comme dans les ventes & autres de même nature : au premier cas, le seing d'un seul témoin, lorsque le mandant, ou celui qui reçoit les deniers, a signé, doit suffire, quoique l'autre partie ne sache pas signer ; au second cas, la signature de deux témoins est nécessaire, lorsque quelqu'une des parties, également intéressée, ne peut ou ne sait signer ; & cette explication résulte clairement de l'article CLXV, de l'ordonnance de Blois.

Nos Rois ont pris beaucoup de soin & de précautions pour assurer la foi des actes, & pour empêcher les fraudes & les suppositions. Par l'article III de l'ordonnance du mois d'Octobre *1535*, chap. XIX, article III, il est défendu aux Notaires de mettre dans les contrats & actes, que ce qu'ils auront entendu des parties, & qu'elles auront déclaré en présence des témoins, être leur volonté & convention. Par l'article IV, il leur est enjoint de rédiger pleinement & entièrement les contrats qui seront passés pardevant eux, & après qu'ils seront écrits, qu'ils les liront au long en présence des parties avant la signature : c'est du devoir indispensable des Notaires, afin qu'on puisse y faire les corrections & les additions conformes à la volonté des parties ; cependant l'acte ne seroit pas moins bon, quoiqu'il ne portât pas que la lecture en a été faite : c'est une formalité si ordinaire, qu'elle est présumée sans expression, à moins que la partie qui prétendroit le contraire, ne le justifiât ; auquel cas, il y auroit lieu de casser l'acte, même les transactions ; c'est ainsi que le Parlement le juge, selon le témoignage de M. de Catellan, liv. 5 chap. 46. Enfin, par l'article VIII de la même ordonnance, il est enjoint aux Notaires de tenir leurs re-

BIU Cujas

giſtres de maniere qu'il n'y ait aucun blanc ; les actes doivent être écrits de ſuite, ſans y faire aucune apoſtille en marge, ni en tête, ni interligne ; que s'il convient d'y faire des additions ou corrections, il faut le faire par renvoi, mais à la fin de la note & au-deſſous, avant qu'il ſoit ſigné ; & la ſignature doit être ſi près de la lettre, que l'on n'y puiſſe plus rien ajouter ; & s'il y a quelque peu de blanc à la fin de la derniere ligne, il ſera rayé d'une raye double cordée ; en ſorte qu'on n'y puiſſe rien écrire. Tous ces articles de l'ordonnance de 1535 ſont rapportés dans la conférence de Guenois, livre 12, titre 14, §§ 11, 12 & 14. ¶

Comme les formalités dont il a été parlé, procédent des ordonnances qui ſervent de Loi dans tout le Royaume, il importe qu'elles ſoient connues de tout le monde, parce qu'elles doivent être obſervées dans tous les Lieux du Royaume, où ces ordonnances ſont reçues. A l'égard de celles qui ſont introduites par les coutumes & les uſages particuliers des villes & lieux, il ſeroit inutile d'en faire le détail, parce que ceux qui vivent ſous ces coutumes ou uſages, en ſont ſuffiſamment inſtruits, & que cette diſcuſſion meneroit trop loin.

Quoique cet article ne porte point la peine de nullité, toutefois il n'y a pas à douter que ſi on n'obſervoit pas dans les donations entre-vifs quelqu'une des formalités requiſes pour la validité des actes & contrats, ſuivant les loix, uſages & coutumes des lieux, ce défaut emporteroit nullité des donations, parce que notre ordonnance ſe réfere aux loix, uſages & coutumes qui doivent être obſervées dans les autres contrats & actes, & par ce rapport elle veut que les donations ſoient nulles de la même maniere, & pour les mêmes défauts qui rendent nuls les actes & contrats, ſuivant les loix, uſages & coutumes des lieux.

Il ne ſuffiroit pas même d'obſerver dans les donations entre-vifs les formalités des contrats, & autres actes paſſés devant Notaire, dans les lieux où les coutumes requierent des formalités particulieres aux donations, comme en Provence ; il faudroit encore remplir ces formalités ſpéciales aux donations, outre celles qui ſont requiſes pour les autres actes ; parce que, comme je l'ai remarqué ſur l'article précédent, notre ordonnance, en introduiſant de nouvelles formalités, n'a pas diſpenſé de celles que les coutumes ou Statuts exigent pour la validité des donations entre-vifs ; cet article veut au contraire qu'on les obſerve.

BIU Cujas

ARTICLE III.

De la forme des Donations à cauſe de mort.

TOUTES *Donations à cauſe de mort*, à l'exception de celles qui ſe feront par Contrat de mariage, ne pourront dorénavant avoir aucun effet, dans les Païs mêmes où elles ſeront expreſſément autoriſées par les Loix ou par les Coutumes, que lorſqu'elles auront été faites dans la même forme que les Teſtamens ou les Codicilles ; *en ſorte qu'il n'y ait à l'avenir dans nos Etats que deux formes de diſpoſer de ſes biens à titre gratuit*, dont l'une ſera celle des Donations entre-vifs, & l'autre celle des *Teſtamens ou des Codicilles.*

OBSERVATIONS.

Comme j'ai remarqué ſur l'*article I*, qu'on doit conſidérer dans les donations entre-vifs la capacité du donateur, & celle du donataire, & la nature des biens, pour ſavoir s'ils peuvent faire la matiere de cette eſpece de donation, on doit auſſi conſidérer les mêmes choſes dans la donation à cauſe de mort. Notre article n'entend point régler ni la capacité des donateurs ou des donataires, ni la nature des biens qui en peuvent être l'objet, mais ſeulement les formalités qui doivent être obſervées dans ces diſpoſitions, & il veut qu'elles ne vaillent point, même dans les Païs où elles ſont autoriſées par les loix ou coutumes, à moins qu'elles n'ayent été faites en contrat de mariage, ſi elles ne ſont faites dans la même forme que les teſtamens ou les codicilles. Ainſi la forme des teſtamens ou des codiciles doit être la regle pour la forme des donations à cauſe de mort.

BIU Cujas

Il ne faut donc pas se figurer que notre ordonnance retranche l'usage des donations à cause de mort ; elle en fixe seulement les formalités extérieures, qu'elle veut être les mêmes que celles des testamens ou des codicilles ; d'où il s'ensuit qu'elle laisse subsister les donations à cause de mort, tacites & continues, dans les testamens qui portent qu'ils vaudront comme donations à cause de mort, soit qu'ils ayent été faits par des peres de famille, ou par des enfans de famille, lorsqu'ils seront accompagnés du consentement de leur pere, dans le cas où ce consentement est requis pour la validité des donations à cause de mort, faites par les enfans de famille, comme je l'ai expliqué dans mes questions ; & comme notre article ne retranche pas les donations dans les pays où elles sont autorisées par les loix ou par les coutumes, il n'en introduit pas l'usage dans les pays où l'on ne les avoit pas pratiquées, à moins qu'elles ne soient faites en contrat de mariage : auquel cas elles sont autorisées indistinctement ; & il suffit qu'on y observe les formalités nécessaires pour la validité des contrats de mariage.

Il résulte de ce que je viens de dire, que les donations à cause de mort pratiquées dans les pays du droit écrit, seront bonnes & valables, parce qu'on y observe les mêmes formalités qu'aux codicilles, suivant la *loi derniere*, § *dernier, cod. de codicillis*, & *la loi derniere, cod. de donationibus causâ mortis*, & qu'il n'y a que les donations à cause de mort, auxquelles on observera une forme différente de celle des codicilles, qui soient annullées. Cette observation est fort importante dans les pays de droit écrit, où les enfans de famille ne pouvant pas disposer de leurs biens autres que le pécule castrense ou quasi-castrense, par testament ou codicille, même avec la permission de leur pere ; *leg. qui in potestate 6, ff. qui testamenta facere possunt, & leg. 6*, § 3, *ff. de codicillis*, ils ne peuvent en disposer d'une maniere revocable, que par donation à cause de mort, soit expresse, soit en vertu de la clause contenue dans le testament, lorsqu'il porte qu'il vaudra comme donation à cause de mort, pourvu qu'il ait été fait avec la permission du pere, comme je l'ai déja dit : voilà pourquoi cette maniere de disposer méritoit d'être conservée.

Il y a néanmoins cette différence à faire entre les testamens & les codicilles, à l'égard des enfans de famille, que si le fils de famille est délivré de la puissance pater-

BIU Cujas

nelle, soit par émancipation ou par la mort de son pere, & autres ascendans, en la puissance desquels il étoit, le codicille qui étoit nul dans le commencement, devient valable de la même maniere que s'il avoit été fait au moment de la mort, s'il n'est pas révoqué, au lieu qu'il n'en est pas de même du testament, *leg.* 1, § 1, *ff. de legat.* 3.

Il est remarquable que l'ordonnance mettant les donations à cause de mort, dans lesquelles la forme des codicilles a été observée, au niveau des codicilles meme, ce qui est à-peu-près semblable à la parité des legs avec les fidéicommis, introduite par l'Empereur Justinien dans la *Loi* 2, *cod. commun. de legatis*, la formalité de l'acceptation ou de la présence des donataires, qui étoit requise, suivant les principes du droit Romain, comme je l'ai prouvé dans mes questions, n'est plus nécessaire, parce qu'elle n'est point requise aux codicilles, & que les legs ou fidéicommis y contenus valent nonobstant l'absence ou le défaut d'acceptation de légataires; c'est un effet nécessaire de la parité des donations à cause de mort, avec les codicilles; mais l'acceptation ne la rendroit pas nulle, & ce seroit tout-au-plus une formalité surabondante.

¶ *Donations à cause de mort.*] Selon M. Cujas, la donation à cause de mort est une libéralité, qui est faite de maniere qu'elle ne soit confirmée que par la mort du donateur, ou, comme dit la *loi* 1, *ff. de mortis causâ donat. Mortis causâ donatio est, cùm quis habere se mavult, quàm eum cui donat, magisque eum cui donat, quàm heredem suum.* Il y a trois donations à cause de mort. La premiere, *cùm quis nullo præsentis periculi metu conterritus, sed solâ cogitatione mortalitatis donat.* La seconde, *cùm quis imminente periculo commotus ità donat, ut statim fiat accipientis, sed tunc demùm cùm mors fuerit insecuta, L.* 2, *ff. de mortis causâ donat.* Quoiqu'il soit dit que la donation est faite à cause de mort, toutefois s'il est porté qu'elle sera irrévocable, ce sera non une donation à cause de mort, mais une donation entre-vifs, *L.* 27, § 1, *ff. eod.* quand même elle seroit faite par une personne malade, & à l'extrêmité; *L.* 41, *ff. eod.* ce qui n'a lieu que dans les pays du droit écrit: car au pays coutumier, la donation faite par une personne malade, & qui décede de la même maladie, est réputée à cause de mort, comme je l'expliquerai sur l'article IV, *infrà*, des cas auxquels la donation conçue à cause de mort vaut comme donation entre-vifs.

BIU Cujas

V. Menoch. lib. 3, præsumpt. 35. Ce n'est donc pas parce qu'il est fait mention de la mort, que la donation est réputée à cause de mort : en expliquant l'article I, *suprà*, j'ai donné la véritable regle pour discerner la donation à cause de mort, d'avec la donation entre-vifs ; le point de la difficulté consiste à savoir, si la mort n'est ajoutée que pour désigner le temps de l'exécution de la donation, ou bien si la mention de la mort tombe sur la substance de la donation ; au premier cas, la donation est entre-vifs ; au second, elle est une donation à cause de mort.

Ceux qui ont la liberté de tester, peuvent faire des donations à cause de mort, *L. Marcellus* 15, *ff. de mortis causâ donat.* & cette liberté est même plus étendue que celle de tester ; puisque le fils de famille, qui ne peut pas tester, comme je l'ai dit, peut néanmoins donner à cause de mort, *L.* 25, § 1, *ff. eod.* si le consentement du pere est requis pour la validité de la donation à cause de mort faite par le fils de famille. V. *inf.* la quest. 22.

Toutes les personnes auxquelles il est permis de faire des legs, peuvent recevoir des libéralités par donation à cause de mort, *L.* 9, *& L.* 35 *ff. de mortis causâ donat.* Il est même remarquable, que pour fixer la capacité du donataire, on ne considere que le temps de la mort du donateur, *L.* 22., *ff. eod.* Quand le donateur & le donataire sont capables de donner & de recevoir, la donation à cause de mort est bonne & valable en pays de droit écrit, si elle est faite en la présence de cinq témoins, *L. ult. cod. de mortis causâ donat.* elle vaut sans tradition, ni stipulation, soit qu'on en dresse un acte public ou un simple écrit privé, même sans écrit, comme l'enseigne Scheneidevin, sur le tit. *de donat. aux institutes de donatione causâ mortis*, N°. 13 ; à quoi notre ordonnance, par l'article I, qui ne parle que des donations entre-vifs, n'a pas dérogé ; mais suivant l'ordonnance de 1735, toute disposition à cause de mort, d'écriture privée, est nulle, si elle n'est faite entre enfans, & si elle n'est entiérement écrite, datée & signée de la main de celui qui dispose.

La donation à cause de mort peut être faite purement, ou sous des conditions volontaires, casuelles, ou mixtes ; elle peut encore être faite *ex certo tempore, & ad certum tempus ;* en un mot, tous les pactes qu'on y appose, doivent être observés, pourvu qu'ils ne soient pas impossibles, ou contre les bonnes mœurs, tout de même qu'aux legs auxquels elles sont comparées, *L.* 15, *L.* 17, *& L.* 37, *ff. de mortis causâ donat. V. L.* 25, *cod. de donat.*

BIU Cujas

Enfin les donations à cauſe de mort ſont révoquées de la même maniere que les legs, *L.* 15, § 1, *L.* 37, *ff. de mortis cauſâ donat.* 1°. Par le prédécès du donataire, *L.* 23, *ff. eod.* 2°. *Sola pœnitentia*, § 1, *inſtit. de donat.* 3°. Par l'aliénation volontaire de la choſe donnée, ou ſi le donateur la legue à un autre. 4°. S'il ſurvient des inimitiés capitales entre le donateur & le donataire, & qu'ils ne ſe ſoient pas réconciliés; *Scheneidevin*, au lieu préallégué N°. 22. 5°. Par une révocation faite par acte, en préſence de deux témoins, comme je l'ai établi dans la queſt. 41. Voyez *Mantica*, *de conject. lib.* 1, *lit.* 7; *Graſſus*, § *donatio cauſâ mortis*, *queſt.* 21; & *Covarruvias in rubr. de teſtamentis*, *part.* 3, *N°.* 34, & *ſeq.*

Mais une donation à cauſe de mort particuliere, ſeroit-elle ſuffiſamment révoquée par la clauſe ajoutée au teſtament, caſſant toutes les autres diſpoſitions & donations à cauſe de mort? La raiſon de douter eſt, parce que c'eſt une clauſe de ſtile, à moins qu'il ne parût par quelque conjecture que la révocation doit s'y appliquer, *M. le Préſident Faber*, *dans ſon Code*, *lib.* 8, *tit.* 38, *defin.* 20, par la raiſon tirée de la loi *ſequens*, *quæſtio* 68, *ff. de leg.* 2°: mais il faut dire le contraire, parce que la loi 68, *ff.* de leg. 2°. ne parle pas des donations à cauſe de mort, mais d'une donation entre mariés, qui vaut comme donation entre-vifs, lorſqu'elle eſt confirmée par le ſilence du donateur; cette eſpece de donation étant différente des donations purement à cauſe de mort.

C'eſt une queſtion controverſée dans le pays coutumier, ſi la donation entre-vifs faite par une perſonne qui eſt dans le deſſein d'entrer en religion, doit être réputée à cauſe de mort; *Chopin*, *ſur la coutume de Paris*, *lib.* 2, *tit.* 3, *art.* 4, & *Charondas*, *ſur l'article* 277 de la même coutume, décident, en conformité d'un arrêt du 26 Janvier 1602, que la donation eſt entre-vifs: au contraire *Ricard*, *des donations*, *tom. premier*, *partie premiere*, *N°.* 117 & ſuivans, eſt d'avis qu'une telle donation ne peut être regardée que comme une donation à cauſe de mort, ſoit qu'elle ait été faite durant le noviciat ou peu de temps avant l'entrée en Religion. Il ſemble que l'opinion de Ricard donne trop d'extenſion à la diſpoſition de l'article 277 de la coutume de Paris, qui donne lieu à la difficulté; car elle ne parle que des donations faites par les perſonnes malades de la maladie dont elles décedent; ce qui ne peut pas comprendre les perſonnes qui donnent en ſanté; parce que les coutumes qui

BIU Cujas

ſont de rigueur, ne doivent pas être étendues hors de leur cas; cependant les arrêts du Parlement de Paris, rapportés par *l'auteur du Journal du palais, tom. 2, pag. 200, & par Ferrieres, ſur l'article 277 de la coutume de Paris, Gloſſe 2, N°. 24* & ſuivans, ont adopté l'opinion de Ricard, & ont fait valoir une telle donation, comme donation à cauſe de mort, pour les meubles, acquets & quint des propres. Si, ſelon cette juriſprudence, la donation étoit convertie en donation à cauſe de mort, elle ſeroit abſolument nulle par la diſpoſition de l'article IV *infr.* ainſi il ſeroit inutile d'examiner l'autre queſtion propoſée par Ferrieres, ſi la donation pourroit être révoquée, dans le cas que le donateur quittât le couvent ſans y avoir fait profeſſion, parce qu'elle ſeroit révoquée de plein droit par la nullité déclarée par la loi nouvelle; mais dans le pays du droit écrit, une donation entre-vifs faite pendant le noviciat, vaudroit irrévocablement; parce que ni la penſée de la mort, ni la maladie même mortelle n'empêchent pas l'effet d'une donation conçue entre-vifs, *leg. ubi ità donatur 27 & L. Seïa 42, § cùm pater 1, ff. de mortis cauſâ donat.* De-là vient que quand le donateur quitteroit le couvent, ſans y avoir fait profeſſion, il ne pourroit révoquer la donation, à moins qu'il n'eût des enfans d'un légitime mariage; auquel cas elle ſeroit révoquée par la loi *Si unquàm*, & par la diſpoſition de l'article XXXIX de notre ordonnance. ¶

En ſorte qu'il n'y ait à l'avenir dans nos États que deux formes de diſpoſer.] Pour bien comprendre le ſens de ces paroles, il faut diſtinguer la formalité des diſpoſitions que notre article appelle formes de diſpoſer, avec l'eſpece particuliere de chaque diſpoſition: ainſi quand la loi dit qu'il n'y aura que deux formes de diſpoſer de ſes biens à titre gratuit, c'eſt tout de même que ſi elle diſoit, que tous les actes dont on ſe ſert pour diſpoſer de ſes biens à titre gratuit, ſe réduiſent à deux formes, ſans pourtant toucher à la ſubſtance des autres manieres de diſpoſer, ni en abroger l'uſage; & c'eſt pour n'avoir pas fait cette diſtinction, que pluſieurs perſonnes avec leſquelles j'ai conféré ſur le ſens de cet article, ont cru que les paroles que j'ai rapportées renfermoient une contradiction avec ce qui précede, où il eſt dit, *que lorſqu'elles auront été faites dans la même forme que les teſtamens ou codicilles*, ou que du moins l'article renferme dans ſa derniere diſpoſition une correction de ce qui précede.

BIU Cujas

Pour soutenir cette correction, on dit, 1°. Que la loi disant en termes exprès, qu'il n'y aura à l'avenir que deux formes de disposer à titre gratuit; savoir, les testamens ou codicilles, & les donations entre-vifs, elle abroge toutes les autres formes ou manieres de disposer, & notamment les donations à cause de mort, auxquelles la loi se rapporte. 2°. Que quand le même article parle des donations à cause de mort pour les autoriser, lorsqu'elles seront revêtues de la forme des testamens ou codicilles, cela doit s'entendre relativement à la derniere clause, qui n'admet que les donations entre-vifs, & les testamens ou codicilles, & que les donations à cause de mort qui se trouvent confirmées, doivent s'entendre de celles qui sont faites par testament ou codicille, que la loi appelle proprement donations à cause de mort; en sorte que l'expression impropre & générique ne doit pas donner atteinte à la clause suivante, qui est claire, sans équivoque, & qui doit au contraire servir d'explication à ce qui précede.

Mais nonobstant ces raisons, on ne peut pas douter que l'explication que j'ai rapportée au commencement de mon observation, ne soit conforme à l'esprit & à la lettre de l'ordonnance, & à l'intention du Législateur. Cela se prouve, en premier lieu, de ce que dans toute la teneur de l'article jusques aux mots: *En sorte qu'il n'y ait à l'avenir, &c.* on parle des véritables donations à cause de mort, qui sont une maniere spéciale de disposer des biens. En second lieu, que ces donations à cause de mort sont autorisées, lorsqu'elles sont faites en contrat de mariage. En troisieme lieu, qu'après qu'on a dit par une disposition générale, que les donations à cause de mort ne pourront avoir aucun effet, on ajoute, à moins qu'elles n'ayent été faites dans la même forme que les testamens ou codicilles; ce qui se rapporte bien clairement aux donations à cause de mort, considérées comme une espece de disposition particuliere, & non par une expression impropre & générique, & que le Législateur n'a eu d'autre intention que d'en prescrire la formalité, & non d'en retrancher l'usage. En quatrieme lieu, la confirmation des donations à cause de mort, qui ont la même forme que les testamens ou codicilles, étant établie par la premiere partie de l'article, il faut entendre la clause qui suit, de maniere qu'elle ne contienne ni contradiction, ni correction de ce qui précede, suivant la *loi 10, §. 1, ff. de rescind. vendit. & Peregrinus, de fidei-*

BIU Cujas

commiſ. art. 11, *n°.* 28; c'eſt-à-dire, qu'il n'y aura que deux formes de diſpoſer, quand par ces paroles on voudroit entendre le genre de la diſpoſition, ſauf les donations faites en contrat de mariage, & celles qui ſeront revêtues de la même forme que les teſtamens ou les codicilles; & comme il ne ſeroit pas raiſonnable de penſer que la derniere clauſe de l'article a abrogé les donations à cauſe de mort, faites en contrat de mariage, puiſqu'elles ſont encore autoriſées par *l'article XIII* de cette ordonnance, il ne le ſeroit pas non-plus de dire que les donations revêtues de la forme des teſtamens ou des codicilles, ont été retranchées; car il n'y a pas plus de raiſon de laiſſer ſubſiſter les unes plutôt que les autres. En cinquieme lieu, que les donations à cauſe de mort, dont l'uſage eſt conſervé, devant être revêtues des mêmes formalités que les teſtamens ou codicilles, on a pu dire, ſans tomber dans la contradiction, ni faire aucune correction, qu'il n'y auroit à l'avenir que deux formes de diſpoſer; ſavoir, les donations entre-vifs, & les teſtamens ou codicilles; parce que les donations à cauſe de mort confirmées, peuvent être miſes au rang des codicilles, à cauſe qu'elles doivent être revêtues de la même formalité, & qu'elles leur ſont égales quant à la forme; ainſi il eſt vrai qu'il n'y aura réellement que deux formes de diſpoſer; ſavoir, celle des donations entre-vifs, & celle des teſtamens ou des codicilles, quoique les donations à cauſe de mort ſubſiſtent, parce qu'elles conſtituent bien une eſpece de diſpoſition différente des autres; mais elles n'auront pas une forme différente des teſtamens ou codicilles; par où l'on voit que la premiere explication que je réfute n'eſt fondée que ſur une confuſion des termes, en ce qu'on applique au genre de diſpoſition, ce qui ne convient qu'à la forme de la diſpoſition, qui doit être la même dans les différens actes dont on peut ſe ſervir pour diſpoſer de ſes biens. En ſixieme lieu, les loix correctives du droit commun doivent toujours être expliquées, de maniere que la correction ſoit reſſerrée autant qu'il eſt poſſible, ſans bleſſer leurs termes & leur eſprit: enfin, ſi l'intention du Légiſlateur n'avoit pas été de laiſſer ſubſiſter les donations à cauſe de mort, faites dans la même forme que les teſtamens ou codicilles, & de les faire valoir comme donations à cauſe de mort, non-ſeulement il n'auroit pas fait cette exception, mais encore il auroit dit nettement qu'il retranchoit toutes les donations à cauſe de mort, à l'exception

BIU Cujas

l'exception seulement de celles qui seroient faites en contrat de mariage; & par conséquent il n'y a pas lieu de de douter que les donations à cause de mort, revêtues de la même forme que les testamens ou les codicilles, ne soient bonnes & valables, de même que celles qui sont faites en contrat de mariage, lesquelles sont autorisées encore par *l'art. XIII* de la même ordonnance, comme je l'ai marqué plus haut.

A tout cela il faut ajouter, que les ordonnances n'ayant pas marqué les formalités des donations à cause de mort, quoiqu'elles eussent fixé celles des donations entre-vifs, il étoit nécessaire d'y pourvoir & de prescrire les formalités qui seroient nécessaires pour la validité des donations à cause de mort; d'autant mieux qu'il y a des coutumes qui ne parlent point de ces sortes de Donations; qu'il y en a d'autres qui en parlent; mais elles ne s'expliquent point sur la forme qu'elles doivent avoir, si elles peuvent se passer simplement comme les contrats par-devant Notaires & témoins, ou si elles doivent être sujettes aux solemnités des Testamens ou des Codicilles; sur quoi les Auteurs étoient partagés; qu'enfin il y a d'autres coutumes, comme celles d'*Anjou*, *du Maine*, *d'Auvergne*, *&c.* qui admettent expressément les donations à cause de mort distinctes des testamens ou des codicilles, & qui ne les rendent point sujettes à leur formalité; & c'est pour faire cesser tous les doutes sur cette matiere, que notre article veut que les donations à cause de mort soient revêtues des formalités des testamens ou des codicilles, afin qu'elles soient valables.

Du reste, si l'ordonnance régle les formalités des donations à cause de mort, sur celles des testamens ou des codicilles, elle fait comprendre qu'elle donne la liberté d'observer dans les donations à cause de mort, celles des testamens ou celles des codicilles, lorsqu'elles sont différentes, comme dans les pays du droit écrit; car dans les pays gouvernés par les coutumes, tous les testamens sont considérés comme codicilles. Il faut de plus observer qu'il n'est pas nécessaire pour la validité des donations à cause de mort, qu'elles soient passées devant Notaires dans les pays où il n'y a point de loi ni de coutume qui l'exige, *l'Article I*, *suprà*, n'ayant introduit cette formalité qu'à l'égard des donations entre-vifs; ce qu'il ne faut pas étendre aux donations à cause de mort, parce que cet *Article III*, qui en prescrit la forme, ne porte pas qu'elles doivent être passées devant Notaires;

BIU Cujas

la raiſon eſt, parce qu'on n'a pas lieu de craindre dans ces ſortes de donations, qui n'ont d'effet qu'après la mort du donateur, & qui ſont même révocables à volonté, les mêmes fraudes qu'on pourroit pratiquer par des donations entre-vifs, au préjudice des diſpoſitions des coutumes, qui donnent une plus grande liberté de diſpoſer entre-vifs qu'à cauſe de mort; voilà pourquoi elles ne ſont pas ſi importantes que les donations entre-vifs.

A l'avenir.] Suivant la diſpoſition du droit romain en la loi *leges* 7, *cod. de leg.* les loix ne doivent avoir d'effet que pour les choſes qui arrivent, & pour la déciſion des Procès qui ſont intentés après leur publication, *Leges & conſtitutiones futuris certum eſt dare formam negotiis, non ad facta præterita revocari, niſi nominatim & de præterito tempore, & adhùc pendentibus negotiis cautum ſit.* Outre cette regle, notre article, & plus expreſſément *l'article XLVII* de cette ordonnance, font comprendre qu'elle ne doit avoir effet que pour l'avenir, parce que le légiſlateur le declare en termes exprès.

¶ *Des teſtamens, ou codicilles.*] La forme des teſtamens ou codicilles devant être la regle de la forme des donations à cauſe de mort, ſuivant notre article, pour ſavoir ſi une donation à cauſe de mort eſt bonne du côté de la formalité, il faut ſavoir quelles ſont les formalités néceſſaires pour faire valoir un teſtament ou un codicille.

Pour cela il faut diſtinguer les pays gouvernés par coutumes, d'avec ceux qui ſe régiſſent par la loi romaine. Dans les pays coutumiers, on connoît deux ſortes de teſtamens; ſavoir, le teſtament olographe & celui qui eſt reçu par des perſonnes publiques, comme par deux Notaires ou par un Notaire avec l'aſſiſtance des témoins, ou par le Curé ou ſon Vicaire, auſſi avec un nombre ſuffiſant de témoins, réglé par les coutumes ou par un Officier de Juſtice dans les coutumes où cela eſt ainſi réglé: On peut voir dans l'ordonnance du mois d'Août 1735, les formalités des teſtamens, tant pour les pays coutumiers que du droit écrit.

Le teſtament olographe, ſelon la coutume de Paris, article 289, & pluſieurs autres coutumes rapportées par *Ferrieres* ſur cet article, eſt celui qui eſt écrit, daté & ſigné de la main du teſtateur. Selon l'eſprit de notre ordonnance, une donation à cauſe de mort, écrite & ſignée de la main du Teſtateur, ſeroit donc valable dans

BIU Cujas

la coutume de Paris, & dans les autres qui n'exigent point d'autre formalité pour les teſtamens de cette ſorte.

Selon la plus commune diſpoſition des coutumes du royaume, lorſque le teſtament étoit reçu par deux Notaires, il ne falloit point d'autre formalité, ſi ce n'eſt qu'il devoit être exprimé que le teſtateur avoit dicté, nommé ſa diſpoſition, & que le teſtament avoit été relu, que les Notaires le ſignaſſent avec le teſtateur, ou que mention fût faite de la cauſe pour laquelle le teſtateur n'avoit pas ſigné; mais aujourd'hui par l'article XXIII de l'ordonnance du mois d'Août 1735, il doit être fait mention expreſſe de la lecture, ſans néanmoins qu'il ſoit néceſſaire de ſe ſervir préciſément de ces termes, *dicté, nommé, lu & relu, ſans ſuggeſtions, ou autres requis par les coutumes ou ſtatuts.* Une donation à cauſe de mort qui ſera revêtue des mêmes formalités, ſera valable ſans difficulté dans les mêmes coutumes.

L'article CCLXXIX de la coutume de Paris, répute ſolemnels les teſtamens reçus par un Notaire & témoins habiles, ſuffiſans, mâles, âgés de vingt ans accomplis, & non légataires, ou par le Curé de la paroiſſe, ou ſon Vicaire-général, & un Notaire, ou par le Curé ou Vicaire, & trois témoins de la qualité ci-deſſus exprimée, pourvu qu'il ſoit fait mention qu'il a été dicté, nommé & relu, & qu'il ſoit ſigné par le teſtateur & par les témoins, ou que mention ſoit faite de la cauſe pour laquelle ils n'ont pu ſigner. Ainſi une donation à cauſe de mort, à laquelle on aura obſervé les mêmes formalités, *referendo ſingula ſingulis*, par rapport aux différentes perſonnes qui y ſeront employées, ſeroit également valable, ſuppoſé qu'une telle forme de diſpoſer y fût reçue.

Ce qui vient d'être remarqué ſur l'exemple tiré de la coutume de Paris, doit être appliqué à toutes les autres coutumes, en prenant pour regle la forme des teſtamens, ſelon le différent genre des perſonnes qui ont le pouvoir de les recevoir, & ſelon les différentes formalités qui ſont requiſes, eu égard à chacune de ces perſonnes.

C'eſt une regle enſeignée par Loiſel, & par tous les auteurs coutumiers, qu'entre teſtamens & codicilles, il n'y a point de différence; ce qui doit être entendu par rapport à leur effet, & leur forme; car les inſtitutions d'héritier n'y ayant pas lieu, & le teſtateur ne pouvant faire que des légataires univerſels, le teſtament

BIU Cujas

n'a d'effet que comme un codicille ; mais s'il se trouvoit quelque coutume qui eût introduit les codicilles comme une maniere particuliere de disposer, & qu'elle en eût reglé la formalité d'une façon différente de celle du testament, il suffiroit d'observer dans la donation à cause de mort, les formalités prescrites pour la validité des codicilles, sans qu'il fût nécessaire d'ajouter encore les formalités particulieres des testamens; c'est ce qui résulte de l'alternative employée par notre texte.

Il faut encore observer avec *Me. Claude de Ferrieres, dans ses Institutes du droit François, liv. 2, tit. 25, des codicilles*, qu'il y a quelque différence entre le testament & le codicille dans les pays coutumiers, & qu'il importe de connoître si celui qui a disposé a voulu faire un testament ou un codicille ; parce que c'est une maxime dans la France coutumiere, tout comme dans le pays du droit écrit, que *nemo potest mori relictis pluribus testamentis* ; quoiqu'on puisse laisser plusieurs codicilles sans testament, quoiqu'il en soit autrement, selon le droit romain. Cependant *Argou*, & plusieurs autres Auteurs, enseignent que même dans les pays coutumiers, les testamens ne sont pas incompatibles ; ce qu'il faut entendre, si le dernier ne révoque le précédent, ou s'il ne contient un legs universel.

Pour distinguer si la disposition est un testament ou un Codicille, il faut recourir aux paroles de l'acte ; & la différence se tire de la maniere par laquelle le testateur a voulu disposer ; car s'il a eu la volonté de changer entiérement, & de révoquer son premier testament par un autre subséquent, en ce cas c'est un testament qui infirme le premier ; mais s'il a eu seulement la pensée de faire des codicilles, pour expliquer, augmenter, diminuer, ou changer, le testament & les codicilles sont valables, le testateur peut même laisser plusieurs codicilles.

Avant de passer à l'examen de la difficulté par rapport au pays du droit écrit, il convient d'observer qu'à Toulouse & à Montpellier, il y a deux coutumes particulieres, qui réglent la forme des testamens, sans parler des codicilles ; & néanmoins on juge que les codicilles faits avec la même forme que la coutume exige pour les testamens, sont aussi valables, que si les formalités prescrites par les loix romaines y étoient observées ; on doit donc également faire valoir les donations à cause de mort, auxquelles on aura observé les formalités que

BIU Cujas

ces coutumes particulieres exigent pour la validité des teſtamens.

Venons préſentement au droit écrit. On y reconnoît pluſieurs eſpeces de teſtamens. 1°. Le ſolemnel ou ſecret. 2°. Le teſtament nuncupatif écrit ou ſans écrit. 3°. Le militaire. 4°. Celui qui eſt fait *inter liberos*. 5°. Celui qui eſt fait par les aveugles. 6°. Ou par les ſourds & muets par accident. 7°. Les teſtamens faits aux champs. 8°. Celui qui eſt fait en tems de peſte.

Ce ſeroit choſe inutile & d'une diſcuſſion trop longue, d'expliquer en détail les différentes formes de ces teſtamens : quelques réflexions générales ſuffiront pour l'éclairciſſement de cette matiere par rapport à notre article. La premiere, qu'il y a des formalités néceſſaires aux teſtamens, qui ne ſont pas néceſſaires aux donations à cauſe de mort. Telles ſont l'inſtitution ou exhérédation des enfans, le nombre de ſept témoins & leur ſeing ; parce que les codicilles *nullam ſolemnitatem ordinationis deſiderant*, §. *ult. inſtit. de codicillis*, & qu'on a la liberté, ſelon notre ordonnance, de ſuivre la forme du codicille ; & à cet égard, il ſuffit de cinq témoins, ſoit qu'ils ayent été priés ou non, *l. ult. cod. de codicillis*, *& l. ult. cod. de mortis cauſâ donat.* & quand la donation à cauſe de mort eſt reçue par un Notaire ou par une autre perſonne qui a un caractere public pour cela, il ſuffit, ſelon le droit romain, que deux témoins ayent ſigné, pourvu que les autres ſoient aſſiſtans & que l'acte en faſſe mention ; la raiſon eſt, parce que la loi derniere, *cod. de donat. cauſâ mort.* n'exige pas le ſeing des témoins, & que d'ailleurs il ſuffit que l'acte de donation ſoit revêtu des formalités néceſſaires pour valoir comme public, pour qu'on ne puiſſe pas l'attaquer, ſous prétexte que les autres témoins n'ont pas ſigné ; mais depuis que l'ordonnance de 1735 exige le ſeing des témoins aux teſtamens & codicilles, on ne peut plus à cet égard ſe régler par la diſpoſition du droit romain.

La deuxieme, que quand le teſtament vaut ſans témoins ou ſans formalité, comme lorſqu'il eſt fait en faveur des enfans, ſuivant la novelle 107 & la loi derniere, *cod. famil. erciſc.* la donation à cauſe de mort ſera bonne en faveur des mêmes perſonnes auſſi ſans témoins, pourvu qu'elle ſoit écrite, datée & ſignée du donateur, comme l'exige l'ordonnance de 1735, pour le teſtament *inter liberos*.

La troiſieme, quand le cas où le teſtament vaut, quoi-

BIU Cujas

qu'il n'y ait que deux témoins, comme s'il eſt fait par un ſoldat *in procinctu*, la donation à cauſe de mort du ſoldat auſſi *in procinctu*, ſeroit également valable.

La quatrieme, que quand le nombre des témoins doit être augmenté au teſtament ou au codicille, à cauſe de de l'état du teſtateur, comme s'il eſt aveugle, on doit auſſi l'augmenter à la donation à cauſe de mort faite par l'aveugle, ſuivant la loi 8, *cod. qui teſtam. fac poſſ.* parce que ce n'eſt pas à la forme preſcrite par la loi au ſujet des donations à cauſe de mort, qu'il faut ſe conformer, mais bien à celle qui eſt preſcrite pour les teſtamens ou pour les codicilles, qui, comme je l'ai remarqué pluſieurs fois, doit être la regle de la forme des donations à cauſe de mort, ſelon notre texte. Du reſte, je ne crois pas que le nombre de huit témoins ſoit néceſſaire pour la validité du codicille ou de la donation à cauſe de mort, de l'aveugle, & il faut ſuivre le ſentiment de la Gloſe d'Accurſe & de la Gloſe marginale, ſur ladite loi 8, qui n'exigent qu'un témoin de plus: il y a pourtant pluſieurs auteurs rapportés par *Bornier ſur Ranchin, Tit. codicil. article premier*, qui ſont d'avis qu'il faut autant de témoins au codicille de l'aveugle qu'à ſon teſtament; mais le ſentiment de ces auteurs paroît avoir été abrogé par notre texte.

Enfin, la cinquieme, que la loi *diſcretis* 10, *cod. qui teſtam. fac. poſſ.* accordant au ſourd & muet par accident, la faculté de diſpoſer de ſes biens par teſtament, codicille ou donation à cauſe de mort, ſans exiger aucune formalité ſpéciale, la donation à cauſe de mort, faite par le muet & ſourd par accident, ſera bonne, en y obſervant la formalité ordinaire par rapport à la qualité du donateur & du donataire, ainſi que je l'ai expliqué ci-deſſus.

Il faut de plus obſerver, qu'en matiere de teſtament & quand il s'agit d'en régler la forme, ce n'eſt pas ſur la coutume du domicile du teſtateur, ni ſur celle des lieux où les biens ſont ſitués, qu'il faut ſe régler; mais bien ſur celle où ce teſtament eſt fait; & pourvu qu'on ait rempli la formalité requiſe dans les lieux où le teſtament eſt fait, il doit valoir en tous lieux, quoique celles du domicile du teſtateur & la ſituation des biens dont il diſpoſe ſoient contraires ou différentes, c'eſt une Juriſprudence certaine, fondée ſur la loi *ſi non ſpeciali 9, cod. de teſtam.* & qui eſt obſervée dans le pays coutumier, tout comme dans celui du droit écrit, ſuivant le

BIU Cujas

témoignage de *M. Cujas dans ſes obſervations, lib. 14, cap. 12; M. Maynard, liv. 9, chap. 5 & liv. 5, ch. 92; M. Dolive, liv. 3, chap. 25; M. de Cambolas, liv. 4, chap. 41; Dumoulin, ſur la coutume de Paris, §. 12, n°. 37; Brodeau, ſur M. Louet, let. C, ſomm. 42, n°. 7; Journal de audiences, tom. 1, liv. 1, chap. 81; Expilli, en ſes arrêts, ch. 78; Henris, tom. 2, liv. 5, queſt. 32; Soefve, tom. 2. Centur. 2, chap. 44; Ferrieres, ſur la coutume de Paris; Ricard, des donations*, & pluſieurs autres. Voilà pourquoi afin qu'une donation à cauſe de mort ſoit valable partout, il ſuffit qu'on ait obſervé la forme preſcrite par les loix, ou les coutumes du lieu où elle aura été faite, en prenant toujours pour regle la forme des teſtamens ou des codicilles, comme le veut notre ordonnance. ¶

ARTICLE IV.

Les Donations entre-vifs qui ne peuvent valoir en cette qualité, ne valent pas comme Diſpoſitions à cauſe de mort.

TOUTE *Donation entre-vifs* qui ne ſeroit valable en cette qualité, ne pourra valoir comme Donation ou Diſpoſition à cauſe de mort, ou teſtamentaire, *de quelque formalité qu'elle ſoit revêtue.*

OBSERVATIONS.

La diſpoſition de cet article regarde entiérement les pays gouvernés par les coutumes. Pour en connoître l'eſprit & en appliquer la déciſion, il faut ſavoir que les coutumes, ou du moins la plupart, accordent une plus grande liberté de diſpoſer des biens par donation entre-vifs, que par teſtament, ou autre diſpoſition à cauſe de mort, puiſqu'elles ne permettent de diſpoſer à cauſe de mort que des acquêts & conquêts, & d'une partie des propres, comme du quint, du quart, ou autre portion, le ſurplus devant venir aux héritiers du ſang,

BIU Cujas

ſuivant la regle *Paterna paternis, materna maternis*, qui s'obſerve dans les pays coutumiers; au lieu qu'on a la liberté de diſpoſer de tous les biens préſens par donation entre-vifs, en obſervant les formalités preſcrites par les coutumes, & particuliérement la tradition de fait ou de droit, pour ne pas tomber dans le cas de la regle, *donner & retenir ne vaut.*

Il arrivoit ſouvent que pour fruſtrer les ſucceſſions *ab inteſtat* de la portion des propres que la coutume leur deſtinoit, nonobſtant les diſpoſitions à cauſe de mort ou teſtamentaires, on obligeoit les malades à faire des donations entre-vifs.

Pour remédier à cet abus, il fut ordonné par pluſieurs coutumes, & entr'autres par *l'article CCLXXVII* de la nouvelle coutume de Paris, que toutes les donations, encore qu'elles fuſſent conçues entre-vifs, faites par perſonnes malades de la maladie dont elles décedent, ſeroient réputées faites à cauſe de mort ou teſtamentaires, & non entre-vifs. On peut voir dans le commentaire de *Me. Claude de Ferrieres ſur cet article CCLXXVII*, les autres coutumes qui ont du rapport à celle-ci.

La converſion des donations à cauſe de mort ou teſtamentaires, donna lieu à une grande difficulté, qui a été long-tems fort agitée, & diverſement décidée par les arrêts du Parlement de Paris, ſi ces donations ne pouvant valoir comme donations entre-vifs, pouvoient valoir comme diſpoſitions à cauſe de mort.

L'affirmative & la négative avoient pluſieurs défenſeurs, qui ne manquoient pas de raiſons plauſibles, tirées tant de la diſpoſition du droit romain que des autres coutumes; on peut les voir dans le *Journal du palais, tom. 1, p. 19 & 468; Ferrieres ſur la coutume de Paris, art. 277, gloſ. 2; Ricard, des donations, tom. 1, part. 1, ch. 2; Baſnage ſur l'art. 447 de la coutume de Normandie, & Renuſſon, traité des propres, ch. 3, ſect. 2.*

Enfin, cette fameuſe queſtion a été décidée pour la négative par notre article; le motif a été tiré ſans doute de la remarque de *Dumoulin ſur l'article CLXX de la coutume de Blois*, qui les regarde comme abſolument nulles, *odio ſuggeſtionum*, parce que le donataire obligeant le donateur de choiſir une eſpece de diſpoſition prohibée par la coutume, il y a une préſomption de fraude qui ſuffit pour annuller l'acte, ſelon *Argentré ſur la coutume de Bretagne, art. 218, gloſ. 10*; comme auſſi que le donateur n'a pas diſpoſé librement, & que la dona-

BIU Cujas

tion n'eſt qu'un effet de la captation, & de la ſuggeſtion pratiquée par le donataire : On peut voir dans *Ricard, tom. 1, part. 1, chap. 3, ſect. 1, & dans le traité des propres de Me. Renuſſon, ch. 3, ſect. 2*, les différens cas où les donations conçues entre-vifs, ne pouvant valoir en cette qualité, ſont réputées à cauſe de mort, & par conſéquent ſujettes à la diſpoſition de notre article. Selon *Charondas, dans ſes obſervations*, verb. donation ; *Ricard, tom. 1, part. 1, n°. 103 ; & Ferrieres ſur l'article 277, Gloſ. 1, n°. 15 de la coutume de Paris*, la donation entre-vifs, faite par un malade, ne devoit pas être conſidérée comme donation à cauſe de mort & teſtamentaire, lorſqu'il paroiſſoit par des actes précédens, ou par d'autres circonſtances, que le donateur étant en ſanté, avoit eu intention de donner à celui auquel il a donné entre-vifs, étant devenu malade ; mais cette exception paroît fort ſuſpecte, parce qu'une ſimple volonté imparfaite, & qui n'a pas eu ſon exécution dans un tems libre, ne paroît pas ſuffiſante pour tirer ce cas particulier de la regle générale : d'autant mieux que *Charondas ſur l'article CCLXXVII* de la coutume de Paris, qui rapporte l'arrêt ſur lequel la déciſion de ces Auteurs eſt fondée, dit que cet arrêt étoit accompagné de circonſtances pour ſervir de regle.

La même difficulté ne peut pas ſe préſenter dans les pays gouvernés par le droit écrit, où l'on juge, ſelon la loi romaine, qu'un malade même à l'extrêmité, peut valablement donner entre-vifs, & la donation eſt irrévocable, tout de même que ſi elle avoit été faite en ſanté, ſuivant la *loi 42, §. 1, ff. de mortis cauſâ donat.*

La raiſon en eſt, parce qu'on ne peut pas dire que ce ſoit une donation à cauſe de mort, mais bien une donation entre-vifs faite par un mourant ; circonſtance qui n'en change pas la nature : *eum autem qui abſolutè donaret, non tàm mortis cauſâ, quàm morientem donare*, dit la loi, & comme on a la même liberté de diſpoſer des biens à cauſe de mort qu'entre-vifs, parce qu'on ne fait aucune diſtinction ſur les différentes eſpeces de biens poſſédés par la même perſonne, il importe peu qu'on diſpoſe entre-vifs ou à cauſe de mort.

Quoique notre article ſoit conçu en termes généraux, & que par conſéquent il ſemble comprendre les donations entre mariés, *conſtante matrimonio*, & celles qui ſont faites par les peres de famille en faveur de leurs enfans non émancipés, qui ne valent pas comme dona-

BIU Cujas

tions entre-vifs, mais ſeulement comme donations à cauſe de mort, *leg. 10 & leg. 25, cod. de donat. inter vir. & uxorem*; *leg. 32*, §. *1*, *&* §. *2*, *ff. eod. & leg. 11, cod. de donat.* toutefois il n'a pas lieu pour ces ſortes de donations, parce qu'elles ſont nommément exceptées par *l'article XLVI* de la même ordonnance.

¶ *Toute donation entre-vifs.*] Il n'y a point de doute dans le pays coutumier, que ſuivant l'article CCLXXVII de la coutume de Paris, la donation faite par une perſonne malade, de la maladie dont elle décede, ne ſoit réputée à cauſe de mort ou teſtamentaire, ſi elle comprend des biens dont le donateur n'ait pas la liberté de diſpoſer à cauſe de mort; mais en doit-il être de même ſi elle ne contient que des meubles ou d'autres biens, dont le Donateur peut diſpoſer à cauſe de mort? Dans le premier tome du journal des audiences, liv. 3, ch. 59 de la nouvelle édition, on trouve un arrêt du 21 Février 1639, qui ſemble avoir jugé la queſtion pour l'affirmative; cependant Baſnage, ſur l'article CCCCXLVII de la coutume de Normandie, rapporte un arrêt du 10 Décembre 1652, qui a jugé le contraire dans le cas d'une donation des meubles, dans cette coutume qui contient une diſpoſition ſemblable à celle de Paris. Ce dernier arrêt paroît juſte, pourvu que le défaut de tradition ou d'inſinuation ne rendent pas la donation nulle d'ailleurs; car outre qu'il eſt indifférent qu'on diſpoſe entre-vifs ou par teſtament, dès qu'on ſe borne aux biens dont la coutume permet de diſpoſer à cauſe de mort; d'ailleurs la diſpoſition de la coutume ayant pour motif d'éviter les fraudes & les mauvais deſſeins du donateur, qui prendroit une voie pour diſpoſer indirectement des biens dont il lui eſt défendu de diſpoſer d'une maniere directe; dès que le motif ceſſe, la déciſion doit ceſſer auſſi; car ſon intention n'eſt pas d'empêcher les particuliers de diſpoſer de leurs biens; puiſqu'elle le leur permet par l'article CCLXXII, comme l'a fort bien remarqué Ferrieres ſur l'article CCLXXVII, Gloſ. 1, n°. 14.

[*De quelque formalité qu'elle ſoit revêtue.*] *Quid* ſi la donation portoit que ne pouvant pas valoir comme donation entre-vifs, elle vaudroit comme donation à cauſe de mort, & qu'elle fût relevée des formalités preſcrites pour la validité des donations à cauſe de mort; il me ſemble qu'il faut diſtinguer les pays où les donations à cauſe de mort ſont permiſes, d'avec ceux où elles ſont prohibées, comme à Blois; au premier cas elle devroit

BIU Cujas

valoir comme donation à cauſe de mort, ſuivant les loix qui parlent de la clauſe codicillaire, & notre article ne comprend pas ce cas; au ſecond, elle ſeroit nulle. La raiſon de différence doit être priſe de ce que quand la donation eſt conçue entre-vifs, l'objet des parties n'eſt pas de la faire valoir en une autre forme; ainſi elle doit être nulle; mais il en doit être autrement quand les parties y ont pourvu expreſſément, & l'on doit raiſonner à cet égard, tout comme en matiere de teſtament qui vaut comme codicille, quand le teſtateur y a appoſé la clauſe codicillaire, & il n'y a rien qui empêche qu'on ne puiſſe comprendre dans le même acte deux diſpoſitions, quoique de différente nature; mais ſi la donation n'eſt pas conçue pour valoir entre-vifs, qu'elle ait trait de tems à la mort, & qu'elle doive être regardée comme une donation à cauſe de mort, elle devroit valoir, ſi elle étoit revêtue de la formalité requiſe aux teſtamens ou codicilles, quoiqu'elle ſe trouvât inſérée dans un acte, qui contînt des diſpoſitions entre-vifs; car il n'y a point de doute qu'on ne puiſſe faire des donations à cauſe de mort, comme on peut l'induire de l'article XIII, *infr.* & de l'article III, *ſup.* Ainſi la diſpoſition de cet art. IV doit être bornée aux diſpoſitions qui ſont conçues pour valoir entre-vifs, leſquelles étant converties en donations à cauſe de mort, ne peuvent pas valoir, ni comme donations entre-vifs, ni comme donations à cauſe de mort.¶

BIU Cujas

ARTICLE V.

Quelles Donations doivent être acceptées.

LES *Donations entre-vifs, même celles qui ſeroient faites en faveur de l'Egliſe, ou pour cauſes pies, ne pourront engager le Donateur, ni produire aucun autre effet* que du jour qu'elles auront été acceptées par le Donataire, *ou par ſon Procureur-général ou ſpécial*, dont la Procuration demeurera annexée à la minute de la Donation; & en cas qu'elle eût été acceptée par une perſonne qui auroit déclaré ſe porter fort pour le Donataire abſent, *ladite Donation n'aura effet que du jour de la ratification expreſſe que ledit Donataire en aura faite* par Acte paſſé par-devant Notaire, duquel Acte il reſtera minute. *Défendons à tous Notaires & Tabellions d'accepter les Donations, comme ſtipulans pour les Donataires abſens, à peine de nullité deſdites ſtipulations.*

OBSERVATIONS.

Cet article & les ſuivans, contiennent pluſieurs belles diſpoſitions ſur la néceſſité & la forme de l'acceptation des donations entre-vifs, & expliquent quelles ſont les perſonnes qui ont le pouvoir d'accepter pour les donataires abſens. Quoique les ordonnances ſoient préſentement aſſez claires ſur ce point, il ne ſera pourtant pas indifférent de rechercher dans le droit romain l'origine de la néceſſité de l'acceptation, & le motif pour lequel elle a été requiſe, parce que cela peut ſervir à la dé-

BIU Cujas

cision des doutes qui peuvent se présenter dans cette matiere : je le fais d'autant plus volontiers, que la chose est difficile, & qu'aucun Auteur ne s'est donné la peine de le faire, du moins avec exactitude.

Par l'ancien droit romain, les donations entre-vifs devoient être accompagnées de la tradition ou de la mancipation (qui étoit une espece de vente imaginaire) lorsqu'elles étoient faites en faveur de toute autre personne que des enfans du donateur; mais entre enfans, elles valoient par le seul consentement; *leg. 4, leg. 7, cod. Theodosiano, de Donat.*

Dans la suite, cette mancipation ou vente imaginaire ayant été abrogée, comme le simple pacte ne produisoit point d'action, *leg. 7, §. 4, ff. de pactis*, les donations entre-vifs ne pouvoient être valables, à moins que la tradition n'eût été faite, ou que la stipulation ne fût intervenue; de-là vient qu'on trouve dans les digestes & dans le code plusieurs loix qui font mention de la stipulation en matiere de donations entre-vifs ou à cause de mort, & entre autres, *la loi Sancimus 34, §. 4, cod. de donat. les loix 23, & 33, ff. de donat. inter virum & uxor. la loi 33, ff. de donat. le §. 3, de la même loi; les loix 34, 35, §. 7, ff. de mortis causâ donationibus.* Il est vrai que la nécessité de la tradition & de la stipulation a été retranchée par l'Empereur Justinien dans la *loi 35, §. 5, cod. de donat.* qui veut que les donations entre-vifs vaillent par simple pacte.

Mais comme le pacte suppose l'intervention & le consentement de deux personnes, puisqu'il est défini, *duorum vel plurium in idem placitum consensus*, & que d'ailleurs la donation entre-vifs a été mise au rang des causes de contracter, suivant *la loi 55, ff. de obligat. & actionibus*, le consentement du donataire étoit requis pour la perfection de la donation, ou du moins sa présence, de laquelle on peut induire un consentement tacite pour la validité du pacte; voilà pourquoi l'*ordonnance de 1539* introduisit par les *articles 132 & 133*, la nécessité de l'acceptation.

Il faut pourtant demeurer d'accord, que les donations n'ont été mises au rang des contrats qu'improprement, puisque la loi *interdictum 14, ff. de precario*, distingue la donation d'avec les contrats, en ce qu'elle met le précaire au rang des donations & des libéralités, plutôt qu'à celui des contrats, & que selon les principes du droit Romain, la donation n'est pas un contrat sinalag-

BIU Cujas

matique, comme je l'ai montré dans mes queſtions; *queſt. 1, N°. 31*, & qu'il eſt prouvé par *la loi 10, ff. de donat. la loi 6, & la loi 26, cod. eod.* où la donation ne laiſſe pas d'être irrévocable de la part du donateur, quoique le donataire ne ſoit pas réciproquement lié, & que quand on demeure aux termes d'une pure donation, elle ne porte aucune obligation de la part du donataire; *obligationem non contrahi eo caſu quo donatio eſt*, dit la loi *Ariſto 18, ff. de donat.* Auſſi, ſelon l'eſprit de la loi Romaine, l'acceptation expreſſe n'étoit pas néceſſaire pour la validité des donations; mais une acceptation tacite ſuffiſoit, quoiqu'en ayent pu dire les Docteurs & Interprêtes, comme je l'expliquerai ſur *l'article VI infrà.*

[*Les donations entre-vifs.*] Cette diſpoſition indéfinie, qui, ſelon le ſentiment des Auteurs, équipolle à une diſpoſition générale, ou, comme ils diſent, *vox indefinita æquipollet univerſali*, comprend toute ſorte de donations entre-vifs; de maniere que cet article établit pour regle générale, que toutes les donations entre-vifs, de quelque façon qu'on les qualifie, doivent être acceptées par le donataire ou par ſon Procureur général ou ſpécial, & l'on ne peut, à la rigueur, excepter que celles qui ſont nommément exceptées par notre ordonnance; ſavoir, les donations faites en contrat de mariage, aux conjoints ou à leurs enfans à naître: par *l'article X*, celles qui ſont faites en faveur des perſonnes abſentes, ou à naître, par forme de ſubſtitution, ou conjointement avec des donataires exiſtans qui ont accepté: par les *articles X & XI*, celles dont il eſt parlé dans *l'article XLVI* & celles dont je parlerai ſur *l'article VII*, par identité de raiſon. ¶ Il me ſemble néanmoins qu'on doit encore excepter les donations tacites par les raiſons que j'ai expliquées ſur l'article premier *ſup.* auſſi Dumoulin, ſur l'article CXXXIII de l'ordonnace de 1539, décide que les donations tacites co-préſumées, doivent être exceptées de la diſpoſition de cette ordonnance, par rapport à la néceſſité de l'acceptation. ¶

[*Même celles qui ſeront faites en faveur de l'Egliſe ou pour cauſes pies.*] Non-ſeulement les donations faites aux Egliſes & autres lieux pieux, ſont ſujettes à la néceſſité de l'acceptation, mais encore celles qui ſont faites aux Communautés, aux mineurs, aux interdits par Juſtice, & autres jouiſſans des privileges des mineurs, comme le prouve *l'article XIV*, qui refuſe la reſtitution en entier envers le défaut d'acceptation, à toutes ces

BIU Cujas

perſonnes & lieux. Ainſi notre article abroge le droit Romain & la juriſprudence du Parlement de Toulouſe, qui faiſoient valoir irrévocablement les donations faites à l'Egliſe, ou pour cauſes pies, ſans acceptation, ſuivant la *loi 15, cod. de Sacro-ſanctis Eccleſiis; M. Maynard, liv. 7, chap. 86; Ferrieres ſur la queſt. 222 de Guipape; M. de Cambolas, liv. 5, chap. 7; & M. de Catellan, liv. 5, chap. 55* : il abroge encore les loix du titre *de Pollicitationibus*, aux digeſtes, qui font valoir ſans acceptation les donations faites au public pour une juſte cauſe, ou lorſque le donateur avoit commencé d'exécuter ſa donation.

[*Ne pourront engager les donateurs, ni produire aucun autre effet.*] Delà il s'enſuit qu'aucun droit n'eſt acquis au donataire avant l'acceptation; ce qui eſt conforme au droit Romain, qui veut que la libéralité ne ſoit point acquiſe, *ignoranti vel invito*; *leg. 10, & leg. 19, ff. 2, de donat.* C'étoit une queſtion fort controverſée parmi les Auteurs, ſi le donateur avoit la liberté de révoquer la donation avant l'acceptation. *Jacques de Ferrieres, ſur la queſtion 222 de Guipape; Charondas ſur l'article 275 de la coutume de Paris, & Dumoulin dans ſon Conſeil 60, N°. 14,* ſoutenoient la négative, ſur ce que le donataire ayant la liberté d'accepter la donation pendant la vie du donateur, celui-ci ne pouvoit pas lui ôter cette faculté, parce qu'il ne pouvoit pas venir contre ſon propre fait.

Les autres étoient d'avis que le donateur avoit la liberté de révoquer la donation juſqu'à ce que le donataire l'eût acceptée en la forme preſcrite par les ordonnances; *M. Maynard, liv. 7, chap. 84; Brodeau ſur M. Louet, lettre D, ſomm. 4, N°. 6, Coquille, ſur la coutume de Nivernois; Ricard, des donations, & Claude de Ferrieres ſur la coutume de Paris*, ſoutenoient cette opinion.

Mais notre article a décidé cette difficulté pour ce dernier avis, en déclarant que les donations n'engageront les donateurs, & ne produiront aucun autre effet que du jour de l'acceptation, laquelle eſt le point fixe, qui donne la force à la donation, & acquiert un droit au donataire. Du reſte, il faut que l'acceptation de la donation faite à une perſonne abſente, ou la ratification de l'acceptation faite par celui qui n'avoit pas un pouvoir ſpécial ou général, ſoient faites pendant la vie du donateur, ſuivant *l'article III de l'ordonnance du mois de Février 1549*, à laquelle notre article

BIU Cujas

n'a pas dérogé à cet égard ; mais il suppose que cela soit ainsi observé.

[*Ou par son Procureur général ou spécial.*] ¶ Faut-il que le Procureur dont notre article parle, soit constitué par acte public, ou le Mandat d'écriture privée seroit-il bon ? L'ordonnance n'exigeant pas que la procuration pour accepter la donation soit faite par acte public, elle a laissé ce cas dans la disposition du droit commun, qui fait valoir le Mandat d'écriture privée, tout comme s'il étoit fait par acte public ; *leg. 1, §. 1, ff. Mandati* ; *leg. 2, §. 2, ff. de oblig. & actionib.* même suivant le droit Romain, l'écriture n'étoit pas nécessaire pour la validité du mandat, parce qu'il est parfait par le seul consentement ; *leg. 1, ff. mandati, & leg. 2, ff. de obligat. & actionib.* mais dans notre cas, un mandat verbal ne suffiroit pas, puisque l'ordonnance exige que la procuration soit annexée à la minute de l'acte de donation ; il faut donc que la procuration soit par écrit, autrement elle ne pourroit pas être annexée à la donation. ¶

Il importe peu que le Procureur soit général ou spécial, selon notre article, pour pouvoir accepter une donation au nom du donataire absent ; la raison en est, parce que le Procureur général peut valablement obliger le mandat & pactiser à son préjudice, *leg. 12, ff. de pactis* ; à plus forte raison peut-il accepter une donation ; en quoi il a été dérogé à la déclaration du Roi du 17 Mars 1539, qui vouloit que les donations fussent acceptées par les donataires en personne, ou par Procureur par eux spécialement fondé, en la présence des donateurs ou de leurs Procureurs, aussi par eux spécialement fondés, & des Notaires qui auroient passé les donations, ou autres Notaires-Tabellions, ou personnes publiques ; mais il avoit été dérogé à cette déclaration par *l'article IV de l'édit du mois de Février* 1549, en ce qu'elle requéroit que l'acceptation fût faite en présence du donateur ou de son Procureur spécial.

Par les mots, *Procureur général*, dont use notre article, on ne doit pas entendre un Procureur qui a un mandat général, dans lequel est compris spécialement le pouvoir d'accepter les donations, parce qu'alors il seroit spécial en cette partie, & la généralité du pouvoir ne dérogeroit point à la spécialité.

Le Procureur général est de deux sortes, selon le droit Romain. Premiérement, celui qui a un mandat général pour gérer les affaires & régir les biens, *procurator*

BIU Cujas

curator totorum bonorum cui res administrandæ mandatæ sunt, *leg. 63*, *ff. de Procuratoribus*. En second lieu, celui qui a un mandat général pour gérer & régir les biens, & qui de plus a une administration libre, *leg. 58*, *ff. eodem*, & §. *quâ ratione 43*, *Institut. de rerum divisione*, le pouvoir de ces deux especes de Procureurs généraux est différent; car celui du Procureur général *cum libera*, a beaucoup plus d'étendue que celui d'un simple Procureur général, comme on peut le voir dans les Auteurs qui ont traité la matiere, & particuliérement dans *Peresius*, *sur le titre du code de procuratoribus*, *N°.* 16; *Dumoulin sur la coutume de Paris*, § 21; *Papon*, 2 *Notaire des Procureurs*, & autres auteurs.

Notre article n'exigeant que l'acceptation du Procureur général, il suffit d'un mandat général de la premiere espece dont je viens de parler, & il n'est pas nécessaire qu'il ait un mandat général *cum libera*, parce que notre ordonnance n'en parle pas.

On appelle Procureur spécial, celui auquel on a donné un pouvoir particulier de faire une certaine chose, *ad unam speciem constitutus*, *leg.* 10, *cod. de procuratoribus*.

¶ Lorsque l'article dit que les donations ne pourront engager le donateur, ni produire aucun autre effet, que du jour qu'elles auront été acceptées par le donataire, ou par son Procureur général, ou spécial, il donne à entendre bien clairement qu'il n'est pas absolument nécessaire que le donataire, ou son Procureur général, ou spécial, acceptent la donation lorsqu'elle se fait; mais la donation étant une fois faite, le donataire aura la liberté de l'accepter par lui-même, ou par son Procureur général, ou spécial, pourvu que l'acceptation se fasse avant que le donateur ait révoqué la donation & avant sa mort; & quoique l'ordonnance de 1549, article IV, veuille que la donation soit insérée dans l'acte d'acceptation faite après coup, cette formalité ne paroît pas nécessaire, puisque notre article ne l'exige pas, & qu'elle est superflue. De plus, suivant l'esprit de l'article IV de l'ordonnance de 1549, il n'est pas nécessaire que la donation soit insérée mot pour mot dans l'acte d'acceptation, il suffit qu'elle y soit désignée d'une maniere univoque, en sorte qu'il ne puisse pas y avoir du doute que l'acceptation se réfere à la donation. ¶

Dont la procuration demeurera annexée à la minute de la donation.] ¶ Ces termes doivent-ils s'entendre de l'acceptation faite *ex post facto* par Procureur? Il faut décider par

BIU Cujas

l'argument de ce qui suit dans l'art. qu'on ne doit annexer la procuration qu'à l'acte passé en conséquence; c'est-à-dire, à l'acceptation faite en vertu de la procuration pour accepter; voilà pourquoi si le Procureur qui accepte, a une procuration générale ou spéciale, il doit annexer la procuration à la minute de la donation; que si le Procureur fait l'acceptation après coup, il ne sera pas nécessaire d'annexer la procuration à la minute de la donation déja faite; mais seulement à la minute de l'acte d'acceptation. ¶ Si on manquoit d'annexer la procuration générale ou spéciale à la minute de la donation, ce défaut produiroit-il la nullité de la donation? Il semble que si l'intention de la loi avoit été d'annuller la donation par ce défaut, elle l'auroit dit, comme elle l'a fait à l'article premier, & aux autres de la même ordonnance; d'ailleurs il faut distinguer les formalités intrinseques & substantielles, d'avec les formalités extrinseques; l'omission des premieres annulle l'acte, quoique la loi ne porte pas nommément la nullité, parce que c'est la forme substantielle, *quæ dat esse rei;* au lieu que les formalités extrinseques n'emportent nullité qu'autant que la loi le déclare expressément; toutefois il faut décider le contraire: la raison est que notre article déclare en termes négatifs, que les donations ne pourront engager le donateur, ni produire aucun effet que sous les conditions expliquées, au nombre desquelles il met que la procuration pour accepter demeurera annexée à la minute de la donation; ainsi la loi porte suffisamment la peine de nullité, en défaut d'observation de cette condition ou formalité.

Ladite Donation n'aura effet que du jour de la ratification expresse.] Quoique régulièrement la ratification équipolle au mandat, & qu'elle remonte au jour de l'acte ratifié, *ch.* 10 *de reg. juris in* 6°. cela n'a pas lieu, suivant notre article, pour la ratification de l'acceptation faite par une personne qui n'avoit aucun pouvoir spécial ni général d'accepter une donation faite à un tiers absent. La raison en est, parce que si dans le temps intermédiaire le droit est acquis à un tiers, la ratification ne peut pas avoir un effet rétroactif au préjudice du tiers, parce que *duo extrema non sunt habilia*: cependant il faudroit qu'ils le fussent, suivant *Mornac sur la loi Si fundus* 16, § *Si nesciente*, *ff. de pignoribus;* que si aucun tiers n'est intéressé, il est inutile que la ratification remonte au jour de la donation.

BIU Cujas

Il eſt remarquable que la ratification de l'acceptation doit être expreſſe ; elle doit être encore faite par acte devant Notaire, ſuivant notre texte ; autrement elle ne vaudroit pas, par l'argument tiré de *l'article premier ſuprà* ; elle doit de plus être faite pendant la vie du donateur, ſuivant *l'article III de l'édit de* 1549, comme je l'ai obſervé ci-deſſus ; il doit auſſi reſter minute de la ratification, à peine de nullité, quoiqu'elle ne ſoit pas exprimée, parce que cette diſpoſition eſt relative à *l'article premier*, où la peine de nullité eſt indite ; & cela, par la raiſon qu'on doit obſerver dans la ratification les mêmes formalités que dans la donation ; mais il n'eſt pas néceſſaire que la ratification ſe faſſe en préſence du donateur, puiſque notre article n'exige pas cette formalité, non-plus que *l'article IV de l'édit du mois de Février* 1549, qui parle de l'acceptation faite après coup, & qui déroge à cet égard à l'ordonnance de 1539. ¶ Et comme notre article n'exige pas que la donation ſoit tranſcrite dans l'acte de ratification, on ne peut pas douter que cette formalité n'eſt pas néceſſaire, parce qu'il n'y a point de loi ni d'ordonnance qui la requiere ; & quoi qu'en diſe M. Boutaric ſur cet article, quand un donataire accepte *ex poſt facto* une donation à lui faite à ſon abſence, il n'eſt pas néceſſaire de tranſcrire la donation dans l'acte d'acceptation, quoique l'ordonnance de 1549 le requît ; parce que notre article, ni les autres de la préſente ordonnance ne l'exigent pas : Il ſuffit qu'il paroiſſe de l'acte d'acceptation, que le donataire a eu connoiſſance de la donation avec ſes charges.

[*Que ce donataire en aura faite*] Quoique l'article, en ne faiſant mention que de la ratification du donataire, ſemble vouloir faire comprendre que la ratification ne puiſſe être faite que par le donataire lui-même, & que celle qui ſeroit faite par un Procureur fondé ne ſeroit pas ſuffiſante, toutefois il eſt facile de s'appercevoir que ce n'eſt pas-là l'eſprit du légiſlateur ; & puiſque dans la premiere partie l'acceptation du Procureur général ou ſpécial eſt déclarée ſuffiſante, il doit ſuffire également que la ratification de l'acceptation ſe faſſe par un Procureur-général ou ſpécial : pourvu qu'elle ſoit faite par acte devant Notaire, & qu'il en reſte minute ; car c'eſt une regle que *qui per alium facit, per ſe ipſum facere videtur* ; ainſi la ratification faite par un Procureur qui auroit pu valablement accepter lui-même, doit être regardée comme faite par le donataire. D'ailleurs il ne ſeroit pas néceſſaire de penſer

BIU Cujas

que notre ordonnance eût voulu établir, au ſujet de la ratification de l'acceptation, une forme différente de celle de l'acceptation même ; c'eſt-à-dire, qu'elle ait décidé que celui qui eſt capable d'accepter, n'eſt pas capable de ratifier l'acceptation faite *à non habente poteſtatem ;* car celui qui peut faire l'acte principal, doit avoir le pouvoir de le ratifier. ¶

Défendons à tous Notaires & Tabellions, d'accepter les donations comme ſtipulans pour les donataires abſens, à peine de nullité.] Ceci renouvelle & explique l'article CXXXIII de l'ordonnance de 1539, qui n'avoit point d'égard à l'acceptation faite par le Notaire pour le donataire abſent ; mais cette ordonnance n'étant pas obſervée dans tout le Royaume, & les interprêtes ayant introduit pour maxime, que les Notaires étoient des eſclaves publics dans leur origine, & qu'ils avoient le pouvoir de ſtipuler pour autrui, comme le ſoutient *Dumoulin dans ſon conſeil* 60, *N°.* 9, & 10, qui dit, après une foule de Docteurs, que c'eſt la pratique de tout le monde, il a fallu une ordonnance expreſſe pour déraciner cette erreur, qui doit ſon établiſſement à trois autres erreurs, dans leſquelles les interprêtes ſont tombés. La premiere, pour avoir confondu les Tabellions avec les Tabulaires, quoiqu'ils fuſſent différens par leur condition & par leur emploi. La ſeconde, pour avoir appliqué aux Tabulaires & aux Tabellions les loix qui donnent aux eſclaves publics le pouvoir de ſtipuler pour autrui. Et la troiſieme, pour n'avoir pas réfléchi que depuis l'abolition de l'eſclavage, les loix rapportées aux digeſtes, qui permettent aux eſclaves publics de ſtipuler pour autrui, ne pouvoient être d'aucun uſage, parce que cette faculté étoit attachée à leur qualité d'eſclaves du public, laquelle ceſſant, leur pouvoir ceſſoit auſſi.

Les Tabellions étoient différens des Tabulaires, non-ſeulement par leur condition, mais encore par leur emploi. Les Tabellions étoient des officiers publics, employés à recevoir les actes ; ils compoſoient un corps ſous un chef appellé *Primicerius*, lequel éliſoit les nouveaux Tabellions, de l'avis des autres : ceux qui étoient reçus dans ce corps devoient être des gens d'une exacte probité, très-expérimentés dans l'art d'écrire & de parler; & de plus, ils devoient être juriſconſultes; c'eſt ainſi que parle *M. Cujas ſur la loi Univerſos* 15, *cod. de decurionibus, lib.* 10, *ſur des garans inconteſtables.*

Pour ce qui eſt de leur condition, ils ont été toujours

BIU Cujas

libres, ou ingenus ; cela paroît de la *loi* 3, *codice Theodosiano*, *de decurionibus*, *lib.* 12, *tit.* 1, *&* de la loi 21, *cod. ad legem corneliam*, *de falsis*, portées par l'Empereur Constantin l'an 316, selon la supputation de Contius, ou l'an 317, suivant celle d'Haloander ; car ces loix prouvent que les Tabellions pouvoient être faits Décurions ; c'est-à-dire, Sénateurs dans les villes des provinces ; pour parvenir à laquelle charge, il falloit être de condition libre d'origine, & les esclaves, ni même les affranchis, n'y pouvoient pas aspirer, *leg.* 1, *&* leg. 2, *cod. si servus*, *aut libertus ad Decurionatum aspiravit.*

Au lieu que les Tabulaires étoient employés à dresser les rôles ou comptes de ce qui étoit dû des deniers publics ; ils étoient prépposés à la garde des archives appellées *tabularia civitatum*, où l'on conservoit les titres publics & ceux des particuliers ; on les employoit à écrire & à signer pour les illitérés, & à stipuler pour ceux qui ne le pouvoient pas eux-mêmes ; & quant à leur condition, ils étoient esclaves ; en sorte que leur emploi étoit une preuve d'esclavage. Tout cela est établi par des autorités indisputables par le docte *M. Cujas*, *sur la loi* 15, *cod. de decurionibus*, *sur le titre*, *& sur la loi* 3 *de Tabulariis.* Voilà pour ce qui concerne l'erreur des Interprêtes, pour avoir confondu les Tabellions avec les Tabulaires.

Ils ne se sont pas moins écartés de la vérité, quand ils ont appliqué aux Tabellions & aux Tabulaires, les loix qui donnent le pouvoir aux esclaves publics de stipuler pour autrui ; puisque dans le tems que ces loix ont été rédigées par l'autorité de l'Empereur Justinien, les Tabulaires n'étoient plus esclaves, & il y avoit plus de 125 ans que les Empereurs *Arcadius & Honorius* avoient exclus les esclaves de l'emploi de Tabulaires, par la *loi* 3, *cod. de Tabulariis*, qui fut faite l'an 401 ou 403, suivant les différentes supputations de Contius & d'Haloander. Comment donc les Interprêtes, qui ont dû entendre les loix par rapport à l'état où étoient les choses, lorsque les digestes & le code ont été compilés, ont-ils pu prétendre que les loix qui parlent des esclaves publics, & leur accordent le pouvoir de stipuler pour autrui, pouvoient s'appliquer aux Tabulaires qui étoient alors, & 125 ans auparavant, des personnes libres ?

Touchant la troisieme erreur, il faut observer que les loix avoient décidé que les esclaves pouvoient valablement stipuler pour leurs Maîtres, & par la même raison, elles permettoient aux esclaves des villes & du public,

BIU Cujas

de ſtipuler pour chaque particulier habitant de ces villes; comme ayant en quelque façon part à la propriété de l'eſclave du Public; or cette qualité & cette raiſon ayant ceſſé depuis l'abolition de l'eſclavage, il eſt clair que les loix qui attribuent aux eſclaves du public la faculté de ſtipuler pour autrui, ne ſont plus d'aucun uſage, & par conſéquent il n'y a pas lieu de les appliquer aux Tabulaires, & encore moins aux Tabellions ou Notaires, qui dans tous les tems ont été des perſonnes libres.

A quoi l'on peut ajouter, que les Notaires en France n'ont rien de commun avec les Tabellions des romains, parce qu'ils ont été créés en titre d'office par des Édits de nos Rois, qui ne leur attribuent pas la faculté de ſtipuler pour autrui; ils ne peuvent donc pas l'avoir, parce qu'en matiere d'offices, on n'a d'autre pouvoir que celui que le Prince accorde en les créant, ſuivant la maxime, *tantùm permiſſum, quantùm commiſſum.*

Pluſieurs ſavans Auteurs ont condamné ces erreurs, & ont enſeigné avec raiſon que les Notaires n'avoient jamais été eſclaves, & qu'ils n'avoient pas le pouvoir de ſtipuler pour autrui: de ce nombre ſont *M. Cujas; Coquille ſur la coutume de Nivernois, chap. 27, des donations, article 8; Henri-Zoeſius dans ſon Commentaire ſur les digeſtes, tit. de donationibus, n°. 67, & de verb. oblig. n°. 71; Perezius, ſur le cod. de donationibus, n°. 24; Gui-Pancirolus, de Magiſtratibus; Muncipal. cap. 21; Jacques Godefroi, dans ſon Commentaire ſur la loi 1, cod. Theodoſiano, de Tabulariis, ſur la loi 3, cod. de Decurionibus, leg. 12, tit. 1, & ſur la loi 1, cod. Theodoſiano, ad legem Corneliam de falſ.* & pluſieurs autres.

Au ſujet de l'interprétation de cet article & de l'article XI *infrà*, il peut ſe préſenter une difficulté qui mérite d'être éclaircie. Je ſuppoſe que *Titius* vend un fonds à *Mœvius* au prix de 1000 liv. que l'acheteur gardera en payant l'intérêt au vendeur pendant ſa vie, & après ſa mort il ſera tenu de le payer à un tiers abſent & non acceptant; le défaut d'acceptation devra-t-il annuller la donation? On peut dire, pour ſoutenir la validité de la donation, qu'elle eſt une ſeconde diſpoſition ſubordonnée à la vente, laquelle étant valable par la convention faite entre le vendeur & l'acheteur, elle doit faire valoir la donation, qui en eſt une ſuite, tout de même que la ſubſtitution, où la charge de rendre eſt ſoutenue ſans acceptation, lorſque la premiere donation eſt revêtue des formalités néceſſaires pour la faire valoir, ſuivant *l'article XI infrà.*

BIU Cujas

Au contraire, on peut dire que la donation eſt nulle, 1°. parce que cet *article V*, veut que toutes les donations entre-vifs ſoient acceptées, à peine de nullité. 2°. Que *l'article XI* n'excepte que les ſecondes donations ſubordonnées à une premiere, faite dans un même acte, ou les ſubſtitutions aux biens donnés; ce qui ne peut pas convenir à une donation ſubordonnée à une vente, à cauſe de la différente nature des contrats de vente & de donation: voilà pourquoi encore que la premiere donation ſoutienne la ſeconde, ou la ſubſtitution aux biens donnés, on ne peut pas dire la même choſe d'une donation ſubordonnée à une vente, parce que la donation eſt principale, & par conſéquent elle doit être acceptée, afin qu'elle puiſſe valoir, d'autant que la donation ne doit pas dépendre de la ſeule volonté du donateur, comme je l'ai dit ci-deſſus.

Cette derniere opinion me paroît plus conforme à l'eſprit de l'ordonnance, & à la regle qu'elle établit pour aſſujettir les donations entre-vifs, à la néceſſité de l'acceptation; de laquelle regle on ne doit tirer que les cas qui ſont nommément exceptés, comme je l'ai déja remarqué.

Je crois qu'il en faudroit dire de même, ſi par un contrat de conſtitution de rente pour prêt, ou autrement, le créancier chargeoit ſon débiteur de payer la rente après ſa mort, ou dans un certain délai, à une tierce perſonne non-acceptante, parce que les mêmes raiſons peuvent s'appliquer à ces cas.

Il me ſemble même que quand la charge de payer le capital ou la rente dans les deux cas dont je viens de parler, auroit été faite en faveur de la cauſe pie, le défaut d'acceptation la rendroit nulle, parce qu'elle devroit être conſidérée comme une donation principale, & que ſelon notre article, le défaut d'acceptation annulle les donations faites en faveur de la cauſe pie, qui à cet égard n'a aucun privilege.

Mais ſi la charge de rendre ou de payer étoit faite dans un acte revêtu de la forme des codicilles, il me ſemble qu'on devroit la faire valoir comme un Fidéicommis laiſſé par une diſpoſition à cauſe de mort, à moins qu'il ne fût dit expreſſément qu'elle étoit faite entre-vifs; auquel cas ne pouvant pas valoir comme donation entre-vifs, à cauſe du défaut d'acceptation, elle ne le pourroit pas non plus comme diſpoſition à cauſe de mort, ſelon *l'article IV ſuprà.*

¶ *Deſdites ſtipulations.*] Le Juriſconſulte Pomponius,

BIU Cujas

dans la loi 5, §. 1, *ff. de verbor. obligat.* définit la ſtipulation de cette maniere: *Stipulatio eſt verborum conceptio, quibus ei qui interrogatur, daturum facturumve ſe, quod interrogatus eſt reſpondent.* L'interrogat & la réponſe étoient tellement de l'eſſence de la ſtipulation, ſelon le droit Romain, qu'on ne pouvoit point s'obliger de cette maniere, à moins que cette formule ne fût intervenue, juſques-là-même que la ſtipulation entre abſens par écrit, ou celle qui étoit faite par Procureur, n'étoient pas obligatoires. *Leg. 1, ff. de verbor. obligat. &* §. 12, *Inſtitut. de inutil. ſtipul.* il y avoit de quatre ſortes de ſtipulations, 1°. La judicielle, 2°. La prétorienne, 3°. La mixte, 4°. La conventionnelle. *Leg. 5, ff. de verbor. obligat. & inſt. de diverſ. ſtip. in princip.* Ces quatre eſpeces de ſtipulations ſont expliquées par l'Empereur Juſtinien aux §§. 1, 2, 3 & 4, *inſtit. de diverſ. ſtipul.* L'uſage des ſtipulations avoit été introduit par les Romains, ſoit pour rendre efficaces & obligatoires les pactes qui ne produiſoient pas d'eux-mêmes d'obligations, ſoit pour confirmer & rendre plus fermes toutes les conventions : de-là vient que le §. 3, *de diviſ. ſtipul.* dit qu'il y a autant de ſortes de ſtipulations, qu'il y a des cauſes de contracter, *totidem genera ſunt, quot rerum contrahendarum*, en parlant des ſtipulations conventionnelles ; voilà pourquoi la loi 5, *ff. de verbor. obligat.* dit que les ſtipulations conventionnelles *pendent ex negotio contracto*, & *Dumoulin, ſur le titre de verbor. obligat. n°. 56*, donne pour regle, que *ſtipulatio regulatur ſecundum naturam obligationis vel negotii ſuper quo interponitur.*

Pluſieurs auteurs François, & entr'autres *M. Maynard, liv. 3, chap. 3*, & *Automne*, ſur la loi 1, *ff. de verbor. obligat.* ont cru que les ſtipulations étoient hors d'uſage ; mais la forme des contrats dreſſés par les Notaires, où l'on ne manque jamais de faire mention des ſtipulations, & que les parties ſont préſentes & ſtipulantes, prouvent le contraire : il eſt vrai que la formalité de l'interrogat & de la réponſe, & les paroles ſolemnelles ſont abrogées, & l'on prend pour une ſtipulation valable & obligatoire, toute convention ſérieuſe & libre, faite ſur des choſes licites, & l'obligation eſt auſſi ferme, que ſi la ſolemnité de la ſtipulation avoit été employée ; parce que, ſelon notre uſage, elle y eſt ſous-entendue ; & c'eſt ainſi qu'on l'obſerve dans tous les tribunaux du Royaume, ſelon la remarque de *Dumoulin*, au lieu préallegué, n°. 42. De-là vient qu'on peut valablement s'o-

BIU Cujas

bliger entre abſens & même par Procureur, nonobſtant la ſubtilité du droit Romain, qui n'eſt point obſervé à cet égard.

Quoique les formalités & les ſolemnités de la ſtipulation ne ſoient pas reçues en France, on y obſerve néanmoins ce qui s'y trouve décidé par les loix, pour ce qui concerne le ſens, l'effet & la validité des conventions qui ſont la matiere des ſtipulations, & il n'y a que la pure formalité qui ſoit abrogée.

Une des principales regles en cette matiere, eſt qu'on ne peut pas ſtipuler pour autrui, *ſi quis alii quàm ei cujus juri ſubjectus ſit, ſtipuletur, nihil agit*, dit le §. 4, *Inſtit. de inutilit. ſtipulat.* la loi 38, §. 17, *ff. de verbor. obligat.* en dit autant. Il y a des Auteurs qui ont penſé que par le droit François, on pouvoit ſtipuler pour autrui; Mornac, ſur la loi 6, *cod. ſi quis alteri vel ſibi; Charondas, liv.* 10, *rep.* 46, *& Bouvot, tom.* 2, *verb. procuration, queſt.* 19, l'ont ainſi ſoutenu; d'autres, & particuliérement *Ranchin & Bornier, tit. ſtipulatio, Art.* 1 *&* 7, avoient cru encore que les Notaires pouvoient valablement ſtipuler pour les abſens; mais on peut dire que ce ſont d'autres erreurs condamnées par l'ordonnance de 1539, art. CXXXIII & par notre article, qui rejettent la ſtipulation d'autrui ſans un mandat ſpécial ou général, & qui y comprennent même les Notaires, quoique perſonnes publiques: on excepte néanmoins de cette regle, la ſtipulation faite par l'intéreſſé par autrui, *leg. 38*, §. *17, ff. de verbor. obligat.* On excepte encore pluſieurs autres cas qui ſont rapportés par la Gloſe, ſur le §. *Si quis alii* 4, *inſtit. de inutilib. ſtipulat.* ſi les aſcendans peuvent ſtipuler valablement pour leurs deſcendans, dont ils ne ſont pas Adminiſtrateurs, & *vice-verſa. V. M. Cujas ſur la loi debitor* 59, §. *Ea quæ, ff. ad Senat. Conſult. Trebell. lib.* 4, *queſt. Pauli, & ſur la loi Gayus* 45, *ff. ſoluto matrimonio, lib.* 6, *queſt. Pauli.* ¶

BIU Cujas

ARTICLE VI.

L'acceptation doit être expresse, sans pouvoir être suppléée par la présence du Donataire, ni par aucun autre équipollent.

L'ACCEPTATION de la Donation *sera expresse, sans que les Juges puissent avoir aucun égard aux circonstances dont on prétendroit induire une acceptation tacite ou présumée ;* & ce, quand même le Donataire auroit été présent à l'Acte de Donation, & qu'il l'auroit signé, ou quand il seroit entré en possession des choses données.

OBSERVATIONS.

Sera expresse.] Suivant le droit Romain, il n'y avoit point de doute que la donation ne pût être acceptée par des équipollens ; *la loi* 10, *ff. de donat.* permettoit de donner à une personne absente, & si elle avoit en son pouvoir la chose donnée, il suffisoit qu'elle connût la donation, ou qu'elle l'approuvât, afin que la propriété lui en fût acquise.

La loi *Nec ambigi* 6, *cod. de donat.* décide que la donation faite en faveur d'un absent, est bonne, dès que le donataire a pris possession de la chose donnée (ce qui est abrogé en termes exprès par notre article) il est facile de conclure de ces loix qu'une acceptation tacite étoit suffisante.

Mais c'étoit une question fort controversée par les Auteurs, si aux termes de l'ordonnance *de 1539, & de l'édit de 1549*, l'acceptation par des équipollens étoit suffisante ; *Peleus, quest. 94 ; Montolon, dans son recueil d'arrêts, chap. 129 ; M. Maynard, liv. 7, ch. 84 ; Ferrieres, sur la quest. 222 de Guipape ; M. de Cambolas, liv. 5, ch. 7 ; Bouvot*, & plusieurs autres, soutenoient l'affirmative ; au contraire, *Brodeau, sur M. Louet, lettre D, somm. 4,*

BIU Cujas

n°. 5; & *Ricard*, *tom.* 1, *des donations*, *Part.* 1, n°. 838, tiennent que la donation doit être acceptée expreſſément, & en termes formels par le donataire, & que l'acceptation ne peut pas être ſuppléée par équipollent; juſques-là, que ſelon *Ricard aux Nombres* 839 & 841, quoiqu'il ſoit dit que le donataire eſt préſent, ſi on n'ajoute pas le mot, *acceptant*, la donation eſt nulle; ce dernier Auteur, *aux nombres* 875 & 877, excepte ſeulement deux cas; le premier, lorſque la donation eſt faite en contrat de mariage, qui a été accompli; & le ſecond, lorſqu'elle eſt mutuelle & réciproque, parce qu'elle renferme une acceptation ſuffiſante de la part de chacune des parties.

Notre article a donc décidé cette queſtion, ſelon le ſentiment de *Brodeau*, & a même pris ſoin de marquer en détail preſque tous les équipollens, d'où l'on peut induire une acceptation tacite, pour les retrancher & les exclure; en quoi il s'eſt conformé à l'eſprit des *ordonnances de* 1539 *& de* 1549, qui exigeoient une acceptation expreſſe.

En effet, *l'article CXXXII de l'ordonnance de* 1539, après avoir dit que les donations ſeroient inſinuées, & qu'elles ne vaudroient que du jour de l'inſinuation, ajoute: *Et ce quant aux donations faites en préſence des donataires, & par eux acceptées. L'article CXXXIII* veut que quand les donations ont été faites à un abſent, elles commencent d'avoir effet du jour qu'elles auront été acceptées par les donataires, en préſence des donateurs, par-devant Notaires; autrement, qu'elles ſoient réputées nulles, encore qu'il y eût clauſe de rétention d'uſufruit ou conſtitution de précaire, qui ne produiront aucun effet, ſinon depuis l'acceptation ou l'inſinuation; & *l'article IV de l'édit de* 1549, porte, que les donations faites à des perſonnes abſentes, ſeront acceptées du vivant du donateur; que l'acceptation ſera faite en préſence de perſonnes publiques & témoins, ou de deux Notaires, & que l'acte de donation ſera inſéré dans l'acte d'acceptation. Du reſte, le premier cas excepté par *Ricard*, au lieu ci-deſſus cité, ſe trouve confirmé par l'article X de notre ordonnance, qui veut que les donations faites en contrat de mariage, en faveur des conjoints ou de leurs enfans à naître, ſoient diſpenſées de la forme & de la néceſſité; de l'acceptation. A l'égard de l'autre exception, au ſujet de la donation réciproque, elle ne peut pas avoir lieu, parce qu'aux termes de notre article & du précédent, toute ſorte de donations entre-vifs doivent être expreſſément acceptées; ce qui com-

BIU Cujas

prend même les donations réciproques, à moins qu'elles ne fussent du nombre de celles qui sont exceptées par *l'article XLVI infrà.*

Sans que les Juges puissent avoir égard aux circonstances, dont on prétendroit induire une acceptation tacite ou présumée.] Par ces paroles de notre art. toute sorte d'équipollens en matiere d'acceptation de donations entre-vifs, sont absolument retranchés; il faut nécessairement que l'acte de donation porte que le donataire accepte, autrement le donateur ne sera point lié, comme porte *l'article V*, & les circonstances qui sont rapportées plus bas, savoir, la présence & le seing du donataire, ou la prise de possession des biens donnés, ne sont pas ajoutées pour limiter la regle générale; mais pour lever les difficultés; ce qui résulte des termes, *& ce quand même le donataire, &c.* qui ne sont apposés que pour étendre la regle à ces cas particuliers, qui, à cause de leur énergie, pouvoient servir de matiere à des contestations. Voilà pourquoi quand le donataire auroit fait insinuer la donation, il ne seroit pas censé avoir suffisamment accepté.

Dans la disposition de notre article, ne doivent pas être compris les dons mutuels, ni les autres donations exprimées dans *l'article XLVI*, non plus que les donations dont il est parlé aux *articles XI & XII*, ni celles qui sont faites en contrat de mariage en faveur des conjoints ou de leurs enfans à naître, qui sont exceptées par *l'article X*; & par identité de raison, & à cause de la faveur particuliere des titres sacerdotaux, il faut pareillement les excepter de la regle; car la donation faite pour une telle cause à une personne absente, doit être regardée comme suffisamment acceptée, lorsque le donataire a été promu aux Ordres sacrés sur une telle donation; parce que, tout comme le mariage qui est accompli, renferme une acceptation suffisante des donations faites au profit des mariés, aussi la promotion aux Ordres sur une donation pour titre Sacerdotal, faite en faveur d'un absent, renferme une acceptation suffisante; ce qui doit avoir lieu, que le titre soit publié ou non, quoiqu'il soit vrai que la publication faite à la diligence du donataire, & une Promotion aux Ordres, renferment une acceptation plus expresse; mais il suffit de la seule promotion, à cause de la nature & du privilege du titre Sacerdotal, pour la conservation duquel les puissances Eccléfiastiques & Séculieres se sont réunies, afin que le Prêtre qui en a été une fois pourvu, ne puisse pas le perdre par aliénation,

BIU Cujas

hypotheque, ni preſcription, *ne cogatur mendicare, in opprobrium Cleri.*

¶ On ne doit pas non plus comprendre dans la diſpoſition de notre article, au ſujet de l'acceptation expreſſe, les démiſſions des biens pratiquées dans les pays coutumiers, parce qu'elles ne ſont pas des véritables donations, & elles différent en ce qu'encore que l'acceptation ſoit néceſſaire aux démiſſions, attendu qu'elles ſe font en faveur des héritiers preſomptifs, & non par ſimple abandon, *privativè tantum & abnutivè*, elles conſtituent une autre eſpece de gratification: cependant il n'eſt pas néceſſaire que les démiſſions des biens ſoient acceptées préciſément & formellement; une acceptation tacite ſuffit, en exploitant les biens, ou en les partageant avec les autres héritiers préſomptifs, en qualité de démiſſionnaire, comme remarque *Me. Boullenois dans ſes queſtions ſur les démiſſions des biens, queſt. préliminaire, pag. 26.* ¶

ARTICLE VII.

Par quelles perſonnes peuvent être acceptées les Donations faites aux Mineurs de 25 ans, & aux interdits.

SI le Donataire eſt *Mineur de 25 ans, ou interdit par autorité de Juſtice, l'acceptation pourra être faite pour lui*, ſoit par ſon *Tuteur ou ſon Curateur*, ſoit par *ſes peres ou mere, ou autres aſcendans*, même du vivant du pere & de la mere, *ſans qu'il ſoit beſoin d'aucun avis des parens pour rendre ladite acceptation valable.*

OBSERVATIONS.

Mineur de 25 ans.] Ces termes doivent être entendus dans le ſens de *la loi 26, cod. de donat.* qui appelle *Mineur* un enfant qui n'eſt pas même en état de parler à cauſe de ſon bas-âge, & ne ſe bornent pas ſeulement aux perſonnes qui ont atteint l'âge de puberté, & qui ſont encore en minorité, qu'on appelle proprement *Mineurs*, dans le pays du droit écrit; mais ils comprennent encore les Pupilles ou Impuberes, parce que dans les pays coutumiers, on appelle mineurs ceux qui n'ont atteint l'âge

BIU Cujas

de la vingt-sixieme année, sans distinguer s'ils sont pupilles ou puberes, à cause que la tutelle dure communément jusqu'au premier jour de la vingt-sixieme année, qu'on acquiert la majorité. ¶ Cela est clairement prouvé par les paroles, *son tuteur ou son curateur*, qui sont dans notre article; car le mot *tuteur* ne peut convenir proprement qu'au pupille dans les pays du droit écrit, où la tutelle finit à la puberté. Cependant il est appliqué ici au mineur : il doit donc embrasser la pupillarité, tout comme la minorité proprement dite. ¶ Ainsi les donations faites aux enfans nouvellement nés, ont besoin d'acceptation, comme le droit Romain l'avoit ordonné par la *loi 26, cod. de donat.*

Ou interdit par autorité de justice.] Ceci s'applique non-seulement aux prodigues, mais encore aux furieux, fols, imbécilles & autres personnes auxquelles l'administration de leurs biens a été interdite, & à qui on a donné des curateurs d'autorité de justice, avec connoissance de cause, pour leur incapacité, procédant du défaut de sens & de jugement, desquelles il est parlé au titre du code *de curatore furiosi vel prodigi*, & au titre des digestes *de curatoribus furioso, vel aliis extra minores dandis*, & auxquelles on donne un curateur pour régir les biens & gouverner leur personne, *l. 7, de curat. furios. vel aliis.*

Il y a néanmoins cette différence entre les pays du droit écrit & ceux de coutume, que dans ceux-ci on ne donne des curateurs aux prodigues, furieux ou insensés, que quand ils sont majeurs, parce que la tutelle dure jusqu'à la vingt-cinquieme année accomplie; au lieu que dans les pays du droit écrit, la tutelle finissant à la puberté, c'est-à dire, après la douzieme année accomplie pour les filles, & après la quatorzieme année accomplie pour les mâles, *leg. 4, cod. quando tutor vel curat. esse desierit, & instit. quibus modis tutela finitur in princ.* On donne des curateurs aux prodigues, furieux & autres, quand ils sont en puberté, *leg. 1, cod. de curat. furios.* mais on n'en donne point malgré eux aux puberes sains d'esprit, excepté quand il s'agit de plaider, §. 2, *inst. de curat.*

L'acceptation pourra être faite pour lui.] Il y a plusieurs remarques à faire sur ces paroles. La premiere, que par le mot, *pourra*, le tuteur & le curateur reçoivent un pouvoir suffisant pour accepter les donations faites à leurs pupilles, mineurs, ou autres personnes qui sont en leur puissance, sans qu'il soit nécessaire que les pupilles ou mineurs soient présens; la raison est parce que les tuteurs

BIU Cujas

ou curateurs ont un pouvoir légal pour faire tout ce qui eſt à l'avantage des perſonnes qu'ils ont ſous leur puiſſance.

La ſeconde, que les furieux ou autres interdits, étant incapables de contracter, & de donner un conſentement ſuffiſant, *leg.* 2, *cod. de contr. empt. furioſus nullum negotium contrahere poteſt*, *leg.* 4, *ff. de reg. juris*, ils ne peuvent pas accepter la donation qui ſeroit faite en leur faveur; mais il faut que le curateur accepte, non-ſeulement aux termes de cette ordonnance, mais encore ſelon le droit Romain.

La troiſieme, que le mot, *pourra*, n'emporte point une néceſſité préciſe, mais ſeulement une permiſſion, un pouvoir, & une faculté, ſuivant *Dumoulin ſur la coutume de Paris*, §. 1, *gloſ.* 3, *n°.* 2. Voilà pourquoi, pour ſavoir ſi le mineur peut accepter ſans curateur la donation à lui faite, il ſemble qu'il faille uſer de diſtinction; car en pays coutumier le mineur eſt incapable de contracter ſans l'aſſiſtance de ſon curateur, & ne peut pas accepter, ſuivant *Ricard*, partie 1, n°. 844, & ſuivans. Pour ce qui eſt des pays du droit écrit, il ſemble qu'on doive décider le contraire, parce qu'ils n'ont de curateur qu'autant qu'ils le veulent, comme je viens de le remarquer, & qu'ils peuvent valablement contracter en leur faiſant leur avantage, & en rendant leur condition meilleure, *leg.* 101, *ff. de verb. obligat. leg. non omnia* 44, *de minoribus*, & pluſieurs autres rapportées par *Brodeau ſur M. Louet, lettre M, ſomm.* 11, *n.* 2, & les obligations par eux contractées ſubſiſtent juſqu'à ce qu'elles ſoient caſſées par le bénéfice de reſtitution, qui n'eſt accordé que quand ils ſe trouvent leſés; car c'eſt une regle que le mineur n'eſt pas reſtitué, *tanquàm minor, ſed tanquàm læſus*; d'ailleurs il n'y a aucune ordonnance ni loi qui déclare les mineurs, en pays de droit écrit, incapables d'accepter les donations faites en leur faveur, lorſqu'ils n'ont point de curateur; & notre article ſemble le ſuppoſer de même, puiſqu'il n'ordonne pas qu'il ſera pourvu de curateur aux mineurs, à l'effet d'accepter les donations, & que s'ils ſont capables des contrats onéreux, il faut qu'ils puiſſent, à plus forte raiſon, accepter des donations.

Il ſemble encore qu'il faille dire la même choſe des mineurs qui ont un curateur en pays de droit écrit, parce que cela ne les rend pas incapables de contracter, ſuivant *Dumoulin*, *Brodeau*, au lieu préallégué, & *M. Cujas*, *ſur la loi* 101, *ff. de verb. oblig.* qui prétend que la *loi* 3, *cod. de in integ. reſtit. minor.* n'eſt pas contraire, parce qu'elle ne parle que de l'aliénation des immeubles, que le mineur ne peut pas faire valablement lorſqu'il a un curateur.

BIU Cujas

Cependant il n'y a pas lieu de douter que l'intention du Légiſlateur ne ſoit que les mineurs indiſtinctement ne peuvent point accepter les donations ſans l'aſſiſtance de leur curateur; cela paroît de ce que le mineur & l'interdit par autorité de juſtice ſont mis au niveau, & l'un n'a pas plus de pouvoir que l'autre à cet égard; cela a été ainſi ordonné à l'égard des mineurs, pour les empêcher de ſe précipiter dans des engagemens qui pourroient être ruineux, ſous l'apparence d'une libéralité; & quoique la reſtitution ſoit pour eux un remede, néanmoins il eſt plus prudent d'éviter un mal, que de recourir au remede quand le mal eſt fait: *Melius eſt intacta jura ſervare, quàm poſt vulneratam cauſam remedium quærere*, ſelon les expreſſions de la *loi derniere*, *cod. in quib. cauſis in integr. reſtitutio neceſſaria non eſt.* Qu'enfin l'uſage d'une très-grande partie du Royaume étant d'exiger l'autorité du tuteur ou du curateur pour la validité de l'acceptation, c'eſt un des points dans leſquels l'avantage de l'uniformité, & l'intérêt public doivent l'emporter ſur toute autre conſidération.

Pour ce qui eſt du pupille qui eſt dans l'enfance, qui n'a point l'uſage de la raiſon, il n'y a point de doute qu'il ne ſoit incapable d'accepter lui-même la donation qui lui eſt faite, non-ſeulement ſelon les regles que je viens de remarquer à l'égard des mineurs, mais encore ſelon le droit Romain, *l.* 26, *cod. de Donationib.* parce que *non multùm à furioſo diſtat.* §. 10, *inſtit. de inutil. ſtipul.* mais il faut que ſon tuteur intervienne, à cauſe qu'il n'a pas le jugement néceſſaire pour donner le conſentement requis, afin de rendre l'acte parfait, aux termes de la *loi* 55, *ff. de oblig. & actionib.*

On doit dire la même choſe du pupille qui eſt proche de ſa puberté, & qui a quelque jugement, lequel ne peut pas valablement accepter la donation ſans l'intervention du tuteur, ſelon la remarque de *Ricard*, *des donations*, *tom.* 1, *part.* 1, *n°.* 845, *& ſuivans.*

A la vérité l'opinion contraire paroît mieux fondée, ſelon les principes du droit Romain; la raiſon eſt, parce que le pupille peut faire, ſans l'autorité de ſon tuteur, lorſqu'il rend ſa condition meilleure, *Pupillus omne negotium rectè gerit*, §. 9, *inſtit. de inutilib. ſtipulat.* il peut ſtipuler & accepter des obligations en ſa faveur, même à titre de don, §. 2, *inſtit. quib. alienare licet vel non*; *Brodeau*, *ſur M. Loüet*, *lettre M*, *ſommaire* 11, *n°.* 2; & quoique dans les contrats ſinalagmatiques le pupille ne ſoit pas

BIU Cujas

pas efficament obligé, les autres contractans ne laissent pas d'être liés envers lui, *l. 9, ff. de autorit. & consensu tutorum & instit. eodem in principio.* D'où il s'ensuit que le pupille peut valablement accepter la donation qui lui est faite, quoique son acceptation ne puisse pas le lier envers le donateur; d'autant mieux que quand la donation est faite sous certaines charges, le donataire doit les accomplir, sans examiner s'il est lié ou non par son acceptation, parce que les charges imposées sont une condition de la libéralité à laquelle il faut nécessairement satisfaire, ou abandonner les biens donnés, suivant la *loi derniere, cod. de revocand. donationib. & toto tit. ff. de cond. & demonstr.*

Cette opinion est encore confirmée par la *loi* 11, *ff. de acquirendo rerum dominio*, qui porte, *pupillus ad acquirendum non indiget tutoris auctoritate.*

Mais, quoi qu'il en soit, selon le droit Romain, il faut convenir que l'opinion de *Ricard* doit être suivie comme conforme à l'esprit de notre texte, par les raisons que j'ai touchées ci-dessus en parlant des mineurs, lesquelles militent encore avec plus de force à l'égard des pupilles; qu'ainsi la donation acceptée par un pupille sans tuteur, seroit nulle, nonobstant la décision des loix qui autorisent les pupilles à accepter les donations à eux faites.

Puisque les mineurs ne peuvent pas accepter eux-mêmes les donations qui leur sont faites, & qu'ils doivent être autorisés par un curateur, cela donne lieu de douter, si dans les pays du droit écrit, où les puberes n'ont point de curateur, ainsi que je l'ai expliqué ci-dessus, l'acceptation faite par un curateur choisi par le mineur, & non décerné par justice, seroit suffisante pour faire valoir la donation, ou s'il faut que le Juge nomme ce curateur en la forme ordinaire, ou le confirme.

Il semble d'abord que le curateur, choisi par le mineur, peut valablement accepter, quand le mineur est présent & acceptant, & qu'il faut dire des donations la même chose que des autres contrats, qui ne sont pas nuls, quoique le curateur qui assiste le mineur n'ait pas une autorité judiciaire, & qu'il n'ait d'autre pouvoir que celui que le mineur lui donne en le choisissant.

Mais il faut décider le contraire, 1°. Parce que le mineur, qui est déclaré incapable d'accepter lui-même, ne peut pas donner à un autre le pouvoir d'accepter; il faut donc que le curateur reçoive son pouvoir du Juge, qui est le ministre de la loi. 2°. Parce qu'il paroît que l'in-

BIU Cujas

tention du Roi a été de rendre commun aux pays du droit écrit, l'usage du pays coutumier, qui exige l'autorité d'un curateur décerné par justice, afin de rendre la Jurisprudence uniforme. Il faut donc que le curateur, pour être capable d'accepter pour le mineur, soit nommé ou confirmé par le Juge, puisque cela est requis dans les pays coutumiers, dont on a voulu étendre l'usage aux pays gouvernés par la loi Romaine, pour ce qui concerne l'acceptation des donations faites aux mineurs.

Cependant le mineur doit nommer lui-même son curateur, *l.* 1, *& l.* 6, *cod. qui petant tutor.* laquelle nomination doit être confirmée par le Juge qui fait prêter le serment au curateur, & il n'est pas nécessaire que la nomination en soit faite par les parens assemblés, qui ne peuvent pas même être forcés de donner leur voix à un adulte pour la nomination du curateur, comme il a été jugé par des arrêts du Parlement de Grenoble, rapportés par *Basset, tom.* 2, *liv.* 4, *tit.* 14, *ch.* 7: on trouve encore dans *Lapeirere, verb. curateur*, des arrêts du Parlement de Bordeaux, qui ont jugé que le mineur doit lui même nommer son curateur, sans que les parens puissent en faire la nomination.

Mais si le pere ou la mere du mineur lui avoient donné un curateur par leur testament, ce curateur pourroit-il accepter la donation, sans avoir été confirmé par le Juge? Selon la *loi* 7, *cod. de testam. tutel.* le curateur ne peut pas être donné par testament, *curatorem enim inutiliter testamento dari non ambigitur*, dit la loi: il est vrai que la confirmation du Juge rend la nomination testamentaire valable, §. 1, *instit. de curator. l.* 1, §. 3, *& l.* 2, §. 1, *ff. de confirmando tutore vel curatore;* & par conséquent le curateur testamentaire, non confirmé par le Juge, n'a pas un pouvoir suffisant pour accepter la donation faite au mineur; ce qui devroit avoir lieu, quand même le pere, soldat, auroit donné par testament un curateur à son fils, *l.* 40, *ff. de administr. tutor.*

¶ Enfin les mots, *pour lui*, qui se trouvent dans notre article, font comprendre que l'acceptation faite par le tuteur ou curateur, ou autres ascendans du donataire, rendra l'acceptation valable, quoique le mineur ou l'interdit par justice n'interviennent pas dans l'acte pour accepter; d'ailleurs le tuteur ou le curateur peuvent faire tout ce qui est à l'avantage du pupille ou mineur, sans son intervention. ¶

Par son tuteur ou curateur.] ¶ Il faut d'abord observer

BIU Cujas

que ces mots *tuteur ou curateur* ſont relatifs ; le premier au mineur, & le ſecond à l'interdit par juſtice ; ce qui confirme la réflexion que nous avons faite ci-deſſus, que notre texte parle des pupilles, tout comme de ceux qui ſont appellés proprement mineurs dans les pays du droit écrit. ¶ Les tuteurs & curateurs ont une puiſſance légale ſur les perſonnes & biens de leurs pupilles, & autres perſonnes qui leur ſont ſoumiſes, en vertu de laquelle puiſſance ils peuvent valablement les obliger, & leur acquérir des droits & des actions par leurs contrats, *l.* 3, *& l.* 4, *cod. quando ex facto tutoris vel curatoris* ; en un mot, la loi met le tuteur & le curateur au niveau du maître, *tutor domini loco habetur, ſed & circà curatorem furioſi eadem dicenda ſunt, l.* 56, §. 4, *ff. de furtis, & l.* 27, *ff. de adminiſtr. tutor.* il eſt donc raiſonnable qu'ils aient le pouvoir d'accepter les donations pour leurs pupilles, mineurs ou interdits ; toutefois le curateur *ad lites* n'ayant aucune puiſſance ſur les perſonnes de leurs mineurs, ni aucune adminiſtration des biens, ils ne pourroient pas valablement accepter, comme le décide *Dumoulin dans ſon conſeil* 60, *n°.* 23 *&* 24.

Il faut décider par la même raiſon, que le curateur donné au ventre, ſelon la *loi* 8, *ff. de curatore furioſo & aliis extra minor. dandis*, peut accepter la donation faite à l'enfant qui eſt encore dans le ſein de ſa mere.

Par ſes pere ou mere, ou autres aſcendans.] Ceci doit s'entendre que l'acceptation faite par les perſonnes déſignées dans le texte, ſera bonne, quoique les donataires ne ſoient pas eux-mêmes préſens & acceptans. L'auteur du *Journal du Palais, tom.* 1, *p.* 805, rapporte des arrêts conformes, & qui ont ſans doute ſervi de fondement à cette diſpoſition de l'ordonnance. Il faut encore remarquer, que quand notre article accorde à tous les aſcendans le pouvoir d'accepter les donations pour leurs deſcendans, même du vivant du pere ou de la mere, il n'a pas conſidéré la puiſſance paternelle, ni la qualité de tuteurs ou adminiſtrateurs, mais ſeulement le lien du ſang & de l'affection, qui tient lieu de mandat ; voilà pourquoi les aſcendans de l'un & de l'autre ſexe, à quelque degré qu'ils ſoient, ont ce pouvoir par notre article. ¶ Et quoique les femmes mariées ne puiſſent pas accepter les donations qui leur ſont faites, ſans être autoriſées, dans les cas exprimés par l'article IX *infrà*, elles ne laiſſent pas de pouvoir accepter les donations qui ſont faites à leurs enfans mineurs ou interdits, ſans qu'elles aient

BIU Cujas

besoin d'être autorisées. J'ai expliqué les raisons de différence sur l'article IX. ¶

L'ordonnance ne parlant que des donations faites aux mineurs ou interdits par justice, cela donne lieu de douter si les ascendans ont le pouvoir d'accepter les donations pour leurs descendans majeurs & non interdits. Il semble que notre article n'accordant ce pouvoir que par rapport aux descendans mineurs & interdits, il faut le refuser quand il s'agit des descendans d'une autre qualité, non-seulement à cause de la regle générale établie par l'article V, que toutes les donations doivent être acceptées par le donataire ou par son procureur-général ou spécial, & que notre article ayant borné l'exception aux seuls mineurs ou interdits, c'est le cas de la maxime *inclusio unius est exclusio alterius*, mais encore parce que sur les anciennes ordonnances cela a été jugé de même par un arrêt du Parlement de Paris du 16 Mai 1680, rapporté par l'auteur des Additions sur *Ricard, tom.* 1, *n°.* 856, qui a déclaré nulle une donation acceptée par la mere pour son fils majeur, officier dans les troupes.

Au contraire, on peut dire que l'équité exige qu'on fasse valoir les donations acceptées par un ascendant pour un descendant majeur & non interdit, parce que le même motif tiré du lien du sang & de l'affection, qui a déterminé la décision contenue dans notre article, milite dans ce cas comme dans l'autre, & que d'ailleurs la *loi Gaius* 45, *ff. sol. matrim.* décide que les ascendans peuvent stipuler valablement pour leurs descendans, *propter affectionem personarum*; ce qui est confirmé par la *loi* 26, *ff. depositi*, & la *loi* 7, *cod. de pactis conventis*, & comme dit *M. Cujas sur la loi debitor* 59, §. *Ea quæ*, *ff. ad S. C. Treb. lib.* 4, *quæst. Pauli: Hoc datur jure speciali summo affectui, atque enixæ benevolentiæ parentum erga liberos.* Il y a même des arrêts rapportés par *M. Maynard, liv.* 7, *ch.* 92, & par *Chenu, centur.* 1, *quest.* 70, qui l'ont jugé ainsi.

Mais nonobstant ces raisons, il faut se ranger à la premiere opinion, parce que la regle établie par l'*article V* est claire, & que l'*article VII* n'exceptant que les mineurs & les interdits, l'exception ne peut pas s'appliquer aux personnes qui ne sont pas de cette qualité.

Cependant on ne doit point refuser au pere ou autre ascendant qui a le donataire en sa puissance, le pouvoir d'accepter la donation pour son descendant majeur, & non interdit, comme le décide *M. d'Olive, liv.* 4, *chap.* 30, parce la puissance paternelle ne doit pas avoir moins d'efficace que celle du tuteur.

BIU Cujas

Et quoique *Ricard, des donations, tom.* 1, *part.* 1, *n°.* 852 & 853, ait soutenu que le pere ne pouvoit pas accepter la donation faite à son fils, même mineur, son sentiment ayant été proscrit par notre article, je ne crois pas que ce fût une contravention à l'esprit de l'article que j'explique, d'accorder au pere la faculté d'accepter la donation faite à son fils, quoique majeur & émancipé; & c'est ainsi que le Parlement de Toulouse l'avoit jugé par l'arrêt rapporté par *M. Maynard, liv.* 4, *ch.* 7; *& par M. Laroche, liv.* 6, *tit.* 40, *art.* 3, même sur l'ordonnance de 1539, qui exigeoit une procuration spéciale, & qui n'avoit pas accordé, comme celle-ci, aux ascendans la faculté d'accepter pour leurs descendans mineurs ou interdits. La raison que donne M. Maynard est prise de ce que le pere peut valablement stipuler pour son fils, & que suivant M. Laroche, il est estimé par la loi son procureur légitime. *Voyez Ricard, n°.* 859.

Quoi qu'en dise *Brodeau, lettre D, som.* 58, *n°.* 8, le pere & la mere doivent avoir également la faculté d'accepter les donations pour leurs enfans bâtards, mineurs ou interdits, soit parce que notre article, qui parle indistinctement des ascendans, n'excepte pas ceux qui sont purement naturels, soit parce que les ascendans naturels devant les alimens à leurs enfans bâtards qui n'ont pas de quoi se nourrir, ils sont intéressés à leur procurer des biens pour se décharger de l'obligation de leur fournir les alimens, & à raison de cet intérêt, ils peuvent stipuler pour eux, *l.* 38, §. 17, *ff. de verb. oblig.* soit enfin parce que la mere naturelle est tutrice légitime de son fils mineur, de même la mere légitime, *auth. ad hæc cod. quando mulier tutelæ officio fungi possit.*

Quoiqu'il semble qu'on doive autoriser l'acceptation faite par les descendans pour leurs ascendans, parce qu'aux termes de la *loi* 12, *cod. de procurator.* & de la *loi* 35, *ff. eod.* les descendans ont un mandat légal pour faire l'avantage de leurs ascendans; que la même raison prise du lien du sang est également forte à leur égard, & que cela paroît conforme à l'esprit de notre article, & à sa raison fondamentale, puisqu'il n'a égard qu'au lien du sang; toutefois il faut décider le contraire, par la raison que j'ai touchée ci-dessus, que la donation doit être acceptée par le donataire ou par son procureur fondé d'une procuration spéciale ou générale; ce qui fait que le seul lien du sang ne suffit pas pour autoriser l'acceptation faite par les descendans pour leurs ascendans.

BIU Cujas

Sans qu'il ſoit beſoin d'aucun avis des parens pour rendre ladite acceptation valable.] Ceci ſe rapporte à l'acceptation faite par le tuteur & curateur, pere ou mere, ou autres aſcendans du donataire dont il eſt parlé dans le texte, & abroge le ſentiment de *Ricard*, qui avoit cru que le pere ou les tuteurs & curateurs ne pouvoient pas accepter les donations faites aux mineurs, à moins que l'acceptation n'eût été faite par l'avis des parens.

Que ſi la donation étoit faite par le tuteur ou curateur à ſon pupille ou mineur, il faudroit que l'acceptation fût faite par un aſcendant du donataire, ou par un curateur créé à cet effet, parce que le donateur ne pouvant pas ſoutenir les qualités de donateur & de donataire, entre leſquels il doit y avoir une différence ſpécifique, ſuivant pluſieurs *loix du titre de auctoritate & conſenſu tutorum, aux digeſtes*, le tuteur ne pourroit pas valablement accepter la donation par lui faite. *Voyez Baſnage ſur l'article 448 de la coutume de Normandie; & Ricard, des donations, tom. 1, part. 1, n°. 859, 862, & ſuivans.*

ARTICLE VIII.

Qui peut accepter les Donations faites aux Lieux pieux.

L'ACCEPTATION pourra auſſi être faite *par les Adminiſtrateurs des Hôpitaux*, Hôtels-Dieu, ou autres ſemblables établiſſemens de Charité, *autoriſés par nos Lettres-Patentes, regiſtrées en nos Cours, & par les Curés & Marguilliers, lorſqu'il s'agira de Donation entre-vifs, faite pour le Service divin*, pour Fondations particulieres, ou pour la ſubſiſtance & le ſoulagement des Pauvres de leur Paroiſſe.

OBSERVATIONS.

Cet article marque quelles ſont les perſonnes qui peuvent accepter les donations faites aux hôpitaux, Hô-

BIU Cujas

tels-Dieu, & autres maisons de charité, établies en vertu des lettres-patentes duement enregistrées, ou pour le service divin, fondations particulieres, subsistance & soulagement des pauvres; mais il n'explique pas de quelle maniere les donations faites aux chapitres, abbayes, monasteres, & autres communautés séculieres ou régulieres, ecclésiastiques ou laïques doivent être acceptées. La disposition de *l'article V*, qui exige une procuration générale ou spéciale pour accepter une donation pour autrui, induit à croire qu'il faut que les donations dont je viens de parler, soient acceptées par un de ceux qui ont le pouvoir d'administrer les biens de la communauté, comme sont les consuls, échevins, ou autres Administrateurs, ou par le syndic qui a un pouvoir général des chapitres, abbayes, monasteres, & autres communautés, ou par une autre personne fondée d'un pouvoir spécial ou général, & qu'il ne suffiroit pas qu'un simple particulier, membre du corps ou communauté, fît l'acceptation sans un mandat spécial ou général; mais il n'y a pas lieu de douter que le pouvoir d'un syndic ne fût suffisant, quoiqu'il n'eût pas en main une délibération spéciale pour faire l'acceptation, parce que le syndic est comparé au tuteur, quant au pouvoir; ainsi il a ce qu'on appelle *administrationem cum libera*, suivant *Mornac sur la loi 6*, §. *Sed si ita*, *ff. quod cujuscumque universit. nomine*; *& Loseus*, *de jure universitatum*, *part. 2. c. 1*, *n°. 28*; ce qui s'entend pour faire l'avantage de la communauté; car il ne peut point aliéner ni consentir à l'aliénation, ni transiger sans une délibération spéciale; *Peresius*, *sur le tit. du code de jure reip. n°. 11.*

Par les Administrateurs des hôpitaux.] L'article parle des Administrateurs des hôpitaux, Hôtels-Dieu, & autres établissemens de charité; sur quoi il peut se présenter deux difficultés. La premiere, s'il est nécessaire que l'acceptation soit faite par les Administrateurs en conséquence d'une délibération; & la seconde, s'il faut plusieurs Administrateurs pour accepter, ou si un seul le peut valablement.

Sur la premiere difficulté, l'ordonnance n'exigeant point de délibération, elle ne doit pas être regardée comme nécessaire, à cause de la faveur des hôpitaux, & autres lieux pieux, parce que les Administrateurs reçoivent de la loi même un pouvoir suffisant pour faire l'acceptation.

BIU Cujas

Touchant la deuxieme difficulté. Quoique notre article ait parlé au nombre pluriel, il n'y a pas lieu d'exiger que plusieurs Administrateurs fassent l'acceptation; mais il suffit qu'un seul accepte. La raison est, parce que chaque Administrateur est censé avoir un pouvoir *in solidum* pour procurer des avantages à l'hôpital qu'il administre, tout de même que plusieurs tuteurs ont un pouvoir solidaire, quand leur administration n'est point divisée, *leg.* 24, §. 1, *ff. de administr. tutorum*; & ce n'est que parce que notre article parle des hôpitaux, Hôtels-Dieu, & autres établissemens au pluriel, qu'il parle aussi des Administrateurs au pluriel; ainsi *referendo singula singulis*, il ne peut point y avoir de doute qu'un seul Administrateur ne puisse accepter la donation, en vertu du pouvoir que lui donne la loi du Prince.

Autorisés par nos lettres-patentes registrées en nos Cours.] Selon le droit Romain, il n'y avoit que les communautés approuvées qui fussent capables de recevoir des libéralités, *leg.* 20, *ff. de rebus dubiis*, & c'étoit seulement en certains cas permis par les loix, ou les constitutions des Empereurs, qu'on pouvoit faire corps, *leg.* 1, *ff. quod cujuscumque universitatis nomine.* En France, on ne peut point ériger des corps, communautés, confrairies, hôpitaux, & autres établissemens, sans la permission du Roi, accordée par lettres-patentes, registrées aux Cours supérieures; sur quoi on peut voir l'édit du mois de Décembre 1666; & il n'y a que ces sortes d'établissemens ainsi approuvés, qui soient capables de recevoir des donations entre-vifs ou testamentaires, suivant *Ricard*, *tom.* 1, *part.* 1, *ch.* 3, *sect.* 3, où cet Auteur explique fort au long cette matiere.

Par les Curés & Marguilliers, lorsqu'il s'agira de donations entre-vifs, faites pour le service divin.] Les Curés & les Marguilliers sont joints ici par la copulative; ce qui peut faire douter si l'intervention des uns & des autres, est nécessaire pour la validité de l'acceptation des donations faites pour le service divin, pour fondations particulieres, ou pour la subsistance & soulagement des pauvres; mais il faut décider qu'il suffit que les Curés ou les Marguilliers, conjointement ou séparément, acceptent, afin que la donation soit valable, & la conjonctive doit être résolue en disjonctive, à cause de la faveur que mérite cette donation pieuse, comme le décide dans un cas semblable *M. Maynard*,

BIU Cujas

liv. 5, ch. 41, à moins qu'il ne fût question d'une fondation pour le service divin, auquel cas le Curé étant intéressé particuliérement, il faudroit prendre son avis, suivant *l'article LIII* de l'ordonnance de Blois. Il n'est pas même nécessaire que tous les Marguilliers acceptent; mais il suffit de l'acceptation d'un seul, par les raisons expliquées ci-dessus; car notre article n'a parlé des Curés & des Marguilliers au pluriel, que parce qu'ils se rapportent aux paroisses: voilà pourquoi *pluralitas debet resolvi in singularitatem*, comme disent les Docteurs; mais selon la disposition de notre article, les Curés & les Marguilliers ne peuvent accepter que les donations faites aux pauvres de leurs paroisses, non celles qui seroient faites à des paroisses étrangeres.

Notre article ne parle pas des donations faites pour la rédemption des captifs, quoiqu'ils en soient capables, que même les libéralités destinées à cet usage soient les plus favorables, suivant la *loi 28, cod. de episcopis & clericis*; voilà pourquoi s'il n'est pas permis à toute personne de pouvoir accepter ces donations, du moins cette faculté ne doit pas être refusée à l'Evêque, comme l'exécuteur & le distributeur de ces libéralités, *leg. 28, cod. de episcopis & cleric.* ni aux religieux de la Merci, ni aux Trinitaires ou Mathurins, qui se sont destinés à ces œuvres de charité; & selon l'esprit de notre article, qui parle des donations faites pour le soulagement des pauvres, les Curés ou les Marguilliers devroient avoir le faculté d'accepter ces donations; car les captifs sont des pauvres les plus dignes de compassion, de secours & de soulagement.

BIU Cujas

ARTICLE IX.

De l'acceptation des Donations faites aux femmes mariées.

LEs femmes mariées, même celles qui ne seront communes en biens, ou qui auront été séparées par Sentence ou par Arrêt, ne pourront accepter aucunes Donations entre-vifs, sans être autorisées par leur mari, ou par Justice à son refus. N'entendons néanmoins rien innover sur ce point, à l'égard des Donations qui seroient faites à la femme pour lui tenir lieu de bien parafernal, dans les Païs où les femmes mariées peuvent avoir des biens de cette qualité.

OBSERVATIONS.

Cet article fait une distinction entre les païs de coutume, où les femmes ne peuvent pas posséder des biens comme parafernaux, d'avec ceux de droit écrit, & même des coutumes où elles peuvent posséder des biens de cette qualité; & c'est sur cette distinction qu'est fondée l'exception des femmes qui sont déclarées capables d'accepter les donations qui leur sont faites, sans que l'autorité du mari ou celle de la justice soit requise, tandis que la même faculté est refusée à celles qui ne peuvent point posséder des biens parafernaux, soit que la coutume le prohibe, soit qu'en païs de droit écrit elles se soient constitué tous leurs biens présens & à venir.

Les femmes mariées.] J'ai fait voir dans une de mes questions, que par l'ancien droit des Romains, & lorsque les mariages étoient contractés *per coemptionem*,

BIU Cujas

la femme avec tous ſes biens paſſoit en la puiſſance de ſon mari, & les mariés ſe ſuccédoient mutuellement; mais cette forme de mariage ayant été abolie, les effets en furent auſſi abrogés, les mariés ne ſe ſuccéderent plus l'un à l'autre, & la femme ne paſſa pas non plus en la puiſſance de ſon mari.

Lorſque l'Empereur Juſtinien fit compiler les loix du code & des digeſtes, on en étoit aux termes de cette derniere Juriſprudence, comme le prouvent pluſieurs loix, qui font voir que la femme mariée ne laiſſoit pas d'être ſous la puiſſance de ſon pere, lorſqu'elle n'avoit pas été émancipée, & qu'elle avoit le libre exercice de ſes droits & actions non dotaux; ce qui ne laiſſe aucun doute que la femme ne paſſoit pas en la puiſſance de ſon mari, parce qu'elle ne pouvoit pas être en même-temps ſous la puiſſance de deux perſonnes. Notre propoſition eſt fondée ſur la *loi 5, cod. de conditionibus inſertis, la loi 20, ff. ad leg. Jul. de adult. la loi 1, §. dern. ff. de injuriis, la loi 8, cod. de pactis conventis*, & pluſieurs autres citées par *Mornac ſur la loi 18, cod. de inoff. teſtam.* & c'eſt ainſi qu'on le pratique dans les pays du droit écrit, ſuivant *M. Maynard, liv. 8, ch. 60; M. de Cambolas, liv. 1, ch. 27; M. le Préſident Faber, dans ſon code, lib. 2, tit. 9, def. 4; & M. Tiraqueau, de legib. connubialib. leg. 1, n°. 1.*

Mais il en eſt autrement par le droit coutumier, où la femme paſſe en la puiſſance de ſon mari, & ceſſe d'être ſous celle de ſon pere; il y a pluſieurs coutumes qui le déterminent ainſi, & *Loiſel, dans ſes inſtit. cout. liv. 1, tit. 2, regle 20*, en a fait une regle du droit François, qui a été répétée par *Pocquet de Livoniere, dans ſes regles du droit François, liv. 1, tit. 2, regle 10.*

Cette puiſſance lie ſi fort la femme, qu'elle ne peut point contracter, s'obliger, ni eſter en jugement ſans l'autorité de ſon mari, à moins qu'elle ne ſoit marchande publique. On peut voir là-deſſus *les articles 223 & 224 de la coutume de Paris, & le commentaire de Me. Claude de Ferrieres.* Elle ne peut pas non plus teſter ſans la même autorité, ſelon certaines coutumes, & entre autres celles de *Nivernois, de Normandie & de Bourgogne.* Il eſt vrai que les autres coutumes qui ſont en plus grand nombre, permettent à la femme de teſter ſans la permiſſion ou l'autorité de ſon mari. On peut conjecturer que c'eſt en partie, ſelon ces principes; partie à cauſe de l'intérêt du mari, que notre article décide que les femmes mariées ne peuvent pas accepter les donations à

BIU Cujas

elles faites, sans l'autorité de leur mari, ou celle de la justice, en refus de la part du mari, & qu'il excepte les donations qui sont faites aux femmes mariées, en pays de droit écrit, & ailleurs, où elles ne sont pas en la puissance de leur mari, & où elles peuvent posséder des biens comme parafernaux, & par conséquent il confirme la jurisprudence du pays du droit écrit, quant aux donations qui sont faites pour tenir lieu de bien parafernal.

Même celles qui ne seront communes en biens.] Soit que la coutume n'établisse pas la communauté des biens entre mari & femme, soit que par le contrat de mariage il ait été dérogé à celle qui établit cette communauté, ce que l'on peut faire valablement, parce que les contrats de mariage sont des actes si solemnels & si favorables, que toute sorte de conventions qui ne sont pas contre les bonnes mœurs, ou contre les loix prohibitives, sont bonnes, à cause de la faveur du contrat, quand même il ne seroit pas permis de le faire dans un autre.

La raison pourquoi il est indifférent que la femme soit commune en biens ou non, afin qu'elle ne puisse pas valablement accepter les donations à elle faites sans l'autorité de son mari, est, que la puissance maritale, ou l'intérêt du mari, qui est la raison fondamentale de la prohibition & de l'incapacité, a lieu, indépendemment de la communauté des biens, selon *Chopin sur la coutume de Paris, lib. 2, tit. 1, n°. 16.*

Ou qui auront été séparées par sentence, ou par arrêt.] Sa Majesté s'étant proposée de rendre la jurisprudence uniforme sur les questions qui étoient diversement jugées, il a été nécessaire d'entendre la prohibition & l'incapacité prononcée contre les femmes mariées, de pouvoir accepter, sans l'autorité de leur mari, les donations qui leur sont faites, à celles qui sont séparées par justice, parce qu'il y a des coutumes, entr'autres, celle de *Montargis, ch. 8, article 6, & celle de Dunois, article 58*, qui veulent que la femme séparée de son mari, quant aux biens, puisse légitimement contracter & disposer de ses biens meubles & immeubles, tout comme si elle n'étoit point mariée; que même plusieurs Auteurs, & entr'autres, *Dumoulin, sur les articles 170 & 232 de la coutume de Bourbonnois, sur celle de Paris, §. 37, glos. 1, n°. 13*, & en plusieurs autres lieux; *& Chopin, sur la même coutume de Paris, lib. 2, tit. 1, n°. 15*, tiennent qu'après la séparation, la puissance maritale est entiérement résolue.

BIU Cujas

Mais l'opinion de ces Auteurs n'eſt point reçue au pays coutumier, & l'on obſerve, ſelon la remarque de *Brodeau ſur M. Louet, lettre F, ſommaire 30, n°. 2*, que la femme ſéparée en biens peut ſeulement, ſans l'autorité de ſon mari, diſpoſer de ſes meubles & du revenu de ſes immeubles, faire des baux à ferme, donner quittance, & s'obliger, à l'effet de la ſéparation, pour ſa nourriture & entretien; mais non pour autre ſujet, ni par aucune obligation, donation ou contrat, qui affecte les immeubles, & emporte aliénation perpétuelle, parce que la puiſſance maritale dure, nonobſtant la ſéparation judiciaire, & que le mari eſt toujours intéreſſé à la conſervation des biens dotaux, ſoit en pays de droit écrit ou coutumier que la femme ne peut pas aliéner, ni leur impoſer aucune charge qui tende à l'aliénation, *leg. ubi adhùc 29, cod. de jure dotium, & M. de Catellan, liv. 4, chap. 26;* c'eſt ce que notre article a décidé, en déclarant les femmes mariées, quoique ſéparées par juſtice, incapables d'accepter les donations qui leur ſont faites, à moins qu'elles ne ſoient autoriſées par leur mari, ou par juſtice, en refus du mari.

Ne pourront accepter aucunes donations entre-vifs.] Ces termes qui contiennent une prohibition expreſſe, rendent les femmes mariées incapables d'accepter les donations à elles faites, & emportent nullité de plein droit des acceptations qui ſeroient faites ſans l'autorité du mari ou de la juſtice; & par conſéquent la nullité des donations fondées ſur une telle acceptation, contre la prohibition de l'ordonnance, quoique la nullité ne ſoit pas littéralement exprimée; car c'eſt l'effet des loix prohibitives d'annuller de plein droit tout ce qui eſt fait au préjudice de la prohibition, quoique la nullité ne ſoit pas expreſſément marquée, *leg. non dubium 5, cod. de legibus; M. Lemaitre, dans le traité des Criées, chap. 18; & M. Expilly, plaidoyer 36:* notre article eſt conçu en termes négatifs, pour trancher la difficulté qui s'étoit levée parmi les interprêtes du droit coutumier, pour ſavoir ſi les femmes pouvoient accepter des donations pures & ſans charge, lorſqu'elles n'étoient pas autoriſées par leurs maris, ſelon *Lebrun, de la communauté;* elles le pouvoient; mais l'opinion de ceux qui ont ſoutenu la négative, a été confirmée; car les femmes ne peuvent accepter aucunes donations entre-vifs indiſtinctement, ſans être autoriſées.

Il ne doit pas paroître ſurprenant, que ſuivant l'*article*

BIU Cujas

VII de notre ordonnance, la mere ou ayeule, quoique mariées (car l'article ne distingue point) puissent valablement accepter les donations qui sont faites à leurs descendans, sans l'autorité de leurs maris, tandis que l'*article IX* leur refuse le même pouvoir pour les donations qui leur sont faites à elles-mêmes, à moins qu'elles ne soient autorisées par leurs maris ou par justice; car la raison de la différence est prise, de ce que la mere ou l'ayeule, en acceptant les donations faites à leurs descendans, mineurs ou interdits, n'obligent pas leurs biens propres, & ne portent aucun préjudice à leur mari; au lieu qu'il pourroit arriver qu'elles leur nuiroient, s'il leur étoit permis d'accepter les donations qui leur seroient faites personnellement.

Sans être autorisées par leur mari.] C'est une grande question, si la donation nulle pour avoir été acceptée par la femme sans l'autorité de son mari, peut devenir valable, si le mari ratifie ce qui a été fait par sa femme. Suivant les principes du droit Romain, la ratification du mari seroit inutile; car on distingue l'autorité avec le consentement, la permission ou l'approbation; quand l'autorité est requise, il faut qu'elle intervienne dans l'acte même, & la ratification ou l'approbation postérieure ne produit aucun effet, *leg. 9, §. 5, ff. de auctorit. & consensu tutorum, & leg. 25, §. 4, ff. de acq. vel omitt. hæred.* la raison est, parce que l'autorité est nécessaire pour rendre la personne capable de contracter *ad integrandam personam*, qu'elle est le fondement de l'acte, sans lequel il ne peut subsister, & que cette solemnité est absolument nécessaire, *& dat esse rei;* mais quand il suffit du consentement, de la permission ou de l'approbation, il est indifférent qu'elle soit donnée lorsque l'acte est passé, ou postérieurement, suivant *la loi 25, §. 4, ff. de acquirenda hæreditate;* & les autres sont rapportées par *Godefroy, sur la loi 9, §. 5, ff. de auctor. & consensu tutorum; & Ferrieres, sur la quest. 223 de Guypape*, parce que la ratification équipolle au mandat, & remonte au jour de l'acte, *leg. 60, ff. de reg. juris, & cap. 10 de reg. juris in 6°. Basnage, sur l'article 538 de la coutume de Normandie*, examinant cette question, dit, que nonobstant les raisons tirées du droit Romain, il faut faire cette distinction, que quand l'autorisation est requise pour la solemnité, *ad integrandam legitimandamque personam*, elle doit accompagner l'acte, & se faire par un même contrat; mais si elle est seulement requise pour

BIU Cujas

l'intérêt de celui qui doit consentir, il n'est pas besoin que cette personne intervienne en même-temps, parce qu'elle peut confirmer l'acte & le ratifier dans la suite.

Le même Auteur soutient que l'autorisation du mari n'est pas requise comme une forme nécessaire, mais seulement afin que les femmes mariées ne puissent pas contracter au préjudice du respect & de l'autorité maritale; *Argentré, sur l'article 223 de la coutume de Bretagne, gl. 4, n°. 3; Chopin, Charondas*, & les autres Auteurs rapportés par *Ferrieres sur l'article 223 de la coutume de Paris, glos. 2, n°. 39*, & suivans, sont de même avis; voilà pourquoi ils décident que la ratification du mari, faite postérieurement, rend l'acte valable; *M. Leprêtre, cent. 2, chap. 20*, rapporte un arrêt conforme à cette opinion, & qui autorisa une obligation consentie par la femme sans l'autorité du mari, qui l'avoit ratifiée *ex post facto*; & l'on doit appliquer cette jurisprudence au cas de notre article, qui est plus favorable, parce qu'il s'agit d'acquérir une libéralité, que l'obligation qui tend à diminuer les biens, *argum. leg. Arrianus 47, ff. de obligat. & act.* & que d'ailleurs en pays de droit écrit, où la femme ne passe pas en la puissance de son mari, la prohibition ne peut être fondée que sur l'intérêt du mari, & nullement sur aucune incapacité qui se rencontre en la personne de la femme; voilà pourquoi il suffit que le mari approuve l'acceptation de la femme pour la validité de la donation à elle faite.

Mais l'autorisation du mari qui est présent, doit-elle être expresse, ou suffit-il de sa seule présence? Le mari mineur, ou celui qui a fait cession des biens, peuvent-ils autoriser leur femme pour contracter & accepter des donations? Sur la premiere de ces trois questions, la maxime est, selon *M. Leprêtre*, au lieu préallégué, que la présence du mari ne suffit pas, si l'autorité n'y est expresse; ce qui est confirmé par plusieurs arrêts rapportés par *Ferrieres sur la coutume de Paris, article 223, glos. 1, n°. 24*: & selon *Basnage, sur l'article 538 de la coutume de Normandie*, l'autorisation est expresse, lorsque le mari déclare en termes formels, qu'il autorise sa femme; mais le même *Basnage* est d'un sentiment contraire à celui de *M. Leprêtre*, & dit, que le droit ne doit pas consister en subtilité, & en pointilles, & qu'il suffit que le mari ait autorisé tacitement sa femme; c'est-à-dire, quoiqu'il n'ait pas dit expressément qu'il l'autorisoit, pourvu néanmoins qu'il résulte assez expressément de quelque ac-

BIU Cujas

tion du mari qu'il a prêté son autorité & son consentement ; ce qui résulte clairement, s'il est présent & intervenant au contrat ; & cette opinion paroît mieux fondée, du moins pour ce qui regarde l'acceptation de la donation, qui doit être traitée avec moins de rigueur qu'une aliénation ou une obligation consentie par la femme ; car s'il est permis au mari de ratifier *ex post facto*, & de rendre l'acte valable, comme je l'ai établi, il est clair que son autorisation tacite suffit, pourvu qu'il paroisse par quelque fait qu'il a donné son consentement à l'acte ; aussi *Ferron*, *sur la coutume de Bordeaux*, *lib. 1*, *tit. 1*, §. 3, décide que la femme qui agit en jugement en présence de son mari, est censée suffisamment autorisée. Le parti que j'embrasse sur cette question, me paroît moins susceptible de doute en pays de droit écrit, où l'autorisation n'est requise qu'à cause de l'intérêt du mari, & nullement à cause de la puissance maritale ; ainsi il suffit qu'il paroisse de son consentement.

La deuxieme question est décidée pour la négative indistinctement, par *Chopin*, *sur la coutume de Paris*, *lib. 2*, *tit. 1*, *n°. 16*, par cette raison, que le mari mineur ayant lui-même besoin d'être autorisé, ne peut pas autoriser une autre personne ; mais *Montolon*, dans ses arrêts prononcés en robes rouges, *arrêt 113*, use de cette distinction, où le mari & la femme sont mineurs ; dans ce cas, le mari ne peut pas autoriser sa femme pour aliéner, parce qu'ils sont tous les deux incapables de donner leur consentement à l'aliénation ; que si le mari est mineur & la femme majeure, le mari peut valablement autoriser sa femme ; cependant, selon la remarque de *Gueret*, *sur M. Leprêtre*, *cent. 2*, *ch. 20*, si le mari mineur souffroit de l'autorisation par lui faite, il pourroit être relevé ; mais il semble que toutes ces distinctions sont inutiles dans le cas de notre article, où il ne s'agit pas d'aliéner, mais d'acquérir à titre gratuit ; ainsi la raison pourquoi le mari mineur ne peut pas autoriser la femme mineure, ne pouvant pas s'appliquer aux donations, il semble que le mineur peut indistinctement autoriser sa femme mineure ou majeure pour accepter une donation ; cependant je crois que comme le mineur ne peut pas accepter lui-même la donation, ainsi que je l'ai expliqué sur *l'article VII*, il ne peut pas autoriser sa femme mineure, l'un & l'autre étant incapables de l'acte principal ; c'est-à-dire, de faire l'acceptation ; il faut que le mari mineur soit incapable d'autoriser valablement sa femme

BIU Cujas

femme mineure; ainsi il est nécessaire dans ce cas de faire interposer l'autorité judiciaire. Voyez *Basnage sur l'article 538 de la coutume de Normandie*; *Ferrieres sur celle de Paris, article 223, glos. 1, n°. 18*; & *Lebrun dans son traité de la communauté.*

Touchant la troisieme question : *Chopin, sur la coutume de Paris, lib. 2, tit. 1, n°. 16*; & *Ferrieres, sur la même coutume, glos. 1, n°. 15*, disent que le mari qui a fait cession des biens, ne peut pas autoriser sa femme pour ester en jugement, parce qu'il est obligé de cautionner, *judicatum solvi*. Cependant la puissance maritale n'étant pas résolue par la cession des biens, & l'intérêt du mari à la conservation de la dot ne cessant point, l'autorisation du mari est nécessaire pour rendre la femme habile à contracter; *Basnage, sur l'article 538 de la coutume de Normandie*, dit la même chose; mais comme le mari, quoiqu'il ait fait cession des biens, n'est pas incapable de contracter ni de donner son consentement, il n'y a point de doute qu'il ne puisse autoriser sa femme pour accepter la donation qui lui est faite; d'autant mieux que l'autorisation du mari est plus requise, à cause de l'intérêt qu'il a d'empêcher que les biens dotaux de sa femme ne soient pas chargés ou diminués, que *ad integrandam personam*. Selon *Bouchel*, verb. *autorisation*, *dans sa bibliotheque*, le mari qui a fait cession des biens, peut autoriser sa femme pour contracter seulement; mais *Lebrun, de la communauté, liv. 2, chap. 1, sect. 2, n°. 13*, estime qu'un tel mari peut autoriser sa femme, non-seulement pour contracter, mais encore pour ester en jugement. L'opinion de ce dernier Auteur paroît préférable.

Ou par justice, à son refus.] Afin qu'on puisse recourir à la justice pour autoriser la femme, il faut qu'il paroisse du refus du mari, parce que notre article ne permet l'autorisation judiciaire que quand le mari refuse son autorité: il y a néanmoins des cas où il n'est pas nécessaire qu'il conste du refus de la part du mari, afin que la justice puisse interposer son autorité, comme s'il est absent depuis long-temps, s'il est furieux, imbécille, interdit ou condamné à mort par contumace, pourvu que ce soit dans les cinq ans de la contumace; car après les cinq ans, le mari étant réputé mort civilement, la puissance maritale seroit résolue, de même que les droits du mari sur la dot, & la femme auroit une pleine liberté de contracter, même sans l'autorisation de la justice: il suffit donc dans tous les cas dont je viens de parler, que la

BIU Cujas

femme qui a besoin d'être autorisée pour contracter, se fasse autoriser par justice, sans qu'il soit nécessaire de requérir le consentement du mari; sur quoi on peut voir *Ferrieres sur la coutume de Paris, article 223*, de même que sur les autres difficultés qui peuvent se présenter en matiere d'autorisation des femmes, où cet Auteur indique les coutumes & les Auteurs qui ont décidé ces questions. On peut encore voir les traités de la communauté de *Mes. Philippe de Renusson & Denis Lebrun.*

N'entendons néanmoins rien innover sur ce point, à l'égard des donations qui seroient faites à la femme pour lui tenir lieu des biens parafernaux.] J'ai observé ci-dessus quel a été le motif de l'exception proposée par ces paroles en faveur des femmes qui peuvent avoir des biens parafernaux, & quel a été aussi le motif pour lequel l'autorité du mari est requise dans le pays coutumier; du motif apparent de la loi & de ses paroles naît cette difficulté, si dans les pays où la femme peut avoir des parafernaux, & qu'elle se soit constituée tous ses biens présens & à venir, elle peut accepter la donation à elle faite sans l'autorité de son mari ou de la justice; il semble qu'il faut distinguer les pays où la femme est en la puissance de son mari, & où néanmoins elle peut avoir des biens parafernaux, comme en Auvergne, en Bourbonnois & en Normandie, avec ceux où elle ne passe pas en la puissance de son mari; au premier cas, il n'y a point de doute que la femme ne peut pas accepter la donation sans être autorisée, parce que la puissance maritale, qui paroît être la raison décisive de notre article, y fait obstacle; mais au second cas, il ne paroît pas juste d'y appliquer la défense, parce que le motif manque, & que la femme ne doit pas être considérée comme incapable d'accepter des donations sans l'autorité de son mari, soit parce qu'elle est personne libre, même pour ce qui regarde les biens dotaux, lorsque le mari, à qui l'exercice des actions dotales appartient, ne s'y oppose pas; ce qui est si vrai, qu'elle n'a pas besoin de l'autorisation de son mari pour agir ou défendre en jugement pour les biens dotaux, si bien que les jugemens rendus avec la femme, sont réputés contradictoires avec le mari, lorsqu'il a connu le procès, nonobstant le défaut d'autorisation, suivant la loi *Sæpè 63, ff. de re judicata;* soit parce qu'elle est propriétaire des biens dotaux dont elle retient le domaine naturel, le mari n'en ayant que le domaine civil, *leg. in reb. 30, cod. de jure dotium;* par conséquent elle doit avoir la liberté d'ac-

BIU Cujas

cepter la donation, & de rendre sa condition meilleure; cependant il faut décider indistinctement que la femme ne peut point accepter des donations sans l'autorité de son mari ou de la justice, lorsqu'elle s'est constitué tous ses biens présens & à venir, & qu'elle ne peut pas avoir des biens parafernaux, parce que les paroles de notre texte sont claires, & que les femmes mariées sont exclues de la faculté d'accepter d'autres donations que celles qui leur sont faites pour tenir lieu de bien parafernal; ce qui n'est pas tant fondé sur la puissance maritale, que sur l'intérêt légitime que le mari a d'empêcher que sa femme ne contracte des engagemens qui chargent ou diminuent la dot.

Du reste, on appelle biens parafernaux tous ceux qui appartiennent à la femme outre la dot, soit qu'elle les retienne en son pouvoir, ou qu'elle les délivre à son mari: & on ne les distingue point d'avec ceux qu'on appelle proprement *adventifs*, qui sont ceux que la femme n'a point délivrés au mari. Dans les pays du droit écrit, la femme est la maîtresse de ses biens parafernaux, elle en a l'administration & la libre disposition; indépendamment de la volonté de son mari, elle peut les vendre & les aliéner, comme elle trouve à propos, & le mari ne peut s'en mêler qu'autant que sa femme le lui permet, étant la maîtresse de lui en accorder l'administration, & de la lui ôter, quand & comme bon lui semble, *leg. 8, cod. de pactis conventis; & M. de Catellan, liv. 5, chap. 68:* il est vrai que si la femme permet à son mari de prendre les fruits des parafernaux, il n'est pas obligé de les restituer, soit parce qu'ils sont censés employés, *in usum promiscuum familiæ*, soit parce que la femme est censée les lui avoir donnés; mais il ne peut point toucher aux fonds ni aux capitaux, *leg. 11, cod. de pactis conventis.*

¶ Lorsque le mari administrant les biens parafernaux de sa femme, les consume ou les dissipe, il doit rendre la valeur, quand même il n'en seroit pas devenu plus riche, *leg. 17, cod. de donat. inter vir. & uxor.* il doit même être condamné, *in solidum*, & sans pouvoir opposer le privilege de compétence; c'est-à-dire, *deducto ne egeat*, lorsqu'il divertit les biens de sa femme, par une espece de délit, qui donnoit lieu à l'action *rerum annotatarum* contre lui, *quoniam ex malo contractu & delicto oritur, leg. 52, ff. de re judicata.*

Le mari auquel la femme a confié ses parafernaux;

BIU Cujas

peut, sans autre mandat, en vertu de la délivrance des actes ou billets mentionnés dans leur contrat de mariage, intenter toutes les actions, exiger les intérêts, & les employer à leurs usages communs; mais il doit réserver les capitaux pour sa femme, laquelle en pourra disposer à son gré. La femme a une hypotheque tacite sur les biens de son mari, pour les sommes par lui exigées en capital, depuis le tems qu'il les a reçues; à moins qu'elle ne fût autrement réglée par le contrat de mariage, & le mari est tenu de son dol, & de sa faute; de maniere qu'il doit employer dans l'administration des parafernaux le même soin & la même diligence qu'à ses propres biens; autrement il en est garant envers sa femme, suivant la *loi derniere, cod. de pactis conventis*; mais s'il n'étoit pas fait mention de la tradition des actes dans le contrat de mariage, le mari ne pourroit pas intenter les actions à raison des biens parafernaux, contre les débiteurs de sa femme, sans une procuration, comme le remarque *Ragueau, ad decisiones Justiniani, sur la loi derniere, cod. de pactis conventis*: la raison est, parce que les actions pour les parafernaux résident sur la tête de la femme, touchant les différentes especes des biens que les femmes avoient chez les Romains. Il faut voir *Loiseau, du déguerpissement, liv. 2, ch. 4; & Ferrieres, sur la quest. 468 de Guypape.* ¶

Il faut encore observer que les biens sont présumés parafernaux, s'il n'est justifié qu'ils ont été constitués en dot; c'est ainsi que le Parlement de Toulouse le juge, suivant *M. de Cambolas, liv. 2, ch. 18*: j'en ai expliqué les raisons dans mes questions, & entr'autres, parce que la constitution de dot est un accident & une espece de servitude qui doit être prouvée, autrement les biens sont présumés libres entre les mains de la femme, suivant le droit Romain.

ARTICLE X.

Exception pour les Donations faites en Contrat de Mariage.

N'ENTENDONS pareillement comprendre dans la disposition des Articles précédens, sur la nécessité & la forme de l'acceptation dans

BIU Cujas

les Donations entre-vifs, celles qui seroient faites par *Contrat de mariage aux conjoints ou à leurs enfans à naître, soit par les conjoints mêmes ou par les ascendans, ou parens collatéraux, même par des étrangers; lesquelles Donations ne pourront être attaquées ni déclarées nulles, sous prétexte de défaut d'acceptation.*

OBSERVATIONS.

Cet article excepte de la nécessité & de la forme de l'acceptation prescrite par les articles précédens, les donations entre-vifs qui seront faites par contrat de mariage en faveur des conjoints ou de leurs enfans à naître, par quelques personnes que ces sortes de donations soient faites, & par conséquent elles sont valables, sans qu'il y ait aucune acceptation. *Voyez M. Louet, lettre D, sommaire* 5.

La grande faveur des contrats de mariage, qui sont les plus importans & les plus authentiques de la société civile, mérite cette exception, afin que sous prétexte d'un défaut de formalité, les conjoints ou leurs descendans ne soient pas privés du fruit des donations, sans lesquelles les mariages n'auroient pas vraisemblablement été célébrés.

Par contrat de mariage.] ¶ La raison est, *selon la Remarque de Dumoulin, sur le conseil* 35, *de Décius, de Ricard & d'Argou, dans ses Institutions au droit François, liv.* 3, *ch.* 19, parce que les deux conjoints, en accomplissant le mariage, acceptent suffisamment toutes les clauses du contrat de mariage, tant pour eux, que pour leurs enfans. ¶ Ceci doit s'entendre, pourvu que le mariage s'en soit ensuivi; autrement le défaut d'acceptation pourroit être opposé, même la donation seroit nulle & caduque, *causâ non secutâ*, comme je l'ai fait voir dans mes questions, *question* 23. Il faut encore que les contrats de mariage soient passés devant Notaire, & qu'il en reste minute, suivant l'*article I* de notre ordonnance; car l'*article X* n'excepte pas les donations faites par contrat de mariage, des formalités prescrites par les articles précédens, autres que celles qui regardent la nécessité de la forme de l'acceptation.

¶ De-là vient que, quoique les mots, par contrat de

BIU Cujas

mariage, employés dans notre article, semblent induire que, quoique les donations doivent être renfermées dans les contrats de mariage, pour être dispensées de la nécessité & de la formalité de l'acceptation, neanmoins il y a lieu de décider qu'une donation faite en faveur de mariage par un acte antérieur au contrat de mariage qui y auroit du rapport, devroit valoir sans acceptation, parce que la même raison tirée de la faveur du mariage, se rencontre dans ce cas; ainsi il suffit que la donation ait du rapport au mariage, comme je l'ai dit sur l'article XIII, en parlant de l'institution contractuelle; & ce seroit expliquer avec trop de dureté les paroles de notre texte, que de les entendre de maniere qu'elles dussent exclure les donations faites par un contrat séparé, mais relatif au mariage, pourvu qu'elles soient faites avant la célébration, & qu'il paroisse clairement qu'elles ont été faites en contemplation du mariage. Cela est conforme à l'esprit de l'article 219 de la coutume du Bourbonnois, & aux arrêts rapportés par *M. d'Olive*, *liv.* 3, *ch.* 30, *aux notes*, *Louet*, *lettre D*, *sommaire* 51. ¶

Aux conjoints, ou à leurs enfans à naître.] Les donations faites en faveur des conjoints, ou de leurs enfans à naître, sont mises au même degré de faveur, & sont dispensées de la nécessité & de la forme de l'acceptation; mais si les donations étoient faites en contrat de mariage en faveur d'autres personnes que des conjoints, ou de leurs enfans à naître, elles devroient être acceptées en la forme prescrite par les articles précédens, quand même elles seroient en faveur des enfans déja nés de l'un des conjoints, parce que la faveur des contrats de mariage n'est considérée que par rapport aux conjoints, & aux enfans qui doivent en provenir, lesquels sont le principal objet du mariage. *Me. Auroux des Pomiers, sur l'article* 210, *n°. 6 de la coutume de Bourbonnois.*

C'étoit une question fort controversée par les auteurs, si on pouvoit valablement donner aux enfans à naître & non conçus. *M. Duval*, dans son Traité *de rebus dubiis*, *tractat.* 4, soutient la négative, sur le fondement de plusieurs loix, qui décident qu'il n'y a que ceux qui existent qui soient capables de recevoir des libéralités, entre autres *la loi* 14, *ff. de jur. codicil. esse enim debet cui detur*; d'ailleurs la donation entre-vifs devant être revêtue du consentement du donataire, de même que de celui du donateur, il est impossible que le donataire qui n'est

BIU Cujas

point *in rerum natura*, puiſſe donner le conſentement requis pour la perfection de la donation, & on ne peut pas le ſuppléer par l'acceptation du tuteur ou du curateur, parce qu'on peut bien donner un curateur à un enfant qui eſt conçu, qui n'eſt pas encore né, ſuivant *la loi* 8, *ff. de curat. furioſ.* mais on ne peut pas donner de tuteur ni de curateur à celui qui n'exiſte pas. ¶ *François Hotman, diſput. juris civilis de donationibus omnium generum, cap.* 7, *n°.* 26, eſt du même avis, & néanmoins il demeure d'accord, qu'une ſubſtitution contractuelle peut être faite, ſelon le droit Romain, en faveur des perſonnes non encore nées: & comme l'explique *Ricard, tom.* 1, *part.* 1, *n°.* 870, la ſeconde donation ou la ſubſtitution vaut, en vertu de l'acceptation du premier donataire. Le même auteur, au lieu cité, n°. 869, remarque encore que la donation que les mariés font dans leur contrat de mariage en faveur des enfans qui en naîtront, eſt bonne, quoiqu'elle ne ſoit acceptée par perſonne. ¶

Cependant notre article fait valoir les donations faites directement à des enfans à naître, lorſqu'elles ſont contenues dans le contrat de mariage, duquel les enfans doivent être procréés; les *articles XI & XII* font encore valoir les donations faites par forme de ſubſtitution, ou charge de rendre, même par des collatéraux ou des étrangers, & quoiqu'elles ſoient faites hors du contrat de mariage, & en faveur des perſonnes nées ou à naître: comme auſſi celles qui ſont faites directement en faveur de pluſieurs perſonnes, dont partie ſont nées & partie à naître; car dans ce cas, l'acceptation qui eſt faite par le premier donataire, chargé de la ſubſtitution, ou par celui des codonataires, qui eſt vivant & exiſtant, ſoutient la donation au ſecond degré, ou en faveur des autres codonataires qui ne ſont pas nés.

Mais hors des cas qui ſont expreſſément exceptés par notre ordonnance, ſoit que l'on conſulte la Juriſprudence de la loi Romaine, ou la diſpoſition de notre ordonnance, il n'eſt point permis de donner directement aux enfans à naître, parce que la donation ne peut pas être valablement acceptée; ce qui fait ceſſer toutes les difficultés ſur leſquelles les Auteurs étoient partagés, puiſque notre ordonnance établit en regle la néceſſité de l'acceptation, ſauf les exceptions qu'elle a pris ſoin de marquer.

Soit par les conjoints mêmes, ou par les aſcendans ou pa-

BIU Cujas

rens collatéraux, même par des étrangers.] Ce n'eſt pas par la qualité des donateurs que la faveur des donations faites en contrat de mariage aux enfans qui en doivent provenir, doit ſe meſurer, mais bien par la nature du contrat & la faveur des conjoints & de leurs deſcendans, puiſque les donations qui ſont faites dans ces occaſions par des collatéraux, & même par des étrangers, ſont diſpenſées de la néceſſité & de la forme de l'acceptation, tout comme ſi elles étoient faites par les aſcendans ou par les conjoints mêmes. ¶ Et cette faveur ne doit pas ſe borner aux donations faites en faveur des conjoints, ou de l'un d'eux, par des aſcendans, des collatéraux ou des étrangers; elle a lieu auſſi à l'égard des donations qui ſont faites en contrat de mariage par l'un des conjoints en faveur de l'autre, parce que la même raiſon milite, & que la diſpoſition de l'ordonnance eſt générale, & comprend par conſéquent ce cas comme les autres. ¶

Leſquelles donations ne pourront être attaquées ni déclarées nulles, ſous prétexte du défaut d'acceptation.] Non-ſeulement le défaut d'acceptation ne peut pas ſervir de prétexte pour faire annuller les donations faites en contrat de mariage en faveur des conjoints, ou de l'un d'eux ou de leurs enfans à naître; mais encore elles ſont eſſentiellement irrévocables, quand même les conjoints conſentiroient *ex poſt facto*, à la révocation, parce que le droit eſt irrévocablement acquis aux enfans, du moment qu'ils ſont nés, & il remonte au jour du contrat; c'eſt l'effet de la faveur des contrats de mariage, qui rend irrévocable tout ce qui d'ailleurs pourroit être ſujet à révocation.

L'article parle des conjoints ou de leurs enfans à naître; cela peut donner lieu de douter ſi on doit entendre l'ordonnance, des enfans que l'un des conjoints pourra avoir d'un autre mariage poſtérieur: il ſemble qu'il faille tenir pour l'affirmative, parce que notre article parle indéfiniment, & ne ſe borne pas aux enfans qui doivent naître du mariage en faveur duquel la donation eſt faite; mais il faut décider le contraire par deux raiſons; la premiere, parce que ce n'eſt que la faveur du mariage, qui n'eſt conſidérée que par rapport aux enfans qui en proviennent, que notre ordonnance diſpenſe de la néceſſité & de la forme de l'acceptation; laquelle faveur ne peut pas s'appliquer aux enfans nés d'un autre mariage poſtérieur; la deuxieme, que l'arti-

BIU Cujas

cle parle des enfans des conjoints; c'eſt-à-dire, des deux perſonnes qui contractent le mariage; ce qui exclut ceux qui naîtront, ou qui ſont déja nés d'un autre mariage.

ARTICLE XI.

La Donation faite au Donataire, & à ſes enfans à naître, ou la Subſtitution, n'ont beſoin que de l'acceptation du premier Donataire.

LORSQU'UNE *Donation aura été faite en faveur du Donataire, & des enfans qui en naîtront, ou qu'elle aura été chargée de Subſtitution* au profit deſdits enfans, ou autres perſonnes nées ou à naître, *elle vaudra en faveur deſdits enfans ou autres perſonnes, par la ſeule acceptation dudit Donataire*, encore qu'elle ne ſoit pas faite par Contrat de mariage, & que les Donateurs ſoient des collatéraux, ou des étrangers.

OBSERVATIONS.

On peut diviſer cet article en deux parties; la premiere, où il eſt parlé de la donation en faveur du donataire ou des enfans qui en naîtront, ſemble ſuſceptible de pluſieurs explications; mais de quelque maniere qu'on l'explique, l'acceptation du premier donateur fera valoir la donation pour ſes enfans.

La deuxieme veut que quand la donation eſt chargée de ſubſtitution, elle vaille par la ſeule acceptation du donataire, nonobſtant le défaut d'acceptation de la part des ſubſtitués, ſoit qu'elle ſoit faite en faveur des enfans nés ou à naître du donataire, ou en faveur de toutes autres perſonnes, quand même elle ſeroit faite hors du contrat de mariage, & que les donateurs ſeroient des collatéraux ou des étrangers.

Lorſque la donation aura été faite en faveur du donataire & des enfans qui en naîtront.] On peut entendre ces paroles de trois manieres, pour ſavoir de quelle façon les enfans donataires doivent recueillir la donation faite aux termes de notre article. La premiere, que les enfans

BIU Cujas

doivent être appellés conjointement avec leur pere, parce que c'eſt l'effet de la copulative d'unir ceux qui ſont appellés à la même diſpoſition, & de leur attribuer à chacun une portion égale, ſuivant *Rebuffe dans ſon conſeil* 175; & c'eſt ainſi que le décide *Ricard, des ſubſtitutions*, n°. 533.

La deuxieme explication eſt, que quand la donation eſt faite en faveur du donataire & des enfans qui en naîtront, les enfans ſont appellés *ordine ſucceſſivo*, & par une ſubſtitution fidéicommiſſaire, qui vaudra par l'acceptation du donataire.

La troiſieme, que les paroles du texte ne décident pas qu'il y ait une ſubſtitution fidéicommiſſaire dans ce cas; mais ſeulement que quand les termes dont la donation ſera conçue, comprendront les enfans par fidéicommis, la donation au ſecond degré vaudra par la ſeule acceptation du premier donataire, parce qu'il s'agiſſoit d'une ſubſtitution tacite, qu'on peut induire de la donation concue aux termes de notre article, il n'y auroit point de différence entre la premiere & la ſeconde diſpoſition, puiſque l'une & l'autre contiendroient une ſubſtitution. D'ailleurs les arrêts du Parlement de Paris rapportés par *Chopin, ſur la coutume de Paris, liv.* 2, *tit.* 3, n°. 10; & *Charondas, liv.* 13, *rép.* 26, ont jugé que dans ce cas il n'y avoit point de ſubſtitution tacite.

La deuxieme interprétation ſemble plus conforme à la lettre & à l'eſprit du texte; cela ſe prouve par pluſieurs raiſons. La premiere, qu'il paroît de l'article pris en entier, qu'il n'entend parler que des donations qui doivent être recueillies au deuxieme degré, ou en ſecond rang. La deuxieme, qu'il faut que l'acceptant ſoit donataire en ſeul & ſans ſecours, puiſque dans deux endroits de l'article, il en eſt parlé en cette qualité, & qu'il n'en eſt point fait mention ſous aucune autre qualification; ce qui ne ſe vérifieroit pas, ſi les enfans concouroient avec leur pere; ſans compter que les enfans qui n'exiſtent pas lors de la donation, ne peuvent pas former de concours, ſuivant *M. le Préſident Faber, dans ſon code, liv.* 6, *tit.* 8, *déf.* 9; d'ailleurs il faut qu'il y ait de la différence entre le cas de notre article & celui de l'*article XII infrà*: ce qui ſert à réfuter la premiere explication. La troiſieme raiſon eſt, qu'il faut auſſi que les enfans qui naîtront recueillent la donation comme valable par l'acceptation du donataire; ce qui s'induit des termes, *elle vaudra en faveur deſdits enfans*, qui ſe rap-

BIU Cujas

portent à la donation dont il eſt parlé dans la premiere & dans la ſeconde partie de l'article. La quatrieme, que dans le premier cas, tout comme dans le ſecond, les enfans à naître ſont appellés diſpoſitivement, comme le prouvent les mots, *au profit deſdits enfans*, qui ſuivent immédiatement ceux dans leſquels il eſt parlé de la donation chargée de ſubſtitution. Enfin que notre ordonnance a voulu rendre commune à tous les Tribunaux du Royaume la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe, qui juge que quand la donation eſt faite au donataire, & à ſes enfans à naître, les enfans ſont diſpoſitivement appellés par fidéicommis, après la mort de leur pere, ſuivant *M. Maynard, liv. 4, chap. 91; Ferrieres, ſur la queſtion 230 de Guypape, & de M. de Catellan, liv. 2, ch. 14*, toutefois avec cette extenſion, qu'une telle donation faite hors du contrat de mariage, doit avoir le même effet pour le fidéicommis, que ſi elle avoit été faite en contrat de mariage; ainſi les autres explications me paroiſſent fauſſes & contraires au ſens du Texte.

Il faut pourtant remarquer, que quand les enfans ſe trouvent diſpoſitivement appellés par fidéicommis contractuel, *ordine ſucceſſivo*, ſoit par les termes de notre article, ſoit que la donation ſe trouve faite au donataire ou à ſes enfans à naître, qui operent auſſi une vocation par fidéicomme tacite, *ordine ſucceſſivo*, ſuivant M. Maynard, Ferrieres, & M. de Catellan, aux endroits préallégués; ſoit enfin quand les enfans étant mis dans la condition ſous la qualification de mâles, ſe trouvent par-là diſpoſitivement appellés, ſuivant *Ferrieres, ſur la queſt. 184 de Guypape; M. Maynard, liv. 5, ch. 68 & 69*, & pluſieurs autres. Le pere, premier donataire, tacitement grevé de rendre, a la liberté d'en choiſir un d'entr'eux pour recueillir l'entiere donation, au préjudice des autres, comme le décident les mêmes Auteurs.

Que ſi la donation étoit faite en contrat de mariage au donataire & à ſes enfans qui proviendront dudit mariage, ceux qui ſeroient pas appellés au fidéicommis tacite, comme fait taxativement aux enfans procréés du même mariage; c'eſt ainſi que la queſtion a été jugée par un arrêt du Parlement de Bretagne, rapporté par *Belordeau dans ſes controverſes Forenſes, tom. 1, liv. 4, controverſe 127.* ¶ A la vérité, *Lebrun, des ſucceſſions, liv. 3, ch. 12, n°. 12*, a cru qu'une ſubſtitution contractuelle faite par un pere dans le contrat de mariage de ſon fils qu'il inſtitue, auquel il ſubſtitue les enfans mâles qui

BIU Cujas

naîtront du mariage, se doit étendre aux enfans du second mariage du fils, au cas qu'il n'en ait point du premier, dans le contrat duquel la substitution est faite, parce que, selon cet Auteur, cette interprétation est conforme aux intentions du pere, & que celui qui institue les posthumes, est censé les avoir institués, *ex quacumque uxore nati sint*, *leg.* 4, *ff. de liberis & posthumis* : il se fonde sur l'arrêt rendu dans le cas de la substitution de l'illustre maison de Chabanes, le 4 Juin 1637, rapporté par *Henris*, *tom.* 1, *liv.* 6, *ch.* 5, *quest.* 25 : mais il est facile de comprendre que *Lebrun* s'est équivoqué, parce que cet arrêt n'a pas décidé la question en these, & les circonstances ont servi de fondement à la décision : on peut les voir dans M. *Lemaître*, *Plaid.* 37 & 38. Il est même remarquable que le contrat de mariage, contenant la substitution, ne se restreignoit pas aux enfans qui naîtroient du mariage; mais le premier mâle descendant de Joachim par loyal mariage, & ses descendans étoient appellés à jamais par fidéicommis perpétuel; ainsi la disposition, qui étoit générale, ne pouvoit pas être limitée aux seuls descendans du mariage en faveur duquel la substitution étoit faite, le substitué n'avoit d'autre obstacle à surmonter que la disposition de la coutume d'Auvergne, qui veut que les dispositions faites en contrat de mariage regardent les contractans, ou leurs descendans, & qu'elles ne vaillent qu'en leur faveur; d'ailleurs ce seroit donner aux contrats une extension, qui ne convient qu'aux testamens & aux dispositions de derniere volonté, les contrats devant être entendus à la lettre, suivant la *loi* 99, *ff. de verbor. obligat.* M. Lemaître reconnoît même dans ses plaidoyers, que la prétention de sa partie auroit été mal fondée, si le contrat de mariage avoit appellé les enfans nés de ce mariage : & c'est ainsi que le décide *Dumoulin*, *sur l'article* 17 *de la coutume d'Auvergne*, *& consil.* 40, *n°.* 7. V. *Delauriere des Inst. & subst. contr. n°.* 43, & suivans; *Duluc*, *lib.* 7. *tit.* 3, *arrêt* 2; *Papon*, *liv.* 17, *tit.* 3, *arrêt* 3; *Philippy*, *Rép.* 74, *n°.* 3. La question s'étant présentée au Parlement de Toulouse, il fut rendu arrêt en la deuxieme Chambre des Enquêtes, le 4 Août 1735, au rapport de M. l'Abbé de Palarin, entre Me. Fabregou, Notaire, & Pierre Puechberty, par lequel il fut jugé que la substitution faite dans les pactes de mariage en faveur des enfans qui naîtroient d'icelui, ou dudit mariage, ne devoit pas avoir lieu en faveur des enfans du donataire qu'il avoit eus d'un autre

BIU Cujas

mariage, quoiqu'il n'eût pas des enfans du premier mariage, en contemplation duquel la donation & la substitution avoient été faites. ¶

Mais il faut observer que toute sorte de dispositions contractuelles, où il est fait mention des enfans à naître, conjointement avec le donataire, ne renferment pas un fidéicommis tacite, *ordine successivo*, au profit des enfans; car si, par exemple, la donation étoit faite au donataire, en contemplation du mariage & des enfans qui en naîtront, ou en faveur du donataire & des siens, ou même en faveur du mariage, & en préciput & avantage des enfans qui en descendront, elle ne contiendroit point de fidéicommis tacite, & les enfans n'auroient aucun droit sur les biens donnés; *Ferrieres, sur la quest.* 230 *de Guypape: & M. d'Olive, liv.* 4, *ch.* 5; *M. Cambolas, liv.* 3, *ch.* 49, *liv.* 5, *ch.* 48; *& M. de Catellan, liv.* 2, *ch.* 14. ¶ pourvu que dans tous ces cas les enfans soient bien la cause impulsive, mais non l'objet de la donation qui regarde le donataire, & qui lui appartient: ¶ il en est de même si la donation est faite, le donataire stipulant pour lui & les siens descendans; *Boniface, tom.* 4, *liv.* 7, *tit.* 10, *ch.* 1; en un mot, dans le doute, & si la donation ne parle clairement, elle est censée faite au premier donataire, & ne comprend pas les enfans par fidéicommis tacite, *Cambolas, liv.* 5, *ch.* 48.

Ou qu'elle aura été chargée de substitution.] Notre article autorise bien clairement les substitutions contractuelles, soit qu'elles soient faites en contrat de mariage ou par d'autres contrats, & soit qu'elles se trouvent en faveur des personnes nées ou à naître, & le défaut d'acceptation de la part des substitués ne les rend pas nulles; mais elles sont soutenues par la seule acceptation de premier donataire, quoiqu'il soit une personne étrangere par rapport aux substitués, & qu'il n'ait pas le pouvoir de stipuler pour eux: cette loi n'a introduit rien de nouveau; mais elle confirme ce qui se pratiquoit dans l'usage, sur-tout au Parlement de Toulouse, où les substitutions contractuelles étoient autorisées, même sans acceptation de la part des substitués, suivant *la loi quoties* 3, *cod. de donat. quæ sub modo; Fernand, sur le ch. unique de filiis natis ex matrimonio ad morganaticam contracto, part.* 10, *n°.* 6; *M. Maynard, liv.* 6, *ch.* 69; *& M. d'Olive, liv.* 4, *ch.* 30.

Elle vaudra en faveur des enfans ou autre personne par la seule acceptation du donataire.] Notre article ne dit pas que les substitutions contractuelles doivent valoir irrévoca-

BIU Cujas

blement, & il ne les déclare valables par une disposition expresse, que pour les excepter de la regle établie par l'article V, qui assujettit toutes les donations à la nécessité de l'acceptation; voilà pourquoi il ne faut pas croire que notre article ait introduit un droit nouveau, & qu'il ait attribué le caractere d'irrévocabilité aux substitutions, qui auparavant pouvoient être révoquées dans certains cas; mais il s'en est rapporté, à cet égard, à ce qui s'observoit auparavant, suivant le droit Romain, & les ordonnances; & il a voulu seulement les garantir de la nullité, procédant du défaut d'acceptation prononcée par l'article V.

De-là vient que la substitution contractuelle est révocable avant qu'elle ait été acceptée par le substitué, comme l'enseignent les Auteurs que j'ai rapportés dans mes questions, par les raisons que j'y ai expliquées, soit que la révocation se fasse avant ou après l'échéance du terme de la substitution, parce que le droit n'est pas irrévocablement acquis au substitué, sinon après la mort du substituant, & quand il a persévéré dans la même volonté; que l'acceptation du premier donataire suffit bien pour assurer la forme de la donation, mais non pas pour lier la forme de la volonté du donateur, à l'égard des substitués, qui ne peuvent recueillir la substitution qu'autant qu'ils sont fondés sur la volonté du donateur, & qu'il a persévéré jusqu'à sa mort, suivant la *loi 3, cod. de donat. quæ sub modo.* ¶ Mais ceci a été changé par *l'article XI du tit. I de l'ordonnance du mois d'Août 1747, concernant les substitutions*, qui porte: *Les substitutions faites par un contrat de mariage, ou par une donation entre-vifs, bien & dûement acceptées, ne pourront être révoquées, ni les clauses d'icelles changées, augmentées, ou diminuées par aucune convention, ou disposition postérieure, même du consentement du donataire.* ¶

De-là vient encore que la substitution peut être révoquée par le donateur sans le consentement du donataire, qui a accepté la donation, avec charge de rendre, parce que l'acceptation ne peut profiter qu'à l'acceptant & non aux substitués, pour lesquels il n'avoit pas le droit de stipuler, suivant *la loi 3, ff. de servis exportand. la loi 1, cod. si mancip. ita fuerit aliena; & la loi 36, ff. de pactis*, sinon pour garantir les substitutions de la nullité absolue portée par *l'article V. suprà.* Mais ceci a été pareillement changé par l'ordonnance de 1747, que nous avons rapportée ci-dessus.

Il faut néanmoins excepter les substitutions faites en

BIU Cujas

contrat de mariage en faveur des enfans qui naîtront, lesquels sont irrévocables, nonobstant le défaut d'acceptation; & quoique *Chopin*, *Tiraqueau & Ricard*, *tom. 1*, *part. 1*, *n°. 873* ayent cru que ces substitutions étoient révocables, leur sentiment n'est pas vrai, & il faut tenir pour leur irrévocabilité, comme le décident *Aufreri*, *sur la question 453. Capellæ Tolosanæ*; *M. de Catellan*, *liv. 4*, *chap. 6 & l. 5*, *chap. 55*; *& de Lauriere*, *des institutions & substitutions contractuelles*, *ch. 7*, *n°. 21 & 47*, soit à cause de la faveur des contrats de mariage, qui rend essentiellement irrévocables toutes les dispositions qu'ils renferment en faveur des conjoints, ou de leurs enfans, soit parce qu'il seroit injuste de priver les enfans d'une libéralité sans laquelle le mariage n'auroit pas été accompli.

Il faut encore excepter les substitutions faites hors du contrat de mariage en faveur des enfans nés ou à naître du donataire qui a accepté pour lui & pour ses enfans; car dans ce cas le donataire ayant droit de stipuler & d'accepter pour ses enfans, suivant *l'article VII suprà*, son acceptation acquiert un droit irrévocable à ses enfans, tout comme à lui-même. On peut voir toutes ces difficultés discutées plus au long dans mes questions, *question 5*.

Et que les donateurs soient des collatéraux ou des étrangers. ¶ Les substitutions expresses ou tacites comprises dans les donations faites en contrat de mariage, ou dans les autres contrats, valent par la seule acceptation du donataire, sans considérer la qualité des donateurs, & il est indifférent qu'ils soient ascendans, collatéraux ou même étrangers: c'est ce que notre article dit expressément.

¶ Il reste quelques observations à faire sur les convenances & les différences qui se trouvent entre les donations qui sont faites en contrat de mariage ou autrement, en faveur des personnes existantes, & celles qui sont faites en faveur des enfans à naître; elles conviennent en ce que les unes & les autres sont irrévocables; savoir, celles qui sont faites en contrat de mariage en faveur des conjoints, ou de leurs descendans, soit qu'elles ayent été acceptées ou non, & qu'elles ayent été faites directement aux mariés, ou à leurs enfans à naître, en premier ou second rang, suivant *l'article XI du Tit. I de l'Ordonnance du mois d'Août 1747*, & celles qui sont faites hors du contrat de mariage, lorsqu'elles sont acceptées par le donataire; auquel cas elles sont irrévocables,

BIU Cujas

même pour les seconds donataires, qui sont appellés subordinément par voie de substitution, ou autrement.

Elles diffèrent en ce que les donations faites aux personnes existantes, acquierent un droit irrévocable, au moment qu'elles sont parfaites; qu'elles ne peuvent pas devenir caduques, & que les biens ne peuvent revenir au donateur, qu'autant que le retour a été stipulé, ou qu'il est de la qualité requise, afin que le retour légal ait lieu; mais les donations en faveur des enfans à naître, n'acquierent pas un droit irrévocable au moment qu'elles sont faites: leur effet est suspendu jusqu'à la mort du donateur; & auparavant aucun droit n'est acquis aux donataires, parce qu'elles sont conditionnelles; & que pour les rendre efficaces, il faut que les conditions, dont elles sont impliquées, arrivent.

La premiere condition que les donations en faveur des enfans à naître renferment, est celle de la naissance des enfans, parce que des enfans qui n'existent pas, ne sont pas capables d'acquérir quelque droit, *esse enim debet cui detur*, *Leg.* 14, *ff. de jure codicil.* de quoi tous les Auteurs demeurent d'accord.

La deuxieme, que les enfans à naître, auxquels la donation est destinée, survivent au donateur, parce que la condition de survie est tacitement sous-entendue, & que le donateur est censé n'avoir fait la donation qu'aux enfans qui lui survivent, comme l'ont fort bien remarqué *M. Duval*, *de reb. dub. tract.* 4, *n°.* 3; *M. de Cambolas*, *liv.* 5, *ch.* 35, *n°.* 2; *Vulson*, *des Elections*, *quest.* 7, *n°.* 6; *& M. de Catellan*, *liv.* 2, *ch.* 15; & quoique les enfans naissent, s'ils décedent avant le donateur, la donation devient caduque, à moins qu'ils ne laissent des enfans qui survivent au donateur; & l'on doit raisonner à cet égard des donations en faveur des enfans à naître, comme des institutions contractuelles, qui deviennent caduques, lorsque l'institué prédécede sans laisser des enfans du mariage, en faveur duquel elles ont été faites, suivant *Ricard*, *des donations*, *tom.* 1, *part.* 1, *n°.* 1074, 1075, *& les autres Auteurs. M. Cujas*, *Consult.* 58; *M. Maynard*, *liv.* 5, *ch.* 34, *n°.* 9, *de la nouvelle édition*; *Brodeau*, *sur M. Loüet*, *lettre D*, *Sommaire* 51; *& M. de Cambolas*, *liv.* 5, *ch.* 35, ont fort judicieusement observé que la donation en faveur des enfans à naître, tient de la nature de la donation à cause de mort, *non esse donationem inter vivos*, comme s'explique *M. Cujas*. On trouve en effet dans la donation en faveur des enfans

BIU Cujas

fans à naître, la marque caractériſtique de la donation à cauſe de mort; puiſque le donateur ne ſe dépouille pas, & il ne transfere aux donataires futurs, qui n'exiſtent pas, aucune propriété. Il ſe préfere lui-même aux donataires, en retenant la propriété & l'adminiſtration pendant ſa vie, & il prefere les donataires à ſon héritier: ce qui conſtitue la nature & l'eſſence de la donation à cauſe de mort, ſuivant la *loi 1, ff. de mortis cauſâ donat.* *mortis cauſâ donatio eſt, cùm quis habere ſe vult, quàm eum cui donat; magiſque eum, cui donat, quàm hæredem ſuum*; & cela eſt en même-tems incompatible avec la nature de la donation entre-vifs, dont l'eſſence eſt de transférer la propriété, & d'en dépouiller le donateur, *dat aliquis eâ mente, ut ſtatim velit accipientis fieri nec ullo caſu ad ſe reverti*, ſuivant les expreſſions de la *loi 1, ff. de donationib.* Il eſt vrai que par notre uſage, la donation aux enfans à naître, eſt irrévocable à cauſe de la faveur du contrat de mariage où elle a été faite; mais cette irrévocabilité, qui n'eſt qu'accidentelle, n'en change pas la nature, & n'empêche pas qu'elle ne ſoit une vraie donation à cauſe de mort; laquelle renferme eſſentiellement la condition de la ſurvie du donataire, & devient caduque quand il prédécede, §. 1, *inſtit. de donat. l. 6, & l. 18, cod. de donat. inter virum & uxor. V. Fontanella, de pactis nuptialib. clauſulâ 11, Gloſ. un. n°. 23 & 24*, où il dit, *hæreditamenta quæ filiis naſcituris fiunt, non habent effectum niſi poſt mortem donatorum & hæreditantium; taliter quòd illorum vitâ durante, nihil poſſunt nec petere, nec prætendere; ſed debent relinquere res donatas, & illorum adminiſtrationem penes parentes eodem modo, quo anteà erant penes eos..... quod nedùm adminiſtratio remanſit penes donatorem & patrem hæreditantem, ſed etiam Dominium.*

La troiſieme condition eſt, lorſque la donation eſt faite aux enfans à naître, avec faculté d'élire par le donateur, ou par ſa femme, à laquelle le droit d'élire a été accordé dans leurs pactes de mariage, que les enfans ſoient vivans & capables lors de l'élection, ſi elle eſt faite par acte entre-vifs; ſinon au tems du décès du ſurvivant des mariés, qui ont le droit de faire élection, parce que la faculté d'élire ſuſpend le droit des éligibles, par une condition tacite & inhérente; *M. de Catellan, liv. 2, ch. 27; & M. Cujas, Conſult.* 58. On peut voir ce que j'ai dit dans mon traité des teſtamens, tome 2, où j'ai examiné ſi la faculté d'élire forme une condition qui ſuſpende le droit des éligibles.

BIU Cujas

Il y a un quatrieme cas, où l'on ſous-entend une condition qui ſuſpend l'effet de la donation; c'eſt lorſqu'elle eſt des biens préſens & à venir; & ce cas dépend du principe que nous venons d'établir. Dans la donation des biens préſens & à venir, l'effet eſt renvoyé au tems de la mort du donateur, auquel le donataire doit faire le choix des biens tels qu'ils étoient au tems de la date de la donation, ou bien au tems de la mort du donateur; & il faut que le donataire exiſte pour faire le choix au tems de la mort du donateur, ſans quoi la donation devient caduque, à moins que le donataire ne laiſſe des enfans du mariage, en faveur duquel la donation a été faite, *Ricard, tom. 1, part. 3 des donations, no. 827*; ce que je ne voudrois pourtant pas admettre, dans le cas qu'il y eût une tradition vraie, ou feinte, par la réſervation de l'uſufruit faite par le donateur, à cauſe que dans ce cas le donataire ſe trouveroit réellement ſaiſi des biens préſens par ſon acceptation, & ſon acquiſition des biens préſens ne ſeroit pas ſuſpendue juſqu'au tems de la mort du donateur; mais il faudroit que la donation fût faite à une perſonne exiſtante.

Il y a encore un cinquieme cas, où la donation eſt ſuſpendue juqu'à la mort du donateur, par la condition tacite de la ſurvie du donataire: c'eſt lorſqu'elle eſt faite d'une certaine portion des biens que le donateur aura lors de ſa mort, comme il a été jugé par un arrêt du 13 Avril 1688, rapporté au Journal du palais, tome 2; parce que, ſelon la remarque *d'Auzanet, ſur l'article 274 de la coutume de Paris, pag.* 215, le donataire demeure le maître des biens donnés pendant ſa vie; & je penſe qu'il en devroit être de même de la donation de tous les biens que le donateur auroit lors de ſon décès. Dans ces cas, qui ſont ſuſceptibles de la même déciſion; par le même principe, l'effet de la donation étant renvoyé au tems du décès du donateur, ſi le donataire prédécede aux enfans, la donation, quoique faite à une perſonne exiſtante, devient caduque. Mais aujourd'hui il n'eſt permis de faire des donations de cette eſpece, qu'en contrat de mariage en faveur des conjoints, ou des enfans qui en naîtront, ſuivant les articles XV & XVII de notre Ordonnance. ¶

BIU Cujas

ARTICLE XII.

La Donation faite à une ou plusieurs personnes existantes, conjointement avec d'autres qui sont à naître, vaudra pour tous en vertu de l'acceptation qui sera faite par les Donataires existans, ou à leur nom.

VOULONS pareillement qu'en cas qu'une Donation faite *à des enfans nés & à naître*, ait été acceptée par ceux qui étoient déja nés dans le temps de la Donation, ou par leurs Tuteurs & autres dénommés dans *l'Article VII, elle vaille même à l'égard des enfans qui naîtront dans la suite*, nonobstant le défaut d'acceptation faite de leur part, ou pour eux, encore qu'elle ne soit pas faite par Contrat de mariage, & que les Donateurs soient des collatéraux ou des étrangers.

OBSERVATIONS.

Le sens de l'article est que l'acceptation de la donation faite par l'un ou plusieurs des codonataires existans, ou par quelqu'un de ceux qui peuvent accepter pour eux, fait valoir la donation, tant pour les acceptans que pour les autres codonataires à naître, quoique personne n'ait accepté pour eux; ce qui a lieu, quoique la donation soit faite hors du contrat de mariage, & que les donateurs soient étrangers.

A des enfans nés & à naître.] Les termes de notre article doivent nécessairement renfermer un cas différent de celui du précédent article, autrement la disposition de celui-ci seroit superflue; il faut donc supposer que la donation soit faite conjointement à des enfans nés & à naître, & ceux-ci par leur naissance venant par concours, recueilleront leur portion virile & leur quotité de la donation, à mesure qu'ils naîtront; ainsi on peut appliquer les raisons expliquées par *Ricard, des substitutions, n° 533*, & suivans, & les textes cités par *Rebuffe, consil. 175*,

BIU Cujas

pour soutenir le concours ; si, par exemple, il y a deux donataires nés au temps de la donation, & qu'elle soit faite à eux & aux enfans à naître d'une certaine personne désignée dans l'acte, à mesure que les enfans naîtront, ils seront admis en concours ; en sorte que toutes les fois qu'il naîtra un enfant de la qualité de ceux qui doivent recueillir, la portion de ceux qui ont accepté sera diminuée. Supposons donc que les donataires existans fussent deux en nombre au temps de la donation, lorsqu'un autre viendra à naître, les biens qui n'ont dû être divisés qu'en deux portions, eu égard au nombre des acceptans, seront partagés en trois portions ; que s'il en naît un autre, la portion d'un chacun sera d'un quatrieme, ainsi des autres, s'il en naît un plus grand nombre ; car toutes les fois que les portions ne sont pas exprimées, le partage doit se faire *in viriles*, & les parts doivent être égales ; mais si elles sont fixées par la donation, il faudra en suivre la disposition comme une loi ; que si l'on devoit entendre cet article dans le sens du précédent ; c'est-à-dire, dans le cas d'une substitution fidéicommissaire, les donataires existans lors de la donation devroient la recueillir en premier rang, & les donataires à naître ne pourroient en recevoir l'utilité qu'après la mort des premiers.

Ait été acceptée par ceux qui étoient déja nés.] Il faut que la donation ait été acceptée par les donataires nés & existans au temps de la donation, ou par leurs tuteurs ou les autres personnes désignées dans l'*article VII*, qui ont droit d'accepter pour autrui, afin que la donation vaille en faveur des donataires à naître, & que la décision de cet article puisse avoir lieu ; ce qui est particulier en faveur des enfans qui ne sont pas encore nés ; car si la donation étoit faite conjointement en faveur de plusieurs personnes existantes lors de la donation, à moins que l'acceptation ne fût faite par tous les donataires, ou par des personnes qui peuvent accepter pour eux, la donation ne seroit bonne que pour ceux qui auroient accepté, & non pour les autres codonataires non acceptans, suivant l'*article V suprà* : bien plus, les donataires acceptans ne pourroient pas prétendre tous les biens donnés, mais seulement leur portion virile, les autres qui étoient destinés pour les codonataires absens & non acceptans, demeurant nulles & caduques, sans que le droit d'accroissement puisse avoir lieu, comme je l'ai expliqué dans mes questions, où j'ai amplement discuté la matiere.

BIU Cujas

Elle vaille, même à l'égard des enfans qui naîtront dans la suite.] L'article ne dit pas, non plus que le précédent, que la donation en faveur des enfans à naître doive valoir irrévocablement; ainsi il faut appliquer ici ce que j'ai observé à cet égard, en expliquant l'*article XI.*

Encore qu'elle ne soit pas faite par contrat de mariage, & que les donateurs soient des collatéraux ou des étrangers.] Ceci prouve qu'on n'a point d'égard à la faveur ou à la nature du contrat qui contient la donation en la forme expliquée dans cet article, ni à la qualité des donateurs, & qu'il importe peu qu'ils soient ascendans ou collatéraux, ou même étrangers, par rapport aux donataires: on ne considere que la faveur des enfans à naître, & l'on met les donations, quoique au premier degré, au niveau des substitutions contractuelles, pour les dispenser de la nullité portée par l'article V, & non pour l'irrévocabilité; & tout comme celles-ci valent par la seule acceptation du premier donataire, de même l'acceptation des donataires existans, fait valoir la donation en faveur des donataires, qui ne sont nés que postérieurement.

ARTICLE XIII.

Les institutions contractuelles & les dispositions à cause de mort, faites en Contrat de mariage, sont bonnes sans acceptation.

LES *institutions contractuelles & les dispositions à cause de mort*, qui seroient faites dans un Contrat de mariage, même par des collatéraux ou par des étrangers, ne pourront être attaquées par le défaut d'acceptation.

OBSERVATIONS.

Les institutions contractuelles.] Cet article ne fait autre chose que dispenser de la nécessité & de la forme de l'acceptation prescrite par les articles précédens, les institutions contractuelles & les dispositions à cause de mort, faites en contrat de mariage meme par des collatéraux ou

BIU Cujas

des étrangers, & n'ajoute rien de nouveau aux dispositions des coutumes, ou aux usages des lieux sur la nature, la forme & les effets des institutions contractuelles; il suppose aussi que ces institutions contractuelles soient reçues par les coutumes; car son intention n'est pas de les autoriser & de les rendre valables dans les lieux où elles sont rejettées quand elles sont universelles, & de tous les biens présens & à venir, comme en Berry, selon *l'article 6, du tit. 8*, de la coutume de ce pays, qui ne les autorise même en faveur des descendans du mariage, que quand elles sont de certains biens.

Mais cette coutume est singuliere à cet égard; car on observe pour regle générale en France, que les institutions contractuelles, ou conventions de succéder au profit des mariés, de l'un d'eux, ou de leurs descendans, sont bonnes & valables, en quelque forme & en quelques termes qu'elles soient conçues, non seulement dans les Pays coutumiers, quoique la coutume n'en parle pas, & quand même les institutions d'héritier par testament n'y seroient pas reçues, mais encore dans le pays de droit écrit: sur quoi l'on peut voir *Fernand, sur le chap. unique de filiis natis ex matrimonio, ad morganatic. contracto; M. Leprêtre, centurie 2, ch. 94; Brodeau, sur M. Louet, lettre S, somm. 9; M. Maynard, liv. 5, ch. 90, & liv. 7, ch. 100; Me. Eusebe de Lauriere, des institutions & substitutions contractuelles; Me. Joseph Boucheul, dans son traité des conventions de succéder; M. Denis Lebrun, des successions; Ricard*, & plusieurs autres, qui ont examiné à fonds cette matiere.

En quoi l'on a dérogé à la jurisprudence Romaine, qui ne permet pas de déférer la succession autrement que par testament, ou *ab intestat*, § *Hactenùs 6, instit. per quas personas cuique acquiritur*, & qui réprouve toute sorte de conventions de succéder, faites par contrat, de même que les renonciations à l'hérédité d'une personne vivante, *L. 15, cod. de pactis, L. 3, cod. de collat. L. 4, cod. de inutil. stipul. & L. 61, ff. de verb. obligat.* toutefois la convention faite entre deux soldats, que le survivant succédera à l'autre, est autorisée par la loi 19, *cod. de pactis; & la novelle 19* de l'Empereur Leon, veut que quand le pere, en mariant l'un de ses enfans, lui a promis de lui laisser en mourant une portion égale à celle des autres enfans, il ne lui soit permis de rien faire contre la foi de la convention, & que toute disposition contraire soit nulle.

¶ Plusieurs Auteurs ont parlé des institutions contrac-

BIU Cujas

tuelles & en ont expliqué les effets ; mais je n'en ai lu aucun qui en ait expliqué & développé exactement la nature. Les uns la considerent comme des donations entre-vifs, & leur attribuent les mêmes effets ; les autres la regardent comme une donation à cause de mort irrévocable; les autres comme un testament aussi irrévocable ; les autres en font un contrat mixte, qui tient de la donation entre-vifs, & de la donation à cause de mort ; enfin les autres en font un genre de disposer particulier, qui fait une classe à part, & qui a ses regles particulieres. Après avoir examiné avec beaucoup de réflexion ce point, & tous les Auteurs qui le traitent, je me suis déterminé à penser que l'institution contractuelle, ou le pacte de succéder, n'est pas une donation entre-vifs, parce que la donation ne peut pas faire un héritier. Elle n'est pas non plus un testament, parce qu'elle est irrévocable, & qu'il est de l'essence du testament d'être révocable, *L. 4, ff. de adim. leg. & L. 22, ff. de leg. 3* : elle n'est pas une donation à cause de mort, parce qu'elle ne peut pas faire un héritier. C'est une autre espece de disposition, que le droit Romain avoit réprouvée, qui est purement du droit François, qui l'a introduite. Elle peut tirer son origine de la *novelle 19 de l'Empereur Leon*, mais d'une façon assez éloignée. Elle a du rapport avec la donation entre-vifs par son irrévocabilité ; mais pour ses autres effets, elle n'a rien de commun avec la donation entre-vifs. Elle a du rapport avec la donation à cause de mort, parce qu'elle a trait de temps à la mort de l'instituant, que son effet est suspendu jusqu'alors & qu'elle renferme la condition de survie de l'institué ; autrement elle est caduque, à moins que l'instituant ne laisse des enfans. Elle a du rapport avec le testament, en ce qu'elle défere l'hérédité, & qu'elle fait un vrai héritier; ce que la donation entre-vifs, ni la donation à cause de mort ne peuvent pas faire ; mais, à cela près, elle n'a rien de commun avec le testament ni avec la donation à cause de mort. C'est une maniere de disposer ou une convention, que quelques Auteurs ont appellée, avec raison, *amphibie*, qui constitue une classe à part, & qui a ses regles particulieres, qu'elle ne doit emprunter ni de la donation entre-vifs, ni de la donation à cause de mort, ni du testament. Ainsi les Auteurs qui disent que l'institution contractuelle est une donation entre-vifs, & ceux qui la mettent dans la catégorie de la donation à cause de mort, ne parlent pas exactement, & n'en connoissent pas bien la

BIU Cujas

nature, comme l'a fort bien remarqué *Me. Eusebe de Lauriere, des instit. & substit. contract. ch. 2, n°. 21.* On peut voir les différens avis des Auteurs dans *M. de Cambolas, liv. 4, ch. 26; M. Maynard, liv. 5, ch. 90, & liv. 7, ch. 100; Coquille, sur la coutume de Nivernois, ch. 27, art. 12; Ricard, des donations, tom. 1, part. 1, n°. 1074; Lebrun, des successions, liv. 3, ch. 2, n°. 6; Fernand, des successions convent. part. 6, n°. 12; & de Lauriere, au lieu cité, ch. 2.* ¶

Afin que les institutions contractuelles soient valables, il faut qu'elles soient faites en faveur & contemplation d'un mariage à célébrer; c'est-à-dire, ou dans le contrat de mariage, ou bien dans un acte séparé, qui se rapporte néanmoins au contrat de mariage, & qui soit censé en faire partie, suivant *l'article 219 de la coutume de Bourbonnois; M. Auroux des Pommiers, sur cet article; Fernand, ad cap. unic. de filiis natis ex matrimonio ad morganaticam contracto, part. 6, n°. 9 & 10; M. Maynard, liv. 5, chap. 90; & Ferrieres, sur l'article 299 de la coutume de Paris, §. 2, n°. 13:* ce qui est si vrai, que si elles étoient faites même dans le contrat de mariage, après la célébration, elles ne seroient pas irrévocables: *Fernand*, au lieu préallégué; *M. de Cambolas, liv. 2, ch. 21; & Lebrun, des successions, liv. 3, ch. 2, n°. 11.* La raison est, parce que ce n'est que le motif du mariage à célébrer qui fasse autoriser ces institutions contraires à la disposition du droit. ¶ Il faut encore qu'elles soient faites en faveur des conjoints ou de leurs descendans à naître; autrement elles ne sont pas valables. Si, par exemple, un pere mariant un de ses enfans, instituoit par le contrat de mariage le futur époux & son autre fils, l'institution contractuelle ne seroit pas valable en faveur de celui des enfans qui ne contracte pas le mariage, comme le décident fort bien *Lebrun, des successions, liv. 3, ch. 2, n°. 12; Fernand*, au lieu cité, n°. 11; *M. Auroux des Pommiers, sur l'article 219, n°. 13 & 14 de la coutume de Bourbonnois; & Boucheul, des conventions de succéder, ch. 30, n°. 14:* toutefois la substitution faite en faveur des descendans de l'institué, nés d'un autre mariage, seroit bonne; *Henris, tom. 1, liv. 6, ch. 5, quest. 25;* & Lebrun, au lieu préallégué: la raison est, parce qu'il suffit que l'institution vaille, afin que les substitutions soient bonnes, quand même les personnes appellées ne seroient de la qualité requise pour faire subsister l'institution contractuelle; car les substitutions n'étant qu'un accessoire de l'institution, pourvu que le principal soit bon, tous les accessoires sont valables: je

BIU Cujas

crois même que quand la substitution contractuelle seroit faite en faveur de toute personne, quoiqu'étrangere à l'institué contractuel, elle seroit également bonne, parce que la substitution vaut par la volonté du Substituant, *l.* 3, *cod. de donat. quæ sub modo*, & que les anciennes ordonnances, de même que les articles XI & XII de celle-ci, ne distinguent point si les substitués sont descendans ou étrangers, par rapport au donataire, ou à l'institué: on ne doit donc examiner, sinon si les formalités nécessaires pour la validité de la premiere donation ou de l'institution, ont été observées, afin qu'on doive confirmer les substitutions qui en dépendent; il est vrai que ces substitutions contractuelles faites au profit d'autres que des conjoints, ou de leurs descendans du même mariage, n'ont pas le caractere d'irrévocabilité, & que le substituant les peut détruire comme il veut, suivant la remarque de *Lebrun*, *des successions*, *liv.* 3, *ch.* 2, *n°.* 45; sur quoi on peut voir ma question 5.

Enfin il est nécessaire, pour rendre les institutions contractuelles ou les promesses d'instituer, valables & efficaces, que le mariage en contemplation duquel elles ont été faites, soit célébré & accompli; autrement elles sont inutiles, parce que ce n'est qu'à cause de la faveur du mariage qu'elles ont été reçues dans l'usage; voilà pourquoi si la cause de cette faveur manque, elles doivent être considérées comme illicites & réprouvées, suivant la décision du droit Romain; & ce n'est pas par le simple projet, mais par l'accomplissement du mariage, que l'institution contractuelle ou la promesse d'instituer prennent leur force & leur validité. De plus, il est nécessaire que celui qui fait l'institution contractuelle ou la promesse d'instituer, ait la capacité & le pouvoir de la faire; sans quoi elle est radicalement nulle.

Les Auteurs ne sont pas d'accord sur la question, si dans le cas de deux héritiers institués, dont il n'y a qu'un seul qui contracte mariage, le droit d'accroissement a lieu, & si le conjoint institué sera héritier pour le tout: *Coquille sur la coutume de Nivernois*, *ch.* 27, *des donations*, *article* 12, tient l'affirmative au contraire; *Me. Auroux des Pommiers*, *au lieu préallégué*, *n°.* 18 & 19, décide que le droit d'accroissement n'a pas lieu; mais comme l'institution contractuelle est une donation, il faut décider cette difficulté, avec la distinction que j'ai faite dans ma question 1, sur la nature du droit d'accroissement dans les institutions contractuelles: on peut voir

BIU Cujas

de Lauriere, des inſtitutions & ſubſtitut. convent. ch. 4; & Me. Auroux des Pommiers, au lieu préallégué, *n°.* 19 & ſuivans, juſques au *n°.* 28; & Lebrun, au lieu cité. ¶

Les inſtitutions contractuelles étant des titres univerſels, qui transferent l'hérédité, tout de même que les teſtamens, elles ſont des véritables héritiers, qui ſont tenus *ultra vires hæreditatis*, quand ils ont omis de faire inventaire, comme le remarque *Lebrun, des ſucceſſions, liv. 3, ch. 2, n°. 7 & 41; & Ferrieres, ſur l'article 272 de la coutume de Paris, gloſ. 2, n°. 42*; voilà pourquoi elles comprennent tous les biens préſens & à venir; *M. de Cambolas, liv. 4, ch. 26, n°. 2*; il en eſt de même de la promeſſe d'inſtituer, qui opere le même effet que l'inſtitution actuelle, & on le juge de même au Parlement de Toulouſe, ſelon le témoignage de *M. de Cambolas*, au lieu préallégué, *d'Albert verb. promeſſe d'inſtituer, article 1; de M. Maynard, liv. 5, ch. 90*, & pluſieurs autres, rapportés par *Boucheul, des conventions de ſuccéder, ch. 1, n°. 12*. Cependant ſi la promeſſe d'inſtituer n'étoit faite que pour les biens que l'inſtituant auroit au tems de ſon décès, elle ne pourroit s'appliquer qu'aux biens délaiſſés par l'inſtituant lors de ſa mort, ſelon la loi du contrat, comme le remarque *Duperier, tom. 1, liv. 2, queſtion 16*.

Tous les Auteurs conviennent que les inſtitutions contractuelles faites en faveur de mariage, aux conjoints ou à leurs deſcendans, ſont irrévocables, mais ils ne ſont pas d'accord ſur l'effet de cette irrévocabilité, & ſi elle lie l'inſtituant, de maniere qu'il ne puiſſe point faire des legs, des donations particulieres, & des aliénations *manente inſtitutione*.

Dans le pays coutumier, on ſuit communément la diſpoſition des *articles 220 & 222 de la coutume de Bourbonnois*, qui les déclare irrévocables, avec des modifications; c'eſt-à-dire, que l'inſtituant ne peut point faire d'autre héritier par teſtament ou par contrat ſubſéquent; mais elle n'empêche pas que l'inſtituant ne puiſſe aliéner ſes biens par contrat entre-vifs. *Dumoulin* remarque encore ſur l'*article 222* de cette coutume, que l'inſtituant peut faire des legs particuliers, *adhùc non impeditur quædam particularia legare manente inſtitutione in ſua quota.*

Auſſi on y regarde les inſtitutions contractuelles comme des actes qui tiennent de la nature de la donation à cauſe de mort, & de la donation entre-vifs: elles tiennent de la donation entre-vifs, parce qu'elles ſont irré-

BIU Cujas

vocables, & qu'on ne peut point faire un autre héritier par teſtament ni par contrat; elles tiennent auſſi de la nature des donations à cauſe de mort, en ce que l'inſtituant n'eſt pas lié pour ce qui eſt de l'adminiſtration, pouvant toujours diſpoſer de ſes biens comme un bon pere de famille; c'eſt-à-dire, ſans fraude, vendre ce qui lui eſt le moins commode, créer des dettes, donner entre-vifs, & faire des legs particuliers, pourvu que ces diſpoſitions n'emportent pas la meilleure partie des biens; c'eſt ainſi que s'en expliquent *Ricard*, *des donations*, *part.* 1, *ch.* 4, *ſect.* 2, *diſtinct.* 3; *Lebrun*, *des ſucceſſions*, *liv.* 3, *ch.* 2, *n°.* 18, *& ſuivans*; *& Ferrieres*, *ſur l'article* 299 *de la Coutume de Paris*, §. 2; en ſorte que l'inſtitué ne peut prétendre que les biens délaiſſés par l'inſtituant lors de ſon décès: on peut voir ce qu'en ont écrit *Henris*, *tom.* 1, *liv.* 5, *ch.* 4, *queſt.* 59; *M. Bourguier*, *lettre S*, *ch.* 11; *Duperier*, *tom.* 1, *liv.* 2, *ch.* 15; *de Lauriere*, *des inſtitutions & ſubſtitutions contractuelles*, *ch.* 4; *& Coquille*, *ſur la coutume de Nivernois*, *des donations*, *article* 12.

Mais il y a quelques Auteurs du Parlement de Toulouſe qui ne les conſiderent que comme des donations entre-vifs, eſſentiellement irrévocables; en ſorte que l'inſtituant ne peut aliéner ſes biens ni les hypothéquer, encore moins les donner à titre gratuit; & les aliénations faites au préjudice de l'inſtitution contractuelle, ſeroient révoquées après la mort de l'inſtituant, comme le remarquent *Fernand*, *de filiis natis ex matrimonio morganatic. contracto*, *part.* 7, *n°s.* 2, 3, 4 & 5; *& M. de Cambolas*, *liv.* 4, *ch.* 26, *n°.* 2.

On excepte néanmoins quelques cas où les aliénations ſont autoriſées, ſelon *Fernand*, au lieu préallégué, n°. 6. Premiérement, pour doter les filles, ou payer les légitimes aux autres enfans. 2°. Lorſque l'inſtituant a cauſé du dommage, celui qui l'a ſouffert peut agir ſur les biens compris dans l'inſtitution, pour ſe faire payer de la valeur. 3°. Pour empêcher que l'inſtituant ne ſoit puni pour crime. 4°. Pour le payement des créanciers qui détiennent l'inſtituant en priſon; & dans ce cas, *M. Maynard*, *liv.* 6, *ch.* 62; *M. Duranti*, *queſt.* 54 & 120; *& M. de Cambolas*, *liv.* 1, *ch.* 3, décident la même choſe. 5°. Lorſque l'inſtituant ſe comporte en bon pere de famille, & pour l'augmentation & la conſervation de ſes biens & de ceux de ſes enfans, en achetant, vendant ou échangeant ſans fraude, tant les meubles, que les immeubles. 6°. Pour ſe nourrir lui & ſa famille, ſelon

BIU Cujas

ſa condition : toutes ces exceptions ſont marquées par *Fernand*, au lieu préallégué. 7°. Pour le payement des dettes de l'inſtituant, antérieures au contrat de mariage ; *Fernand*, *part.* 10, *n°.* 12. 8°. L'inſtituant peut auſſi bailler des biens en emphythéoſe ; *M. Maynard*, *liv.* 7, *ch.* 100 ; *& Fernand*, *part.* 7, *n°.* 6, aux additions. 9°. Nonobſtant l'inſtitution en la moitié des biens ou autre quotité, l'inſtituant peut aliéner *in ſolidum* un immeuble, ſauf à l'inſtitué à ſe remplacer ſur les biens reſtans ; *Guipape*, *queſt.* 602.

¶ Cependant la déciſion des Auteurs du Parlement de Toulouſe, que l'on vient d'expliquer, n'eſt pas juridique indiſtinctement, & dans tous les cas. Il eſt vrai que l'inſtituant ne peut pas faire des aliénations à titre gratuit, au préjudice de l'inſtitution, à cauſe de ſon irrévocabilité, qui empêche que l'inſtituant ne puiſſe y donner aucune atteinte par des donations, & autres diſpoſitions gratuites poſtérieures ; mais il peut faire des aliénations à titre onéreux, & il peut contracter des dettes, au payement deſquelles les biens compris dans l'inſtitution ſeront ſujets, parce que l'inſtitué eſt vrai héritier, qu'il repréſente le défunt en l'état où il étoit au tems de ſa mort, & qu'il eſt tenu & garant de ſes faits & promeſſes ; & quoi qu'en diſe *Fernand*, au lieu cité, il eſt faux que l'inſtitué ne repréſente l'inſtituant qu'eu égard au tems de l'inſtitution, vu qu'elle a trait de tems à la mort, & que l'hérédité eſt la ſucceſſion en tous les biens délaiſſés par le défunt. Peu importe qu'on veuille comparer l'inſtitution contractuelle à la donation entre-vifs de tous les biens préſens & à venir ; car celui qui a donné tous ſes biens préſens & à venir, peut contracter des dettes, & faire des aliénations onéreuſes ; & quand le donataire prend la donation au tems de la mort du donateur, le donataire doit payer les dettes poſtérieures, & demeurer garant des aliénations, à cauſe qu'il repréſente le donateur tel qu'il étoit lors de ſon décès. Il en doit donc être de même à plus forte raiſon de l'héritier contractuel, à moins que comme le donataire a la liberté d'opter la donation du jour de ſa date, l'héritier contractuel ne fût recevable à diviſer l'inſtitution, & à prendre les biens exiſtans lors de l'inſtitution, en abandonnant les autres ; ce qui ſeroit contraire à toutes les regles. ¶

Ceci ſeroit encore moins ſuſceptible de difficulté, ſi l'inſtitution ou la promeſſe d'inſtituer n'étoient faites

BIU Cujas

que des biens que l'instituant auroit lors de son décès ; les aliénations & les hypotheques faites sans abus & sans fraude, seroient valables, suivant *Duperier*, *tom.* 1, *liv.* 2, *quest.* 16; & *Boniface*, *tom.* 4, *liv.* 5, *tit.* 1, *ch.* 10, parce que l'héritier contractuel étant borné aux biens que l'instituant délaisseroit en mourant, il n'a point de droit irrévocable sur ceux que l'instituant possédoit lors du contrat.

Les institutions contractuelles étant comparées, suivant la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, aux donations entre-vifs de tous les biens présens & à venir, on peut former deux questions. La premiere, si l'héritier contractuel est tenu des dettes contractées depuis l'institution, lorsqu'il profite des biens acquis par l'instituant depuis le contrat contenant l'institution.

En raisonnant sur les principes du droit coutumier, selon lesquels les institutions contractuelles ne sont irrévocables que pour empêcher l'instituant de faire un autre héritier par contrat ou par testament postérieur, la chose ne peut souffrir aucun doute, & l'héritier contractuel doit payer les dettes postérieures, soit qu'il profite des biens nouvellement acquis ou non, parce que l'instituant a la liberté d'hypothéquer ses biens pendant sa vie, & que l'héritier doit les prendre tels qu'ils sont lors du décès de l'instituant.

Au contraire, en raisonnant sur le principe de l'irrévocabilité absolue, il faudroit décider à la rigueur que l'héritier peut profiter des biens acquis depuis l'institution, sans être soumis aux dettes postérieures, à moins qu'elles n'eussent contribué à l'acquisition des biens, parce que l'institution comprend les biens à venir, tout comme ceux qui étoient possédés par l'instituant, & que le droit étant acquis irrévocablement à l'héritier sur ces biens, il doit les prendre exempts de toutes dettes, sauf de celles qui étoient établies au temps du contrat, & de celles qui ont contribué à l'acquisition des biens.

En suivant le même principe de l'irrévocabilité, on devroit dire la même chose à l'égard des donations des biens présens & à venir, comme le remarque *Me. Bretonnier*, *sur Henris*, *tom.* 2, *liv.* 4, *quest.* 59, parce que les biens à venir sont donnés irrévocablement, & peuvent faire la matiere d'une donation entre-vifs, selon le droit Romain, tout de même que les biens présens, ainsi que je le ferai voir sur l'*article XV.* Voilà pourquoi il ne devroit pas être au pouvoir du donateur de le charger des dettes, à moins

BIU Cujas

qu'elles n'eussent servi à acquérir partie des biens à venir; mais comme la Jurisprudence des arrêts, & sur-tout du Parlement de Toulouse, a assujetti le donataire au payement des dettes contractées depuis la donation, lorsqu'il prend les biens acquis postérieurement, selon *M. de Catellan, liv. 5, ch. 23; & Boniface, tom. 1, liv. 7, tit. 5, ch. 1*; ce qui a été ainsi introduit, parce que les biens présens devant être chargés des dettes existantes lors de la donation, les biens à venir devoient également être chargés des dettes à venir, suivant la maxime *bona non dicuntur nisi deducto ære alieno.* L'héritier contractuel profitant de tous les biens, même de ceux qui ont été acquis depuis le contrat d'institution, il doit également contribuer aux dettes créées après le même contrat, la condition des créanciers, *qui certant de damno vitando*, étant plus favorable que celle de l'héritier contractuel, *qui certat de lucro captando*, & qui entre en la place du défunt.

La seconde question consiste à savoir, si l'héritier contractuel a la liberté de diviser l'institution, & de s'en tenir aux biens existans lors du contrat de mariage, en payant les dettes aussi existantes dans le même tems, & de renoncer aux biens à venir, pour se dispenser de payer les dettes postérieures. Les Auteurs qui ont examiné la question, ne l'ont décidée que par rapport aux donations des biens présens & à venir, & non sur les institutions contractuelles. *Ricard, des donations, tom. 1, part. 1, n°. 1025, & part. 3, n°. 1533; & Lebrun, des successions, liv. 4, ch. 2, sect. 2, n°. 38, 39, 40, 41 & 42*, qui ont discuté la question à fonds, tiennent pour l'indivisibilité de la donation par des raisons très-solides, & leur sentiment paroît le mieux fondé sur les regles du droit Romain, qui ne permettent pas qu'on divise la même disposition, qu'on en prenne une partie, & qu'on rejette l'autre, comme je le prouverai bientôt.

Brodeau, sur M. Louet, lettre D, somm. 69, n°. 3; Henris, tom. 2, liv. 4, quest. 59; & M. de Catellan, liv. 5, ch. 23, sont d'avis contraire, fondés sur les arrêts qu'ils rapportent, qui ont permis aux donataires de s'en tenir aux biens existans lors de la donation, & de renoncer aux biens à venir, pour se décharger des dettes établies après la donation: la principale raison de cet avis, & qui l'a fait recevoir dans l'usage, est prise de ce que le donataire devant payer les dettes créées après la donation, quand il prend les biens à venir, s'il n'avoit pas la liberté de renoncer à ces biens, & de diviser la donation, il dépen-

BIU Cujas

droit du donateur de rendre inutile la donation des biens présens, en contractant des dettes, comme il le trouveroit à propos, & au-dessus de la valeur des biens donnés.

Mais faut-il dire la même chose de l'héritier contractant, & faut-il lui accorder la faculté de diviser l'institution ? Il semble qu'on doive décider pour l'affirmative ; sur-tout au Parlement de Toulouse, où l'on ne fait point de différence entre les institutions contractuelles, & les donations entre-vifs des biens présens & à venir, sur leur exécution ; qu'ainsi on doit recevoir l'héritier contractuel à s'en tenir aux biens existans lors du contrat de mariage, & à renoncer aux biens acquis pour se dispenser de payer les dettes postérieures ; ce qui semble même fondé sur l'article XVII de la présente ordonnance, pourvu que l'héritier contractuel eût fait inventaire ; autrement il y auroit lieu de décider le contraire, à cause de la présomption de fraude, & de la confusion qui seroit arrivée par l'acceptation de l'hérédité sans inventaire, qui assujettiroit l'héritier contractuel au payement de toutes les dettes, même *ultra vires*, comme je l'ai dit plus haut sur cet article.

Cependant il faut demeurer d'accord, qu'une telle division est visiblement contraire à la décision du droit Romain, qui veut que les dispositions universelles ou particulieres soient indivisibles, & que l'héritier ou le légataire ne puisse pas accepter partie de l'hérédité ou du legs, d'une universalité, comme d'un troupeau de bêtes, ou même une des choses comprises dans un même legs, & répudier le reste ; *l.* 1, *l.* 2, *ff. de acquir. vel omitt. hæred. l.* 20, *cod. de jure delib. l.* 38, *ff. de leg.* 1, *l.* 2, *l.* 4, *l.* 5, §. 1, *& l.* 6, *ff. de leg.* 2 : l'application de ces loix se fait naturellement à l'institution contractuelle, puisqu'elle fait un véritable héritier, de même que le testament, & dont le droit ne peut point souffrir de division ni de partage en la même personne.

¶ J'avois pensé dans la premiere édition de cet Ouvrage, que la divisibilité de l'institution contractuelle étoit juste & équitable, & qu'elle pouvoit être fondée sur l'article XVII de la présente ordonnance, qui permet de diviser la donation des biens présens & à venir faite en contrat de mariage : mais après avoir examiné cette difficulté avec plus d'attention, je crois que cette division n'est pas soutenable, non-seulement par les principes du droit Romain, mais encore par les regles du droit François, & de la Jurisprudence ; car quoique l'institu-

BIU Cujas

tion contractuelle soit irrévocable, tout comme la donation entre-vifs, il y a néanmoins une grande différence entre ces deux manieres de disposer. La donation des biens présens & à venir renferme réellement deux dispositions différentes dans une seule & même clause; savoir, celle des biens présens, dont le droit est acquis au donataire, au moment de l'acceptation, comme le remarque *Henris*, *tom.* 4, *quest.* 183; & celle des biens à venir, dont l'effet est suspendu jusqu'au décès du donateur, suivant *Ricard*, *des donations*, *tom.* 1, *part.* 3 *n°.* 827. Mais il en est tout autrement de l'institution contractuelle; car elle ne renferme qu'une seule & unique disposition, laquelle a trait de tems à la mort de l'instituant; & c'est alors seulement qu'elle reçoit sa perfection: elle doit donc être essentiellement indivisible, de même que l'institution testamentaire, comme le remarque *M. Bourjon*, *droit commun de la France*, *liv.* 5, *tit.* 4, *part.* 4, *ch.* 3, *sect.* 6, *prop.* 46, *tom.* 2, *pag.* 99. On suit même à Toulouse le principe de l'indivisibilité, lorsqu'on juge, comme l'atteste *M. de Catellan*, *liv.* 5, *ch.* 23, que l'institution contractuelle est caduque, lorsque l'institué prédécede sans enfans, non-seulement pour les biens à venir, mais encore pour les biens existans lors de l'institution; au lieu que si on regardoit l'institution contractuelle comme divisible, il faudroit juger dans les cas où le droit de retour n'a pas lieu, que l'institué transmet à ses héritiers étrangers le droit de l'institution, quant aux biens présens, comme on le juge par rapport aux donations entre-vifs, ce qu'on ne fait pourtant pas. Il faut même observer que notre ordonnance permet bien la division de la donation; mais elle ne permet pas de même la division de l'institution contractuelle. La réformation que j'ai faite de mon premier avis, est autorisée par un arrêt du 20 Juin 1749, de la premiere Chambre des Enquêtes, au rapport de M. Miramont, entre le sieur Delbos, Jean Mouffié, & le sieur Sabatier de Lagardelle, par lequel ledit sieur Sabatier fut débouté de la demande par lui faite, d'être reçu à opter une promesse d'instituer, ou de ne faire d'autres héritiers à sa mort, en la moitié des biens, faite en sa faveur par son pere dans son contrat de mariage de 1721, du jour de sa date, & il fut condamné à la garantie envers Mouffié, à raison de l'éviction de certains biens adjugés à Delbos, & qui avoient été vendus en 1729 à Mouffié, par Jean Albert de Sabatier de Lagardelle, qui avoit fait l'institution

BIU Cujas

tution contractuelle, ou la promesse d'instituer en 1721, quoiqu'il prétendît qu'en divisant la promesse d'instituer, & en lui donnant la faculté de la prendre du jour de sa date, il devoit être relaxé de cette garantie, sous prétexte que la promesse d'instituer avoit lié les mains de l'instituant, & l'avoit empêché d'aliéner efficacement les biens postérieurement à la promesse d'instituer. ¶

Et les dispositions à cause de mort.] ¶ Dans les pays de droit écrit, on n'est pas dans l'usage de faire des dispositions à cause de mort en contrat de mariage; mais comme il y a des coutumes qui font mention des donations à cause de mort dans les traités de mariage, & entre autres, celle d'Auvergne, *tit.* 14, *art.* 40, il convenoit d'excepter ces sortes de donations des regles ordinaires, & de les mettre au même degré de faveur que les donations entre-vifs faites en contrat de mariage, en cas que par la coutume ou usage des lieux, les donations à cause de mort fussent sujettes à la nécessité de l'acceptation. ¶ Afin qu'une disposition contenue dans un contrat de mariage en faveur des conjoints ou de leurs descendans, soit réputée à cause de mort, & ne soit pas irrévocable, il faut que les parties se soient clairement expliquées, & qu'il n'y ait aucun doute qu'elles n'ont voulu disposer qu'à cause de mort; car autrement, & dans le doute, toutes les dispositions contenues dans un contrat de mariage, pour ce qui concerne l'intérêt des mariés ou de leurs descendans, étant essentiellement irrévocables à cause de la faveur du mariage, il faut se déterminer pour l'irrévocabilité.

Comme tout le monde doit rendre témoignage à la vérité, quand on la connoît, je ne puis m'empêcher de remarquer que les principes du Parlement de Toulouse sur la matiere des institutions contractuelles, semblent se choquer & se contredire, au lieu qu'il n'en est pas de même de ceux du droit coutumier.

En effet, 1°. si l'institution contractuelle fait un véritable héritier, comme le terme le démontre, & qu'il doive profiter de tous les biens de l'instituant, de même que l'héritier testamentaire, ainsi qu'on le juge au Parlement de Toulouse, il est clair qu'il doit représenter l'instituant tel qu'il étoit au tems de sa mort, parce que l'hérédité déférée par contrat ne peut pas être différente de celle qui est déférée par testament, puisqu'elle est toujours la même; c'est-à-dire, la succession à tous les

BIU Cujas

biens que le défunt avoit au tems de sa mort, *liv.* 24, *de verbor. signif.*

Cependant il y a des auteurs qui ont cru, mais sans fondement, à mon avis, qu'à cause de l'irrévocabilité du droit acquis à l'héritier contractuel, on doit le recevoir à révoquer les aliénations faites sans cause par l'instituant depuis le contrat, sur ce que cet héritier représente seulement le défunt tel qu'il étoit lors du contrat, & non lors de sa mort, selon *Fernand*, *ad cap. un. de filiis natis ex matrimonio ad morganaticam contracto*, *part.* 7, *n°.* 5.

Il faudroit donc, si ce que dit *Fernand* étoit vrai, que l'institution qui doit être essentiellement un titre universel, ne fût qu'un titre particulier, & qu'elle ne renfermât pas les biens à venir; puisque, selon cet Auteur, l'héritier ne représente l'instituant que selon l'état où il étoit lors de l'institution contractuelle, parce que, selon la remarque de *Ricard*, *des donations*, *tom.* 1, *part.* 1, *n°.* 1025, l'universalité ne doit avoir d'autres bornes que la mort de celui des biens duquel il s'agit; cependant on les adjuge à l'héritier contractuel, tout de même qu'à l'héritier testamentaire, & avec fondement, parce que, comme je l'ai déja dit, & que *M. Maynard*, *liv.* 5, *ch.* 90 l'a remarqué, les institutions contractuelles font des véritables héritiers qui sont appellés contractuels, & qui ne doivent différer que de nom avec les héritiers testamentaires, quant à l'universalité du titre; cet inconvénient ne se rencontre pas dans les principes du droit coutumier, où l'institution contractuelle n'est irrévocable que pour lier les mains à l'instituant, afin qu'il ne puisse pas faire un autre héritier par contrat ou testament postérieur, & où l'héritier contractuel doit prendre l'hérédité en l'état où elle se trouve au tems de la mort de l'instituant.

2°. Si l'on considere l'institution contractuelle comme une donation qui acquiert un droit irrévocable à l'institué du jour du contrat, sur ce principe il faudroit décider sans difficulté, que l'institué transmet son droit à ses héritiers, quels qu'ils soient, quoiqu'il décede avant l'instituant, lorsque le droit de retour n'est pas admissible à cause de la qualité de l'instituant & de l'institué; car la donation ne devenant pas caduque par le prédécès du donataire, *l.* 1, *ff. de donationibus*, & *l.* 33, *cod. eodem*, à moins que le retour n'ait été stipulé, ou qu'il ne doive être accordé à cause de la qualité du donateur, il en devroit être de même de l'institution contractuelle,

BIU Cujas

puisqu'elle vaudroit comme donation irrévocable.

Cependant on juge que l'institution ou la promesse d'instituer, qui sont la même chose, sont caduques par le prédécès de l'institué, lorsqu'il ne laisse pas des enfans, quoique le droit de reversion n'ait pas lieu, suivant *Fernand, au lieu préallégué, nº. 9; & M. de Catellan, l. 4, ch. 12.*

Il est vrai qu'on juge la même chose dans le pays coutumier, selon *Brodeau, sur M. Louet, lettre S, Somm. 9*, & les autres Auteurs, rapportés par *Duperier, tom. 1, liv. 4, quest. 6;* mais c'est relativement à leurs regles, qui font considérer les institutions contractuelles comme tenant de la nature de la donation à cause de mort; au lieu qu'au Parlement de Toulouse, elles sont regardées comme des donations entre-vifs, & qu'elles y sont irrévocables de la même maniere, sans rien tenir de la nature de la donation à cause de mort.

On pourroit à la vérité sauver la contrariété, en sous-entendant la condition de survie de la part de l'institué; mais cette condition ne pourroit guere s'accorder avec l'acquisition irrévocable du droit, en faveur de l'héritier, du jour du contrat qui contient l'institution; car il faudroit supposer qu'il n'y a qu'une simple espérance, suivant *le §. 4, aux Instit. de verb. oblig.* au lieu qu'on tient qu'il a un droit formé & irrévocable, auquel l'instituant ne peut pas donner atteinte, même par des aliénations ou des hypotheques.

¶ Pour couper la racine à toutes ces difficultés, & obvier aux contradictions, on n'a qu'à raisonner sur les principes les plus sûrs, & rejetter ceux qui sont contraires. Il faut donc dire, comme nous l'avons déja remarqué, que l'institution contractuelle, quoique irrévocable, fait un vrai héritier; que cet héritier représente l'instituant au tems de sa mort, parce que l'institution qui comprend l'hérédité, a trait de tems à la mort; que l'institution contractuelle ne renferme qu'une seule & unique disposition, qui par conséquent est indivisible; qu'ainsi il ne peut pas être vrai que l'institué représente l'instituant, eu égard seulement au tems auquel l'institution a été faite: conséquemment il est impossible que l'institué révoque les aliénations faites à titre onéreux par l'instituant, parce qu'on peut lui opposer la regle, *quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio*, tirée de la loi *14, cod. de rei vindic. de la loi 17, ff. de evict. de la loi 14,*

BIU Cujas

cod. eod. & de la loi 2, §. 1, ff. de except. rei vend. & trad. ¶

Je rapporterai ici un arrêt du Parlement de Toulouse, rendu en la premiere Chambre des Enquêtes, au rapport de M. de Viguerie, le premier Mars 1731, qui a décidé deux questions remarquables sur cette matiere. La premiere, que le pere donateur survivant à son fils, qui laisse des enfans, n'a pas la liberté de choisir un de ses petits-fils pour recueillir la donation contractuelle faite en faveur de son fils prédécédé. Et la seconde, que l'ayeul avoit la liberté d'élire un de ses petits-fils pour recueillir l'institution contractuelle ou la promesse d'instituer, faite au profit du fils dans son contrat de mariage. Sur cette derniere question, on s'est conformé à un arrêt du même Parlement, rapporté par *M. d'Olive, liv. 5, ch. 14, aux addit.* L'arrêt que je rapporte fut rendu dans cette espece. Le Sieur l'Anglois, mariant Jean, son fils, lui fit donation par préciput de la maison, jardin & meubles qu'il possédoit; & de plus, il promit de l'instituer héritier: Jean l'Anglois décéda avant son pere, laissant plusieurs enfans mâles, & entr'autres, Jean & Antoine: ensuite l'ayeul nomma Jean son petit-fils, pour recueillir, tant la donation, que l'institution; après le décès de l'ayeul, Antoine l'Anglois prétendit que cette élection étoit nulle, parce que l'existence des enfans avoit empêché le droit de retour, la caducité de la donation & de l'institution contractuelle; le Sénéchal ayant confirmé l'élection, sur l'appel relevé par Antoine, la Sentence fut confirmée, en ce qu'elle avoit jugé valable l'élection, à l'égard de l'institution contractuelle; mais elle fut réformée, en ce qu'elle avoit ordonné l'exécution de l'élection pour recueillir les biens par préciput, lesquels furent adjugés par égales portions à Jean & Antoine l'Anglois, comme héritiers *ab intestat* de leur pere. ¶ Toutefois *Fernand, ad cap. un. de filiis natis ex matrim. ad morgan. contracto, cap. 9. n°. 14, aux addit.* tient que l'instituant ne peut pas élire un de ses petits-fils, après le prédécès de son fils, parce que le droit est acquis aux petits-fils par la mort de leur pere.

On doit encore observer que l'institution contractuelle, ou convenance de succéder faite en contrat de mariage par un des conjoints en faveur de l'autre, est bonne; *Boucheul, des conventions de succéder, ch. 23, n°. 7:* toutefois la condition *si sine liberis* y est tacitement sous-entendue, comme le remarque *Coquille, quest.* 149.

BIU Cujas

Ces sortes de conventions sont autorisées par l'usage du Royaume, non-seulement lorsqu'elles sont faites en contrat de mariage en faveur du survivant des conjoints, mais encore quand elles sont faites dans un contrat de société de tous biens en faveur du survivant des associés; *Benedicty, ad cap. Raynutius, verb. duas habens filias, nº. 199 & 200; Papon liv. 20, tit. 2, arrêt 1; Bouvot, tom. 1, part. 2, verb. faction de succéder, quest. 1; Gregorius-Tolosanus in syntagmate juris, lib. 41, cap. 5, nº. 17; Mazuer, Imbert, Bugnon*, & plusieurs autres. Elles valent encore, lorsqu'elles sont faites réciproquement entre deux freres, hors du contrat de mariage; *Benedicty, dicto loc. nº.* 200. Le même auteur rapporte aux nombres suivans plusieurs autres cas, où ces conventions sont valables. On peut voir là-dessus *François de Barry, de successionib. lib. 2, tit. 3*: Mais je ne pense pas que hors des lieux où il y a coutume ou usage qui autorise les institutions contractuelles faites autrement qu'en faveur de mariage, on puisse les considérer comme valables & efficaces.

Si les conjoints peuvent s'instituer par contrat de mariage, ou se déferer la succession, suivant les autorités ci-dessus citées, ce n'est pas seulement dans le cas où les conjoints font une convention réciproque de se succéder, au profit du survivant, mais encore lorsque la convention n'est faite qu'en faveur d'un seul des conjoints: & l'on doit dire la même chose, lorsque le mari donne à la femme tous ses biens présens & à venir, *& vice-versa*; auquel cas la donation sera bonne & irrévocable, comme le décide *Bacquet, du droit d'Aubaine, ch. 21*, après plusieurs préjugés qu'il rapporte; *Brodeau, sur M. Louet, lettre D, Somm. 10, nº. 3; Bugnon, des Loix abrogées, liv. 5, ch. 15*. Cela est d'un usage constant dans le Royaume, fondé sur une loi ripuaire, qui contient l'ancien droit des Gaulois, & qui nous est particuliere, comme le remarque *Ferrieres, sur l'article 299 de la coutume de Paris*, §. 2. *nº.* 19. Cette loi porte: *Si quis mulierem desponsaverit, quidquid per chartarum aut tabularum instrumenta conscriptum fuerit, perpetualiter inconvulsum permaneat*: elle est rapportée dans notre quest. 49, *nº.* 5. *L'art. XV.* de notre ordonnance n'a point dérogé à cet usage, quoiqu'il prohibe les donations des biens présens & à venir, parce que l'article XVII excepte de cette prohibition les donations faites en contrats de mariage: & cette exception s'applique aussi-bien aux donations qui

BIU Cujas

ſont faites par l'un des conjoints à l'autre, qu'à celles qui ſont faites par des aſcendans, des collatéraux ou des étrangers : cette déſignation des perſonnes n'étant pas faite pour limiter, mais pour étendre l'exception, & l'appliquer à toûte ſorte de donateurs, pourvu qu'elles ſoient faites en faveur de l'un des conjoints, ou de leurs deſcendans en contrat de mariage, parce que ces contrats donnent la force & l'efficace à toutes les conventions qu'ils renferment, ſelon *Ferrieres*, au lieu préallégué, *n°.* 18, après *Benedicty & Bacquet*, au lieu cité; & *Mornac*, *ſur la loi 15, cod. de pactis*, qui dit en propres termes : *Donationes omnes etiam illicitæ, valent in contractu matrimonii. V. Leprêtre, Centur. 1, ch.* 46.

ARTICLE XIV.

Les Mineurs ou autres privilégiés ne ſont pas reſtitués contre le défaut d'acceptation, ſauf leur recours contre leurs tuteurs ou autres Adminiſtrateurs.

LES *Mineurs, les Interdits, l'Egliſe, les Hôpitaux, Communautés, ou autres qui jouiſſent des privileges des Mineurs, ne pourront être reſtitués contre le défaut d'acceptation* des Donations entrevifs; le tout *ſans préjudice du recours tel que de droit*, deſdits Mineurs ou Interdits, contre les Tuteurs ou Curateurs, & deſdites Egliſes, Hôpitaux, Communautés, ou autres jouiſſans des privileges des Mineurs, contre leurs Adminiſtrateurs, *ſans qu'en aucun cas la donation puiſſe être confirmée*, ſous prétexte de l'inſolvabilité de ceux contre leſquels ledit recours pourra être exercé.

OBSERVATIONS.

Les Mineurs.] Ce mot s'entend non-ſeulement des Puberes qui n'ont pas accompli la vingt-cinquieme année, mais encore des Impuberes, comme je l'ai expliqué ſur *l'article VII ſuprà.*

BIU Cujas

Les Interdits.] On doit auſſi entendre ce mot de la maniere que je l'ai expliqué ſur *l'article VII.*

L'Egliſe, les Hôpitaux.] Ceci comprend toute ſorte de cauſes pies, de quelque nature qu'elles ſoient, relativement *à l'article V*, qui aſſujettit à la néceſſité de l'acceptation toutes ſortes de donations faites pour cauſes pies.

Communautés.] Tant Laïques, qu'Eccléſiaſtiques, Séculieres ou Régulieres, parce que notre texte parle indéfiniment des communautés; ce qui fait qu'il les comprend toutes, de quelque nature qu'elles ſoient, parce que *vox indefinita æquipollet univerſali.* ¶ Notre article ſuppoſe bien clairement, que les communautés des Villes, Bourgs, Villages, Eccléſiaſtiques, ou Réguliers, ſont capables de recevoir des donations entre-vifs: *l'article VIII ſuprà* ſuppoſe encore que les communautés, ou corps, doivent être autoriſés par des lettres-patentes, duement enrégiſtrées, pour être capables des libéralités; mais à cet égard il faut diſtinguer; car ſi la libéralité eſt faite à un corps pour être érigé, elle eſt bonne & valable, comme le remarque fort bien *l'Auteur des loix Eccléſiaſtiques, part. 4, ch. 3, Maxim.* 3; & il y a pluſieurs arrêts qui ont confirmé de pareilles libéralités, & entr'autres, dans Albert, *verb.* teſtament, article XVIII. Mais lorſque la libéralité eſt faite à un corps, comme déja établi, elle eſt nulle, s'il n'eſt pas autoriſé par des lettres-patentes, ſuivant l'édit du mois de Décembre 1666. Par l'ancien droit Romain, les communautés des Villes ne pouvoient être inſtituées héritieres, comme l'enſeigne *Ulpien dans ſes Fragmens, tit. 22, §. 4, nec municipia, nec municipes hæredes inſtitui poſſunt;* mais cela fut abrogé dans la ſuite, & les communautés furent déclarées capables de toute ſorte de libéralités; *l. 26, ff. ad S. C. Trebell. l. 32, §. 2, l. 73, §. 1, l. 122, ff. de leg. 1, & l. 12, cod. de hæred. inſtit.* Quoique les pauvres ſoient un corps incertain, qui ne ſoit pas autoriſé par des lettres-patentes, toutefois ils ſont capables de toute ſorte de libéralités teſtamentaires ou entre-vifs; *l. 24, cod. de epiſc. & cler.* & ſelon *Mornac*, ſur la *loi 5, §. 7, ff. de donat. inter vir. & uxor.* la donation ou les legs faits à une Egliſe qui n'eſt pas conſacrée, ne ſont dus qu'après la conſécration. ¶

Ou autres qui jouiſſent des privileges des mineurs.] Ce qui comprend toutes les perſonnes qui, ſelon le droit Romain, peuvent être reſtituées en entier, de même que les mineurs, de quelque nature que ſoit le privilege, ou

BIU Cujas

le motif pour lequel la restitution en entier leur est accordée, comme sont les Soldats, *tot. tit. de restit. milit.* ou leurs femmes, dont il est parlé au titre du code, *de uxoribus militum*, les absens, *reipublicæ causâ*, ou pour autre motif juste, & toutes les autres personnes, dont il est fait mention dans les loix du titre, *ex quibus causis majores viginti-quinque annis in integrum restituantur*, aux digestes. ¶ Il faut néanmoins observer que la particule disjonctive, *ou*, ne doit pas être prise dans la signification propre; car l'intention du Législateur n'est pas d'exclure de la restitution en entier quelques-unes des personnes, ou lieux désignés dans l'article seulement, mais bien tous en général; ainsi la disjonctive doit être prise pour la copulative: voilà pourquoi il faut la prendre dans le même sens que s'il portoit: *Les mineurs, les interdits, l'Eglise, les Hôpitaux, Communautés, & autres qui jouissent des privileges des mineurs, &c.* ¶

Ne pourront être restitués contre le défaut d'acceptation.] Cet article est conçu en termes négatifs & prohibitifs, qui ont beaucoup plus de force & d'énergie que les dispositions affirmatives; *Tiraqueau, sur la loi Boves*, §. *Hoc sermone 7 limit. n°. 4, Cæpola de servit. urbanor. præd. cap. 35, n°. 2*, ou, comme dit Dumoulin, *tractat. de dividuo & individuo, part. 2, n°. 383, negatio habet in se successivam, & perpetuam privationem, vel exclusionem.*

Notre texte décide une difficulté qui étoit fort controversée; savoir, si les mineurs doivent être restitués en entier contre le défaut d'acceptation. Suivant la *loi 7*, §. *6*, *& la loi 44*, *ff. de minoribus*, les mineurs sont restitués quand ils manquent l'occasion de gagner: voilà pourquoi plusieurs Auteurs, & entr'autres, *M. Maynard, liv. 7, ch. 85*; *Ferrieres, sur les quest. 49 & 222 de Guypape*; *& M. de Catellan, liv. 5, ch. 55*, sont d'avis que les mineurs doivent être restitués envers le défaut d'acceptation des donations entre-vifs.

Mornac, sur la loi 10, ff. de donationib. & sur la loi 2, cod. si tutor vel curator intervenerit; *& Ricard, des donations, tom. 1, part. 1, n°. 843*, sont d'avis au contraire, que les mineurs, ni les pupilles, ni l'Eglise, ne peuvent pas être restitués en entier dans ce cas, & c'est selon cette opinion que notre texte a décidé la question.

Sans préjudice du recours, tel que de droit.] L'article suppose que les tuteurs, curateurs, ou autres Administrateurs, sont responsables de la perte que le pupille, mineur, interdit, l'Eglise, les Hôpitaux, Communautés,

BIU Cujas

& autres, souffrent par le défaut d'acceptation des donations entre-vifs, & cela est conforme à la disposition du droit Romain; *la loi 2, cod. de administratione rer. publicarum*, le décide contre les Administrateurs des corps & communautés; & à l'égard des Tuteurs & Curateurs, la chose est aussi décidée par *la loi 1, ff. de tutela & rationib. destrah.* qui rend le tuteur responsable de tout ce qu'il n'a pas fait pour l'utilité de son pupille, pouvant le faire; & par la *loi 7, cod. arbitrium tutelæ*, qui charge les Tuteurs & Curateurs de tout ce qu'ils ont négligé d'acquérir pour leurs pupilles ou mineurs.

Mais pour cela, il est nécessaire qu'il y ait de leur faute ou négligence, aux termes des loix que j'ai rapportées; ce qui ne peut pas arriver, quand ils ont ignoré la donation; il faut donc qu'ils en aient été instruits, suivant *la loi 5, cod. de periculo tutor.* & qu'il n'y ait aucun empêchement de fait; car dans ce cas ils seroient excusables, & ce seroit mal à propos qu'on intenteroit le recours contre eux; car ils ne peuvent être responsables, qu'autant qu'il y a de la faute ou de la négligence de leur part, & on ne peut leur rien imputer quand ils ont ignoré la donation, ou quand ils ont été valablement empêchés de faire l'acceptation, comme dans le cas d'une absence légitime, ou autrement.

¶ Et pour ce recours, les mineurs, l'Eglise, les hôpitaux, & communautés ont une hypotheque tacite; *L. 20, cod. de admin. tut. L. 32, cod. de episcop. & cler. Negusantius, de pignorib. quarto membro, secundæ partis, nos. 119, 120 & 123; & Basnage, des hypoth. ch. 6, part. 1*: mais de quel jour est acquise l'hypotheque pour ce recours contre les Tuteurs, & autres Administrateurs? La glose, sur la *loi Pro officio 20, cod. de admin. tutor.* rapporte deux opinions. La premiere est de ceux qui croient que les pupilles ou mineurs ont une hypotheque tacite sur les biens des tuteurs ou curateurs, du jour de la donation de la tutelle; la seconde, de ceux qui prétendent que l'hypotheque n'est acquise que depuis la mauvaise administration; mais la premiere opinion, qui est fondée sur la *loi 6, §. dernier, cod. de bonis quæ liberis*, est suivie par les Docteurs, comme le rapporte *Negusantius, de pignorib. quarto membro, secundæ partis, n°. 12*: elle est encore confirmée par la jurisprudence des arrêts; *Charondas, liv. 11, rép. 19; Brodeau, sur M. Louet, lettre H, somm. 23, n°. 3; & Basnage, dans son traité des hypotheques, part. 1, ch. 6.* Il faut dire la même chose des Administrateurs des hôpi-

BIU Cujas

taux, parce que la *loi 32, cod. de epiſcop. & cler. & la novelle 131, cap. 15*, les mettent au niveau des tuteurs; les mêmes regles doivent donc avoir lieu à leur égard. Il me ſemble que la même déciſion doit avoir lieu contre les Adminiſtrateurs des villes & communautés, & des biens de l'Egliſe, parce que les mêmes raiſons militent auſſi fortement contr'eux, que contre les tuteurs, & que l'Egliſe & les communautés jouiſſent des privileges des mineurs, comme notre article l'inſinue. ¶

Sans qu'en aucun cas la donation puiſſe être confirmée.] Le défaut d'acceptation annulle ſans reſſource la donation faite aux perſonnes, ou lieux exprimés dans l'article; & quoique le recours ne puiſſe pas être efficacement exercé contre les Tuteurs, Curateurs, ou autres Adminiſtrateurs, à cauſe de leur inſolvabilité, la donation ne laiſſe pas de demeurer nulle; il en eſt de même, lorſque le recours ne peut pas être exercé, à cauſe qu'il n'y a point de faute ni de négligence de leur part; car la nullité qui procede du défaut d'acceptation, anéantit la donation, ſoit que les mineurs & autres perſonnes puiſſent ou ne puiſſent pas être indemniſés par les Tuteurs, Curateurs, ou autres Adminiſtrateurs, comme il réſulte des termes & de l'eſprit de notre texte.

ARTICLE XV.

Défenſes de comprendre dans les Donations les biens à venir, à peine de nullité, même pour les biens préſens.

AUCUNE Donation entre-vifs ne pourra comprendre d'autres biens que ceux qui appartiendront au Donateur, dans le tems de la Donation; & ſi elle renferme des meubles ou effets mobiliers, dont la Donation ne contienne pas une tradition réelle, il en ſera fait un état ſigné des Parties, qui demeurera annexé à la minute de ladite Donation; faute de quoi le Donataire ne pourra prétendre aucun deſdits meubles ou effets mobiliers, même contre le Donateur ou ſes héritiers. *Défendons de faire dorénavant aucunes Donations des*

BIU Cujas

biens présens & à venir (si ce n'est dans le cas ci-après marqué) à peine de nullité desdites Donations, même pour les biens présens, & ce *encore que le Donataire eût été mis en possession du vivant du Donateur*, desdits biens présens, en tout ou en partie.

OBSERVATIONS.

Cet article est tiré du droit coutumier, puisé dans l'ancien droit Romain; il contient plusieurs dispositions, qui abrogent plusieurs regles du droit Romain nouveau, afin de remédier aux inconvéniens qui résultoient des donations de tous les biens présens & à venir. Pour en comprendre le sens, il faut connoître l'opposition qu'il y a entre le droit Romain & le droit coutumier, sur la faculté de donner les biens à venir, & sur la tradition des biens donnés entre-vifs.

Selon le droit Romain nouveau, il est permis de donner son patrimoine, tous ses biens, toute sa substance, toutes ses facultés: ces expressions se trouvent dans *la loi Jubemus 14, cod. de sacro-sanctis ecclesiis; la loi 5, cod. de inoff. donat. la loi 8, cod. de revocandis donat. & la loi 35, §. 4 & 5, cod. de donat.* & ne laissent aucun lieu de douter que les donations universelles des biens présens & à venir ne fussent permises; ce qui paroît des termes de la *loi 35, §. 4, cod. de donat.* qui se rapportent au tems de la mort, en ce que la loi veut qu'il n'y ait que la plainte d'inofficiosité (laquelle ne peut être intentée qu'après la mort du donateur) qui puisse y donner atteinte; que les biens à venir peuvent faire la matiere de la stipulation; *L. 73, ff. de verb. oblig.* qu'ils peuvent être hypothéqués, même par une disposition générale, suivant la *loi derniere, cod. quæ res pig. oblig. poss.* qu'enfin la *loi 3, cod. de donat.* permet de donner l'espérance d'une action future, qui est incontestablement un bien à venir; & c'est le sentiment de *M. Cujas, sur la loi 35, cod. de donat. & de M. de Cambolas, liv. 5, ch. 35*; la raison est, parce que la donation étant parfaite par la seule stipulation, ou par le simple pacte, sans tradition de fait ni de droit; *L. 35, §. 4 & 5, cod. de donat.* les biens à venir peuvent faire la matiere de la donation, comme de la stipulation ou du pacte, tout de même que les biens présens. ¶ Il en étoit autrement par le droit ancien; & tandis que la mancipation ou la

BIU Cujas

tradition étoient néceſſaires pour la perfection de la donation, parce que ces formalités ne pouvoient être pratiquées qu'à l'égard des biens exiſtans lors de la donation; ſur quoi on peut voir *François Hotman, diſput. jur. civil. de donationibus omnium generum, cap. 8, n°. 32,* & ſuivans, *tom. 1, col. 614 & 615.* ¶

D'autre part, *la loi 34, & la loi 36,* §. *dernier, cod. de donationib. & la novell. 162,* décident qu'une donation peut être valable pour partie, & nulle pour le ſurplus, comme lorſqu'elle n'a pas été inſinuée, elle vaut à concurrence de la ſomme de cinq cens écus, demeurant nulle pour le reſte: ce qui eſt fondé ſur cette regle du droit, *utile per inutile non vitiatur;* voilà pourquoi *M. Cujas, ſur la loi 35, cod. de donat. & Hotman, diſput. juris civilis de donationibus omnium generum, cap. 8, n°. 32, col. 615,* ſont d'avis qu'aux termes du droit Romain, la nullité qui tombe ſur une partie de la donation, n'influe pas ſur ce que les loix laiſſent ſubſiſter; & c'étoit ainſi que le Parlement de Paris le jugeoit pour le pays de droit écrit, comme le remarque Me. Claude-Joſeph de Ferrieres, qui rapporte un arrêt du 13 Août 1722, ajoutant que M. de Lamoignon, Avocat-Général, qui portoit la parole dans cette affaire, dit que cette juriſprudence étoit inconteſtable, & qu'elle avoit été établie par trois arrêts antérieurs, le premier de 1702, le ſecond de 1716, & le troiſieme de 1718.

Au lieu que dans le pays coutumier on a introduit la maxime, *donner & retenir ne vaut,* qui fait que la donation eſt nulle, s'il n'y a tradition de fait ou de droit du vivant du donateur; c'eſt-à-dire, une délivrance actuelle, ou la rétention d'uſufruit, ou autre poſſeſſion précaire au nom du donataire; & comme les biens à venir ne ſont point ſuſceptibles de tradition réelle ni feinte, il s'enſuit qu'ils ne pouvoient pas faire la matiere d'une donation entre-vifs, comme *Ricard, des donations, tom. 1, part. 1, ch. 4, ſect. 2, diſtinct. 2,* l'a prouvé avec beaucoup d'étendue; voilà pourquoi on juge au Parlement de Paris que la donation de tous les biens que le donateur aura le jour de ſon décès, eſt abſolument nulle: Claude-Joſeph de Ferrieres rapporte un arrêt conforme du 3 Février 1713, par la raiſon qu'il ne peut y avoir dans ce cas de tradition naturelle ni civile, & que le donateur ne peut pas être contraint de ſon vivant à livrer les choſes données: toutefois ſi une ſemblable donation étoit faite en contrat de mariage en faveur des

BIU Cujas

conjoints, ou de leurs enfans à naître, elle seroit bonne, selon l'esprit de *l'article XVII infrà*, & *de l'article III* de cette ordonnance.

On y tient encore, comme le remarque *Ricard*, au lieu préallégué, *n°. 1020*, & suivans, après *M. Duval, de rebus dub. tractat. 2, n°. 4*, que la donation des biens présens & à venir, soit pour le tout ou par forme de quote, étant nulle quant aux biens à venir, & l'acte ne pouvant pas être divisé, la nullité qui tombe sur les biens à venir, influe sur la donation des biens présens.

Il y a néanmoins des Auteurs, & notamment celui qui a fait des additions sur Ricard, au lieu cité, *n°. 1027*, qui avoient cru que les donations des biens présens & à venir ne pouvant pas valoir comme donations entre-vifs, elles devoient valoir comme donations à cause de mort, quoiqu'elles ne fussent pas revêtues des formalités des testamens; mais la plupart des Interprêtes du droit coutumier, & entr'autres, *Ricard*, au même endroit, *n°. 984; & Ferrieres, sur l'article 277 de la coutume de Paris, glos. 2*, étoient d'un avis contraire à cet égard.

C'est pour faire cesser ce conflit de principes entre le droit Romain & le droit coutumier, & la diversité des opinions des Auteurs, que notre article donnant la préférence du droit coutumier sur le droit Romain nouveau, a défendu les donations des biens à venir. ¶ Comme l'objet de Sa Majesté a été de donner des regles certaines & uniformes dans tout le Royaume, pour faire cesser la diversité de jurisprudence, & que l'étendue du pays coutumier est beaucoup plus grande que celle du pays gouverné par le droit écrit, il convenoit de se fixer à cet égard sur les principes des coutumes, parce que la dérogation au droit Romain ne porte pas un si grand coup que si on avoit fléchi les coutumes pour s'attacher au droit Romain; & c'est, selon toutes les apparences, sur ce plan infiniment sage, que cette nouvelle loi a été dressée: aussi voyons-nous que le Législateur s'est conformé à l'esprit du droit Romain, dans les dispositions où ce droit prévaloit par l'étendue des pays qui le suivent, par préférence aux dispositions particulieres des coutumes. ¶

La défense des donations universelles est fondée sur ce qu'on a cru que les principes de l'ancien droit Romain, qui ne permettoit pas ces sortes de donations, étoient plus exacts que ceux de la nouvelle jurisprudence, où l'on avoit découvert des inconvéniens, pour

BIU Cujas

remédier auxquels, le Parlement de Toulouse, suivant en cela l'avis des Interprêtes, avoit introduit la nécessité de réserver quelque chose, dont le donateur pût tester; mais ce remede n'étant qu'une formalité, qui tomboit plutôt sur les paroles que sur les choses, on a jugé plus convenable de rétablir le droit ancien, & l'on a pris ce parti avec d'autant plus de raison, que les plus graves Interprêtes n'ont pas loué le changement que Justinien avoit introduit en cette matiere, regardant même les donations de tous les biens présens & à venir, comme une espece d'acte de folie. *V. Argentré, sur la coutume de Bretagne, article 218, glos. 5, num. 3.*

Que si Sa Majesté n'a pas trouvé à propos de permettre la séparation des biens présens d'avec les biens à venir, c'est parce qu'il a paru contraire aux véritables principes de diviser un acte, qui a été originairement un dans l'esprit des contractans; ce qui a semblé d'autant plus injuste, que les choses n'étant plus entieres lorsqu'on feroit cette distinction, il seroit impossible de savoir si elle étoit conforme à l'intention du donateur; & si l'on avoit voulu admettre en ce cas des conjectures de volonté, comme on le fait dans la matiere des testamens, ç'auroit été ouvrir la porte à un grand nombre de procès, que le premier objet de la loi est de prévenir.

Outre les inconvéniens qui naissoient des donations universelles, notre article paroît fondé sur trois regles. La premiere, que les biens à venir n'étant pas capables de tradition réelle ou feinte, ne peuvent pas faire la matiere d'une donation entre-vifs. La deuxieme, que le même acte de donation étant indivisible, la nullité qui tombe sur les biens à venir, influe sur les biens présens, & rend nul tout l'acte. La troisieme, que les donations entre-vifs, qui ne peuvent valoir en cette qualité, ayant été déclarées nulles, sans pouvoir valoir comme donations à cause de mort, suivant l'article IV de la présente ordonnance; & d'ailleurs les donations à cause de mort, qui ne sont pas revêtues des formalités des testamens ou des codicilles, ayant été déclarées nulles par l'article III, on ne peut point faire valoir les donations des biens présens & à venir comme des donations à cause de mort.

Aucune donation entre-vifs ne pourra comprendre d'autres biens que ceux qui appartiendront au donateur dans le temps de la donation.] Ceci doit s'entendre, soit que la donation ait été faite de la totalité, ou bien *per modum quotæ*, parce que la loi est conçue en termes négatifs, qui ne souffrent

BIU Cujas

point d'exceptions, à moins qu'elles n'aient été nommément faites par la loi même: cette observation est établie *sur l'article XVII infrà.* ¶ Et c'est ainsi que les Commentateurs de la coutume de Bourbonnois, qui contient une disposition semblable en l'article 210, avoient expliqué cet article, comme le remarque *M. Auroux des Pommiers.* Cela a lieu encore, suivant le même Auteur, quoique la donation soit faite en faveur de la cause pie, & qu'il y ait rétention d'usufruit. On peut même induire des mots, *aucune donation*, qui sont universels négatifs, que les dispositions de notre texte doivent avoir lieu par rapport aux donations particulieres, lesquelles, tout comme celles qui sont générales, ou d'une quote, ne peuvent pas être faites d'un bien à venir: ce qui donne lieu de douter si la donation seroit nulle dans cette espece. *Titius* fait donation à *Mœvius* d'une terre, dont partie des revenus consiste en rentes seigneuriales, & se réserve l'usufruit pendant sa vie, avec convention, que les arrérages des rentes, ou fermes, qui se trouveront dus au donateur à raison de cette terre, appartiendront au donataire, & seront compris dans la donation de la propriété de ladite terre. Il semble d'abord qu'on doive décider que les arrérages qui se trouveront dus au tems de la mort du donateur, étant des biens à venir, & la donation comprenant implicitement des biens à venir, & non existans lorsqu'elle est faite, elle doit être déclarée nulle, suivant la disposition de notre article: cependant il faut décider au contraire, qu'elle est bonne & valable; car la convention que les arrérages non perçus par le donateur, appartiendront au donataire, n'est pas une donation des biens à venir, ce n'est qu'une modification de l'usufruit réservé par le donateur; c'est-à-dire, que l'usufruit n'est censé réservé qu'autant que le donateur aura réellement perçu les fruits pendant sa vie, & ceux qu'il n'aura perçus, suivant l'effet donné, tout comme si la pleine propriété & l'usufruit avoient été donnés; auquel cas tous les fruits auroient appartenu au donataire, & l'ordonnance ne défend pas de modifier, comme on trouve à propos, l'usufruit réservé.

Tout au plus on pourroit dire que les arrérages existans à la mort du donateur, qui s'est réservé expressément l'usufruit, seroient une nouvelle donation d'une partie de ce qui auroit été réservé, laquelle nouvelle donation seroit inefficace, si elle étoit faite hors du contrat de mariage, aux termes de *l'article XXVI infrà*, parce qu'on

BIU Cujas

ne peut faire que ce qui eſt retranché d'une donation par une réſervation expreſſe, puiſſe rentrer dans la donation, & en faire partie en vertu du même acte, cela étant expreſſément défendu par ledit article XXVI ; mais la clauſe par laquelle on diroit, qu'à faute de diſpoſition, la choſe réſervée appartiendroit au donataire, ſeroit bien incapable de produire quelque effet ; cependant elle ne rendroit pas nulle la donation principale, *vitiaretur*, *ſed non vitiaret* ; cela réſulte clairement de la diſpoſition des dernieres paroles dudit article XXVI.

Pour ne pas s'équivoquer ſur ce qui peut être conſidéré comme biens à venir, ou comme biens préſens, il faut uſer d'une diſtinction, qui, quoique ſubtile, eſt néanmoins très-vraie. Lorſque les biens ne ſont pas au pouvoir du donateur, & qu'il n'a aucun droit ni aucune action pure ou conditionnelle pour les prétendre ou pour les eſpérer, c'eſt le véritable cas des biens à venir, dont il eſt défendu de faire des donations hors du contrat de mariage.

Que s'il s'agit d'un droit acquis au donateur, ou d'une action qui lui compete, ou qui pourra lui compéter dans l'événement de quelque condition qui puiſſe avoir un effet rétroactif au jour de l'acte qui établit le droit ou l'action, ce n'eſt point un bien à venir ; & la donation qui comprendroit une telle action ou un tel droit, ne ſeroit pas nulle, comme faite d'un bien à venir, elle ſeroit d'un bien préſent, c'eſt-à-dire, du droit ou de l'action. Par exemple, Titius donne à Mœvius un certain fonds, ſous une condition caſuelle ou mixte ; avant l'événement de la condition, Mœvius donne tous ſes biens à Sempronius, & par exprès, le fonds qui lui avoit été donné par Titius : ce ſera, non une donation d'un bien à venir, capable d'annuller la donation des autres biens, mais une donation de l'action, qui ſera cenſée avoir appartenu à Mœvius, du jour de la donation à lui faite par Titius, dès que la condition ſera arrivée, parce qu'elle aura un effet rétroactif. On doit dire la même choſe dans tous les cas ſemblables, ſoit qu'il s'agiſſe d'un droit conditionnel, établi par une donation, ou par tout autre contrat entre-vifs, à cauſe que la condition qui y eſt attachée, remonte au jour du contrat qui la renferme. ¶

Et ſi elle renferme des meubles ou effets mobiliers, dont la donation ne contienne pas une tradition réelle.] Ces paroles doivent être entendues, ſoit que la donation contienne une univerſalité des meubles, ou bien des meubles d'une certaine eſpece, dont le détail n'eſt pas fait dans l'acte de

BIU Cujas

de donation, ¶ & dont il n'eſt pas dit dans l'acte que le donateur s'en déſaiſiſſe, ou qu'il conſente que le donataire en prenne poſſeſſion; car les mots, *tradition réelle*, doivent être entendus par oppoſition à toute tradition feinte. Il ſuffit donc que l'acte de donation porte que le donateur ſe déſaiſit actuellement, afin que l'état ne ſoit pas néceſſaire. ¶ La diſpoſition de notre article peut être fondée ſur pluſieurs raiſons particulieres, tirées du droit coutumier. La premiere, que les dettes y ſont payées *pro modo emolumenti* entre les ſucceſſeurs à titre univerſel, qui ſuccédent par portions inégales, & à diverſes eſpeces de biens, ſuivant *l'art. 334 de la coutume de Paris*. La deuxieme, que dans certaines coutumes, comme celle d'Amiens, *art. 90*, celle de S. Jean d'Angeli, *art. 82*, celle de Xaintes, *art 62; Bechet, ſur cet art. & Argentré, ſur la coutume de Bretagne, art. 219, gloſ. 5*, on diſtingue les dettes mobiliaires d'avec les immobiliaires; les premieres doivent être payées par ceux qui ſuccedent aux meubles, & les autres par ceux qui ſuccedent aux immeubles; voilà pourquoi il importe de ſavoir en quoi conſiſte ce dont le donataire profite en meubles ou effets mobiliers. Touchant la forme de payer les dettes, & comment les donataires doivent y contribuer, il faut voir *Ferrieres, ſur la coutume de Paris, article 334; Lebrun, des ſucceſſions, liv. 4, ch. 2, ſect. 1, 2 & 3; & Boucheul, des conventions de ſuccéder, ch. 33*: ſelon le droit Romain, les dettes ſe payent par portions héréditaires, ſans avoir égard à l'émolument; *L. 1, cod. ſi certum petatur, L. 50, §. tractatum, ff. de jud. & tot. tit. cod. de hæreditariis actionib.* La troiſieme raiſon peut être priſe de ce que la tradition feinte ne ſuffit pas pour les meubles & effets mobiliers, ſelon *M. Duval, de rebus dubiis, tract. 2, & Ricard, des donations, part. 1, n°. 958*, & ſuivans. La quatrieme, qui me paroît la plus conſidérable, eſt que les meubles peuvent facilement être divertis; voilà pourquoi, afin que la donation ſoit ferme & irrévocable, que le donateur demeure chargé en vertu de la rétention d'uſufruit, du titre de précaire, ou autre tradition feinte envers le donataire, des meubles qu'il lui a donnés, & que la donation ne puiſſe pas être évacuée par la volonté du donateur, il eſt abſolument requis que la donation en contienne une deſcription, ou qu'il en ſoit fait un inventaire ſéparé; ce qui a lieu, quoique la donation ſoit univerſelle de tous les meubles que le donateur poſſédoit au tems de la donation, parce que les meubles n'é-

BIU Cujas

tant pas fixés en un lieu, & n'ayant point d'assiette permanente, l'obligation de les conserver au donataire pourroit être facilement éludée, & dépendroit de la volonté du donateur qui les auroit retenus en sa garde ; ce qui seroit contre la nature des donations entre-vifs, qui doivent être irrévocables & certaines, selon *Ricard*, au lieu déja cité, *n°.* 964. L'avis de Duval a été confirmé par la disposition de cet article.

¶ Il faut présentement expliquer ce que l'on doit entendre par les mots *meubles & effets mobiliers*, employés dans notre texte, à commencer par le mot *meubles* : on peut le considérer sous différens rapports, 1°. Selon le droit Romain, & en tant qu'il répond au mot latin *mobilia*. 2°. Comme on l'entend dans la commune façon de parler en France. 3°. En les mettant par opposition au mot *immeubles*, & pour distinguer les meubles des immeubles dans les coutumes, qui ne reconnoissent que deux especes de biens, comme à Paris. 4°. Dans les contrats ou testamens, par rapport aux dispositions particulieres.

Le droit Romain ne donne point la définition du mot *mobilia* ; cependant il y a plusieurs loix qui en font connoître la signification & l'étendue ; en sorte qu'on peut dire que ce mot *mobilia* comprend, selon l'esprit de la loi Romaine, toutes les choses qui peuvent être transportées d'un lieu à un autre, sans avoir besoin d'en changer ou détériorer la forme.

On voit en effet dans la *loi* 1, §. 1, *ff. de rei vindic.* qui explique quelles sont les choses qui peuvent être vendiquées, que les mots *res mobiles* sont pris pour signifier tout ce qui n'est pas immeuble, *res soli*, non-seulement les choses qui sont inanimées, mais encore celles qui sont animées, comme sont les bestiaux ; le mot *mobilia* comprend même les fruits & les grains recueillis ; *l.* 5, §. 2, *ff. de requir. reciff.* même l'argent monnoyé, suivant la décision expresse de la *l. Si chorus* 79, §. 1, *ff. de leg.* 3, & les marchandises, *l.* 66, *ff. de verbor. signif.* à quoi la *loi* 32, §. 2, *ff. de usufructu leg.* n'est pas contraire, parce qu'elle ne décide que le cas particulier de l'usufruit légué à la femme, d'une maison, & des meubles qui s'y trouveroient, auquel cas les marchandises ne peuvent pas y être comprises, parce que leur destination & leur demeure, qui n'est que momentanée, est un obstacle qui empêche que le legs de l'usufruit ne puisse s'y étendre ; c'est à quoi les Auteurs n'ont pas fait

BIU Cujas

attention, lorsqu'ils ont mal-à-propos tiré de cette loi une regle générale, que le legs des meubles ne comprend pas les marchandises, comme l'a observé *Charondas*, *sur l'article* 89 *de la coutume de Paris*; car cela est bien vrai, dans le cas particulier de la loi opposée, ou quand on legue les meubles qui sont dans un certain lieu, parce qu'on n'y comprend que les choses mobiliaires, qui par leur destination, doivent y demeurer toujours, & qui y ont une situation fixe, & non sujette à changement; *leg.* 67, *ff. de leg.* 3, *l.* 18, §. 12, *ff. de instructo vel instrum. leg.* mais non dans la these générale.

Il est vrai que la *loi* 79, §. 1, *ff. de leg.* 3, distingue l'argent monnoyé, destiné pour être prêté, & faire une partie, d'avec celui qui est dans la maison, *præsidii causâ*: elle décide que le premier n'est pas compris dans le legs, mais bien le second; cependant on n'en doit pas induire que dans quelque cas l'argent monnoyé ne doive pas être mis au rang des choses mobiliaires, appellées *mobilia* par les Romains; mais cette distinction est fondée sur une raison particuliere, en ce que le legs de ce qui est dans un lieu, ne comprend que ce qui y est pour y demeurer *perpetuò*, suivant les expressions de la *loi* 67, *ff. de leg.* 3, ou bien la plus grande partie de l'année; & que selon la destination du pere de famille, la chose soit fixée dans ce lieu, pour y avoir son gîte permanent; *l.* 18, §. 12, *ff. de instructo vel instrum. leg.* ainsi le legs des meubles, ou des choses qui sont dans ce lieu, ne peut comprendre l'argent monnoyé, qu'autant qu'il est destiné pour y demeurer *perpetuò*; ce qui convient à l'argent mis en quelque façon en dépôt dans une maison, *præsidii causâ*; c'est-à-dire, pour ne s'en servir que dans quelque cas, ou nécessité extraordinaire, comme en cas de guerre, & non à celui que le pere de famille a destiné pour en former une dette active, comme dans l'un des cas de la *loi* 79, §. 1, *ff. de leg.* 3, ou bien lorsqu'il ne le tient dans la maison que pour un usage journalier, & pour s'en servir à mesure que le besoin se présente, comme dans le cas de la *loi Gayus Seyus* 86, *ff. de legat.* 2°, *de la loi Si ita* 86, *& de la loi Si mihi* 92, §. *dernier*, *ff. de legat.* 3°, qui décident que l'argent monnoyé n'est pas compris dans le legs des choses qui se trouveront dans un certain lieu, quoiqu'il soit dit expressément *nullo excepto*, & quelques générales que soient les expressions; & c'est par cette observation qu'on concilie fort bien ces loix, avec la *loi Si chorus* 79, §. 1, *ff. de leg.* 3°,

BIU Cujas

que certains Auteurs ont cru contraires entre elles, parce qu'ils n'ont pas fait attention à la raiſon déciſive, & au véritable motif des déciſions différentes qu'elles renferment, quoiqu'il n'y ait réellement aucune contrariété.

Les Romains avoient deux mots pour exprimer ce que nous appellons choſes mobiliaires; ſavoir, le mot *mobilia*, qui eſt un terme générique, lequel comprend tout ce qui n'eſt pas immeuble, & le mot *moventia*, lequel, dans ſa ſignification propre & rigoureuſe, déſigne les choſes qui ſe meuvent par elles-mêmes, comme les eſclaves & les beſtiaux; mais, ſelon la véritable ſignification, priſe dans le ſens le plus étendu, il ſignifioit la même choſe, & avoit la même propriété que le mot *mobilia*, *leg. Moventium* 93, *ff. de verbor. ſignif. & l.* 5, §. 2, *ff. de requir. reis vel abſentib. damnandis.*

En France, le mot *meubles* eſt entendu différemment, ſelon qu'il ſe trouve diverſement placé: toutes les fois qu'il ſe trouve joint aux mots *biens*, ou qu'il y a du rapport, ou que le mot *biens* eſt ſous-entendu, il s'applique à toute ſorte de choſes & d'effets mobiliers, dans le même ſens où l'on entend le mot *mobilia* des Romains: auſſi comprend-il généralement tout ce qui peut ſe tranſporter d'un lieu à un autre, ſans en changer la forme, ſoit argent comptant, meubles-meublans, & toutes autres eſpeces de meubles, de quelque qualité & nature qu'ils ſoient, ſuivant *Charondas*, *Claude de Ferrieres*, & les autres Commentateurs, ſur l'*article* 88 *de la coutume de Paris.*

Que ſi le mot *meubles* n'eſt pas joint au mot *biens*, ou s'il n'y a aucun rapport, de maniere qu'on ne puiſſe pas ſous-entendre le mot *biens*, il n'a pas une ſignification ſi étendue, mais il eſt borné à déſigner les meubles-meublans, appellés chez les Romains, *ſupellectilia*; *M. Dolive*, *liv.* 5, *ch.* 21; *& Ferrieres*, *ſur l'article* 88 *de la coutume de Paris*, *gloſ. unic. n°.* 8 *&* 11. Je n'entre point dans le détail de ce qui eſt compris ou n'eſt pas compris ſous le mot *meubles*, pris dans cette étroite ſignification. Il ſuffit de renvoyer à ce qu'en a écrit *Deſpeiſſes*, *des ſucceſſions*, *part.* 1, *des legs*, *ſect.* 2, *n°.* 50 & 51. J'obſerverai néanmoins que ce n'eſt que pour éviter toute équivoque, que notre texte ne parle pas ſimplement des meubles, & qu'il ajoute à même tems les effets mobiliers; termes qui ont la même étendue que le mot *mobilia* des Romains, & s'étendent ſur tout ce qui n'eſt pas immeuble, & réputé tel.

Dans les pays où l'on ne connoît que deux ſortes de

BIU Cujas

biens ; savoir, les meubles & les immeubles, comme à Paris, selon la disposition de l'*article* 88 de la coutume de cette ville, régulièrement le mot *meubles* doit être entendu dans sa signification la plus étendue, & il doit comprendre tout ce qui n'est pas réputé immeuble ; & ce n'est que par les circonstances, *& secundùm subjectam materiam*, qu'on peut le restreindre aux meubles-meublans ; c'est la commune façon de penser des Auteurs coutumiers, & notamment de ceux qui ont écrit sur la coutume de Paris : on peut voir *Charondas, sur l'article* 89 de cette coutume.

S'il s'agit d'une disposition générale, soit dans une donation ou dans un testament, comme s'il y a une disposition contractuelle ou testamentaire de tous les meubles, on ne doit pas la restreindre aux meubles-meublans, mais elle devra comprendre tous les effets mobiliers, & ce qui est réputé meubles, selon *Ferrieres, sur l'article* 88, *glos. unic. n°.* 14 *de la coutume de Paris.* J'estime encore qu'il faut dire la même chose, lorsque la disposition est simplement indéfinie, & que le mot *tous* ne s'y trouve pas, sauf s'il y avoit des circonstances qui pussent déterminer à donner moins d'étendue à la disposition, & à la restreindre aux seuls meubles-meublans.

Mais s'il s'agit d'une disposition particuliere, soit qu'elle se trouve dans un testament ou dans un contrat, on doit, en regle générale & en these, restreindre la disposition aux seuls meubles-meublans, soit que l'on parle des meubles simplement, sans ajouter la fixation du lieu où ils se trouveront, soit que l'on fixe le lieu, à moins que le mot *meubles* ne fût joint au mot *biens*, ou qu'il n'y eût du rapport ; auquel cas il faudroit le prendre dans la signification la plus étendue, & l'étendre aux effets mobiliers de la maniere que je l'ai expliqué ci-dessus. Tout ceci est une suite des principes que j'ai établis. ¶

¶ *Une tradition réelle.*] ¶ Il ne faut pas entendre ces paroles de maniere que la tradition ou la délivrance des meubles doive être faite au moment de la donation, mais par opposition au défaut de tradition pendant la vie du donateur ; en sorte qu'il en réserve ou en retienne la possession, nonobstant la donation ; si bien qu'il est indifférent que le donataire en prenne possession actuelle après l'acte de donation, parce qu'après la tradition, il en est devenu propriétaire, & il ne dépend plus du donateur de les dénaturer ; *Ferrieres, sur l'article* 274, *n°.* 25 *de la coutume de Paris ;* mais les paroles de notre texte

BIU Cujas

doivent s'entendre, soit qu'il y ait retention d'usufruit, clause de constitut ou de précaire ou non; car notre article exigeant un inventaire ou état des meubles, dont la donation ne contient pas une tradition réelle, une tradition feinte & légale n'empêcheroit pas la nullité de la donation des meubles, dont il n'avoit pas été fait d'état ou inventaire pour en constater la quantité & la qualité, si le donateur en a retenu la possession pendant sa vie. ¶ Il est vrai que si le donateur veut réserver l'usufruit sur les meubles, ou les retenir à titre de constitut, ou de précaire, ou autrement, il le peut, parce que l'usufruit peut être constitué sur les meubles, tout comme sur les immeubles, *tot. tit. ff. de usufructu;* & que suivant la *loi* 4, *ff. de precario*, on peut bailler les meubles à titre de précaire; ce qu'il faut néanmoins entendre aux termes de notre article, pourvu qu'il en soit fait un état ou un inventaire dans la donation, ou par acte séparé; & cela s'observoit de même à Paris avant cette ordonnance; *Ferrieres, sur l'article* 275 *de la coutume de Paris, n^os.* 8, 9 & 10. ¶ Le donateur peut même retenir les meubles, sans réserver l'usufruit, ni qu'il y ait clause de constitut ou de précaire, la donation n'en sera pas moins valable, pourvu qu'il en soit fait un état dans les lieux où la coutume n'est pas contraire. ¶

M. Duval, au lieu préallégué, & plusieurs autres, avoient cru que la tradition feinte n'avoit pas lieu pour les meubles, & qu'il en falloit faire une délivrance réelle, afin que la donation en fût valable, suivant les regles du droit coutumier; mais notre article décide le contraire; car il n'exige pas même qu'il y ait retention d'usufruit, ni clause de constitut ou de précaire, mais seulement qu'il en soit fait un état, afin de rendre certaine leur qualité & quantité, pour que la donation soit bonne, quoiqu'il n'y ait point de tradition; c'est-à-dire, que le donateur les retienne en son pouvoir, après la donation, pendant sa vie; on peut donc, en observant cette formalité, se réserver l'usufruit sur les meubles & effets mobiliers, tout de même que sur les immeubles, même dans les pays où les coutumes exigent la tradition; car la retention d'usufruit renferme une tradition civile, qui équipolle à la tradition réelle, suivant la *loi Quisquis* 28, *cod. de donationib. & l'article* 275 *de la coutume de Paris.* Si l'on excepte certaines coutumes qui exigent une tradition de fait, & qui ont rejetté la tradition feinte & civile, elles sont rappellées par *Ferrieres, sur*

BIU Cujas

la coutume de Paris, article 273, n°. 13; & par Ricard.

Hors de ces coutumes, & aux termes de notre ordonnance, la retention d'usufruit ne donne point d'atteinte à la donation des immeubles ou des meubles & effets mobiliers, soit qu'elle ait été faite à vie ou à tems, suivant *Ferrieres, sur l'article 275 de la coutume de Paris*, soit que le donateur ait réservé l'usufruit pour lui & pour une autre personne conjointement, ou après lui, ou directement pour un tiers; *Dumoulin, sur l'article 161, de l'ancienne coutume de Paris, & Ferrieres, au lieu préallégué, n°. 16*; & ce n'est point donner & retenir, quand on retient par convention: *retentio rei igitur ex conventione non obest, præter conventionem obest*, dit *M. Dargentré, sur la coutume de Bretagne, article 226, glos. 2*; ce qui est très-remarquable.

Et qui plus est, dans les pays même où la maxime *donner & retenir ne vaut*, est en vigueur, la retention tacite de l'usufruit suffit, comme s'il est dit que les biens sont donnés entre-vifs, & que néanmoins le donataire n'en pourra prendre la jouissance qu'après la mort du donateur, ou autres clauses semblables; *Ricard, tom. 1, part. 1, n°. 933*; en un mot, la donation est bonne & irrévocable, lorsque la disposition est actuelle, quoique l'effet & l'exécution soient suspendus jusques au décès du donateur, pourvu qu'il n'y ait point de condition qui dépende absolument de la volonté du même donateur: *in donatione sunt duo*, dit *Dumoulin, sur l'article 291 de la coutume de Bourbonnois, dispositio & executio, dispositio statim ligat nec suspenditur, & ab ea fit denominatio; ergo non dicitur*, ayant trait, *licèt executio habeat tractum.*

De-là vient que le donataire étant saisi de plein droit de la propriété des biens donnés au moment de la donation *v. inf. q. 39*, lorsque l'usufruit réservé expressément ou tacitement est fini, il peut prendre possession des biens donnés, sans en demander la délivrance aux héritiers du donateur, parce que l'usufruit prenant fin, se consolide de plein droit à la propriété, & que les biens donnés ne sont jouis qu'au nom du donataire; *Ricard, tom. 1, part. 1, n°. 920; & Ferrieres, sur la coutume de Paris, article 275, n°. 21 V. Basnage, sur l'article 446 de la coutume de Normandie.*

Il faut encore observer, selon le même *Ricard, au lieu préallégué, n°. 945 & 946*, que du moment que la donation est acceptée, il y a une obligation irrévocable de

BIU Cujas

la part du donateur, de satisfaire à ce qu'il a promis; & de faire la délivrance de la chose donnée, & que la tradition dans les lieux où elle est requise, n'est nécessaire qu'à l'égard des héritiers & des créanciers du donateur; & il suffit que le donataire ait agi contre le donateur pendant sa vie, quoiqu'il n'y ait ni retention d'usufruit, ni clause de constitut ou de précaire, pour qu'on ne soit pas dans le cas de la maxime, donner & retenir ne vaut, & qu'on ne puisse pas opposer au donataire le défaut de tradition vraie ou feinte; ¶ *Boucheul, sur l'article 273 de la coutume de Poitou, n°. 47*; si bien que tandis que le donateur est en possession, sans retention d'usufruit, ou sous la clause de constitut ou de précaire, la donation est en suspens; mais elle prend sa force, dès que le donateur en fait la délivrance, en quelque tems que ce soit, pendant sa vie, & le donataire est estimé en avoir eu la propriété du jour de la donation, comme le remarque *Ferrieres, sur la coutume de Paris, article 274, n°. 25*; ¶ cependant cette regle cesse par la disposition de notre article, à l'égard de la donation des meubles, dont le détail n'est point fait dans la donation, ou par un inventaire séparé, & que le donateur a retenus devers lui, laquelle doit être regardée comme absolument inutile, même par rapport au donateur, ou ses héritiers, qui ne pourront pas être contraints d'en faire la délivrance. ¶ Mais il faut prendre garde que notre article ne parle que des donations qui sont faites en propriété; auquel cas il est nécessaire qu'il soit fait un état des meubles & effets mobiliers, lorsque la tradition réelle n'en est pas faite, afin que la donation des meubles soit bonne & efficace. Voilà pourquoi, s'il s'agissoit de la donation entre-vifs de l'usufruit d'un domaine, avec les meubles & effets, pour avoir lieu après la mort du donateur, il ne seroit pas nécessaire de faire un état desdits meubles & effets mobiliers, pour qu'ils soient efficacement compris dans la donation de l'usufruit; en sorte que l'usufruitier devra avoir l'usufruit, le cas y échéant, des meubles & effets mobiliers qui se trouveront au domaine, lors du décès du donateur. La raison est que l'ordonnance établit un droit nouveau, & que ne parlant que de la donation en propriété, elle ne doit pas être étendue à la donation d'un simple usufruit, qui doit être réglée par le droit antérieur à l'ordonnance. ¶

Lorsque la donation entre-vifs est d'une certaine som-

BIU Cujas

me en deniers, à prendre sur les biens du donateur, elle est irrévocable, quoiqu'elle ne soit payable qu'à un certain terme, même après le décès du donateur, encore qu'il n'y ait ni retention expresse d'usufruit, ni clause de constitut ou de précaire, même dans les pays où les coutumes exigent la tradition; la raison est, parce que l'usufruit est censé réservé tacitement, comme le remarque *Ferrieres, sur la coutume de Paris, article 275, nº. 15;* c'est ainsi que la question a été jugée par arrêt du Parlement de Paris du 3 Décembre 1643, rapporté au *tom. 1 du Journal des Audiences, liv. 4, ch. 12;* & par *Soefve, tom. 1, centur. 1, ch. 63*, & notre article confirme cette décision, en ce qu'il fait comprendre que l'état des meubles équipolle à la tradition réelle, & la désignation de la somme faite dans l'acte de donation doit sans difficulté opérer le même effet pour la somme donnée, que l'état à l'égard des meubles ou effets mobiliers: on peut voir *Ferrieres, sur l'article 274, nº. 20, & seq. de la coutume de Paris; & Ricard, tom. 1, part. 1, nº. 1036.*

Il y a une question très-importante à éclaircir: elle consiste à savoir si notre ordonnance a introduit dans le pays du droit écrit la nécessité de la tradition de fait ou de droit, comme on la pratique dans la coutume de Paris, & autres pays coutumiers: la raison de douter est prise de ce qu'on trouve dans cette ordonnance plusieurs dispositions qui semblent fondées sur la nécessité de la tradition, comme je l'ai remarqué dans plusieurs endroits de mes observations; d'où il semble qu'on doive conclure qu'on a voulu introduire la même formalité dans le pays du droit écrit, pour rendre la Jurisprudence uniforme.

Mais il me paroît sans difficulté qu'on n'a voulu rien changer sur la forme de la tradition requise par les coutumes, ni introduire cette formalité dans les pays du droit écrit, où elle n'est point en usage, & où les donations sont parfaites par le simple pacte & par la convention; *l. 35, §. 5, cod. de donationib.* Je me fonde, premièrement, sur ce qu'il n'y a aucune disposition expresse dans notre ordonnance qui exige la tradition, l'intention de notre article, qui est le seul qui parle de la tradition, étant seulement que les meubles ou effets mobiliers donnés, & qui ne seront pas livrés réellement, soient constatés & rendus certains par un état signé des parties, afin qu'il ne dépende pas du donateur de rendre la donation inutile, en aliénant ou divertissant les meubles

BIU Cujas

donnés ; par où l'on a voulu assurer l'irrévocabilité des donations, sans rien statuer sur la nécessité de la tradition. En second lieu, quand certaines dispositions de notre ordonnance seroient fondées sur la raison tirée de la nécessité de la tradition, on ne pourroit pas en conclure que cette formalité eût été introduite dans le pays où elle n'étoit pas reçue, parce que la raison des dispositions ne pourroit pas s'étendre hors des cas où elle s'applique, suivant plusieurs textes du droit Romain, & le sentiment des Interprêtes, qui disent : *In correctoriis non est licita extensio*, ou selon les expressions de *Dumoulin*, *sur la coutume de Paris*, §. 78, *glos.* 1, *n°.* 161, *præstat regula quod vetus manet quatenùs expressè non mutatur.* D'ailleurs si l'intention du Législateur avoit été d'introduire la nécessité de la tradition, il en auroit prescrit des regles uniformes pour éviter la diversité de Jurisprudence. En troisieme lieu, que la nécessité de la tradition a été introduite dans les pays coutumiers, par des raisons qui cessent dans les pays du droit écrit; savoir, pour éviter les fraudes & la simulation des contrats, afin que les héritiers du sang ne puissent pas être privés par des voies obliques de la portion des biens que les coutumes leur destinent, quand il n'y a que des dispositions à cause de mort, ainsi que je l'ai expliqué sur l'*article IV suprà*, & sur l'*article XVIII*; raison qui cesse dans les pays du droit écrit, où l'on ne fait aucune distinction des biens possédés par la même personne, & où il est libre de disposer à cause de mort de la même maniere qu'on le peut entre-vifs dans le pays coutumier. Enfin il me semble que notre article le décide de même sans équivoque, en ce qu'il n'exige aucune tradition vraie ni feinte, même pour les meubles; il veut seulement, comme je l'ai remarqué ci-dessus, qu'il en soit fait un état, par les raisons que j'ai expliquées, & qui ne peuvent pas même convenir aux immeubles, parce qu'ils ont une assiette permanente ; qu'il n'est pas possible de les soustraire comme on peut supprimer les meubles; qu'ainsi il ne dépend pas du donateur de rendre la donation inutile, quoiqu'il n'y ait pas de tradition; que si le donateur aliénoit l'immeuble donné, & dont il n'y auroit aucune tradition, & que le nouvel acquéreur en prît possession réelle, il seroit à la vérité préféré au donataire, suivant la Loi *Quoties*, *cod. de rei vindicat.* mais la donation n'en seroit pas évacuée pour cela, à cause de l'action en garantie que le donataire pourroit exercer contre le donateur à raison de son dol ou du

BIU Cujas

ſtellionat ; *l. 18*, §. *ult. ff. de donat. V. Ricard, tom. 1, part. 1, n°. 954.* D'ailleurs cet inconvénient n'a pas empêché que dans le pays coutumier, on ne conſidere la donation comme valable & obligatoire, du moment qu'elle eſt paſſée, quoiqu'il n'y ait point de tradition vraie ou feinte, pourvu que l'action ſoit intentée pendant la vie du donateur, comme je l'ai expliqué ci-deſſus.

Du reſte, ſi j'ai parlé de la néceſſité de la tradition dans quelques endroits de mes obſervations, ce n'a été que relativement à la Juriſprudence des pays gouvernés par les coutumes, & mon intention n'as pas été de ſoutenir que les pays du droit écrit fuſſent aſſujettis à la même formalité.

De ce que j'ai obſervé, il s'enſuit que la promeſſe de donner eſt obligatoire, comme elle l'étoit avant cette ordonnance, ſelon l'avis de *Julius-Clarus*, §. *donatio, quæſt. 14, n°. 6, Nam conſiderato effectu, & ſubſtantiâ verborum*, dit cet Auteur, *nihil aliud eſt promiſſio donandi quàm donatio, & in dubio ſemper inclinare debemus in ſententiam per quam actus efficax reddatur* : l'Auteur des additions, ſur Ricard, des donations, *tom. 1, part. 1, n°.901*, prétend que la promeſſe de donner ne peut avoir ſon effet, que quand on a agi contre le donateur pendant ſa vie, afin qu'il ſoit contraint à faire la tradition de la choſe ; ce qui eſt vrai pour le pays où la tradition eſt requiſe, & où la donation eſt nulle, lorſque le donateur demeure en poſſeſſion des biens pendant ſa vie, à moins qu'il n'y ait retention d'uſufruit, ou clauſe de conſtitution ou de précaire, ſuivant les *articles 274 & 275 de la coutume de Paris* ; mais non pas ſelon le droit écrit, où la tradition n'eſt pas néceſſaire pour la perfection de la donation, comme je viens de le montrer ; toutefois, afin que la promeſſe de donner ſoit obligatoire, il faut qu'elle ſoit acceptée, inſinuée & revêtue de toutes les autres formalités requiſes pour la validité des donations, puiſque la promeſſe de donner eſt conſidérée comme une vraie donation.

Il en ſera fait un état ſigné des parties, &c.] C'eſt-à-dire, du donateur & du donataire, ou de ceux qui acceptent pour lui, comme ſon Procureur ſpécial ou général, ou les autres perſonnes dont il eſt parlé aux *articles VII & VIII* de la préſente ordonnance : que ſi les parties ne ſavent pas ſigner, cet état doit être fait par acte public, afin qu'il faſſe foi : l'état doit contenir non-ſeulement les meubles corporels, mais encore les meubles incorporels, comme ſont les actions ou dettes actives qui ſont

BIU Cujas

compriſes ſous le mot *meubles*, ſelon *Bechet*, *ſur l'uſance de Xaintes*, *article 62*, *pag.* 198, à moins qu'à l'égard des dettes actives le donataire n'eût fait ſignifier la donation aux débiteurs; auquel cas la ſignification tient lieu de tradition réelle des actions, & ſuffiroit pour rendre valable la donation, ſelon *Ricard*, *tom.* 1, *part.* 1, *n°. 965*; quoiqu'aux termes de la loi 43, §. 1, *ff. de acquir. rer. domin.* les choſes incorporelles ne ſoient pas ſuſceptibles de tradition, toutefois la ſignification de la donation qui équipolle à la tradition réelle, ſaiſit le donataire, & ſuffit afin qu'il ne dépende pas du donateur de rendre la donation inutile, ſelon *Ferrieres*, *ſur la coutume de Paris*, *article* 273, *n°.* 19; *Ricard*, *au lieu préallégué*; ¶ & il en doit être de même, lorſque les actes juſtificatifs des dettes actives ont été livrés au donataire, parce que cette délivrance eſt une tradition ſuffiſante, comme le décide la *loi* 1, *cod. de donat. V. Boucheul*, *ſur l'article 273*, *n°.* 38 *de la coutume de Poitou*; *& Ferrieres*, *ſur l'article 275 de la coutume de Paris*, *n°.* 3; que ſi le donataire de tous les biens préſens ſe trouvoit débiteur du donateur, il ne ſeroit point néceſſaire qu'il fût fait un état, ni qu'il fût parlé nommément de la ſomme compriſe dans la donation, ni que les actes d'obligation fuſſent livrés au donataire, parce que, ſuivant la *loi* 10, *ff. de donat.* la donation eſt parfaite, ſans qu'il y ait de tradition, lorſque la choſe donnée eſt au pouvoir du donataire; & que ſuivant *Godefroy*, *ſur cette loi*, *traditio in iis rebus quæ pœnis donatorum ſunt non requiritur; nam quod ei ſemel traditum eſt magis ei tradi non poteſt.* Ainſi jugé par arrêt du Parlement de Toulouſe, du 12 Avril 1741, en la Grand'Chambre, au rapport de M. de Pujol, en faveur du Sieur Antoine Imbert, donataire, contre le Sieur Antoine Loubers, donateur de tous ſes biens préſens; ¶ mais il n'eſt pas néceſſaire de comprendre dans cet état ou inventaire les immeubles réels, non plus que les fictifs; c'eſt-à-dire, les choſes qui ſont miſes au rang des immeubles, ſuivant les coutumes ou les uſages des lieux: *V. Ricard*, *au lieu cité*, *n°. 966 & 967.* Du reſte, notre article n'exigeant que le ſeing des parties, & non celui des témoins qui ont été préſens à la donation, il n'eſt pas néceſſaire que l'état ſoit ſigné des témoins, quand les parties l'ont ſigné.

Qui demeurera annexé à la minute de ladite donation.] Il ne ſuffit pas de dreſſer un état ou inventaire des meubles ou effets mobiliers compris dans les donations entre-vifs, il faut encore que cet état ou inventaire ſoit annexé à la minute de la donation: ces deux choſes ſont requiſes

BIU Cujas

par notre article, *per modum unius*, & par conſéquent il faut obſerver l'un & l'autre ; faute de quoi le donataire ne pourra prétendre aucun des meubles ou effets mobiliers, même contre le donateur ou ſes héritiers ; ¶ par où notre texte fait comprendre, que non-ſeulement le donataire ne peut pas vendiquer les meubles aliénés par le donateur, quand il n'en a point été fait d'état, mais encore quoiqu'ils ſoient au pouvoir du donateur ou de ſes héritiers ; car il ſuffit qu'ils ayent été laiſſés en la poſſeſſion du donateur, qui ait eu la liberté de les dénaturer, pour faire que la donation ſoit imparfaite à cet égard ; de-là vient que ſi au contraire le donataire en a pris poſſeſſion, en quelque tems qu'il l'ait fait, par la volonté du donateur, la donation des meubles eſt valable, parce que la raiſon qui la rendoit efficace, ceſſe ; ce qui eſt ſi vrai, que notre article ne déclare pas nulle la donation des meubles ; elle ſe contente de refuſer une action au donataire pour les vendiquer, ſoit des tiers-acquereurs, ſoit du donateur ou de ſes héritiers ; mais elle ne donne point d'action au donateur, ni à ſes héritiers, pour en dépouiller le donataire qui s'en trouve ſaiſi ; ¶ mais la privation des meubles ou effets mobiliers, dont il ne ſera point fait d'état, eſt la ſeule peine que le donataire ſouffre ; car la donation eſt valable pour tout le ſurplus. ¶ Mais cette peine ou privation des meubles & effets mobiliers ne peuvent pas avoir lieu, lorſque la donation eſt faite en contrat de mariage, parce qu'il eſt permis de donner tous les biens préſens & à venir, tant meubles, qu'immeubles ; & que ces ſortes de donations valent, quoique par quelque clauſe ou réſervation, le donateur puiſſe leur donner atteinte, à cauſe que la regle donner & retenir ne vaut, n'a pas lieu dans les donations faites en contrat de mariage en faveur des conjoints, ni de leurs enfans à naître, comme je l'ai remarqué ſur *l'article XVII infrà.* ¶

Défendons de faire dorénavant aucune donation des biens préſens & à venir.] ¶ La defenſe de comprendre les biens à venir dans les donations qui ne ſont pas faites en contemplation de mariage, eſt fondée, ainſi que je l'ai déja remarqué, ſur les regles de l'ancien droit Romain. La loi *Cericia* exigeoit, pour la validité des donations, qu'elles fuſſent faites, en y obſervant la formalité de la mancipation, qui étoit une vente imaginaire ; dans la ſuite cette mancipation ayant été abrogée par un uſage contraire, les Empereurs introduiſirent la néceſſité de la tradition réelle : enſuite on voulut que la tradition, par la

BIU Cujas

retention d'usufruit, équipollât à la tradition corporelle; & qu'elle fût suffisante pour la perfection de la donation; mais les Empereurs *Honorius* & *Théodose* porterent une loi, qui est la pénultieme au code *Theodosien*, *de Donat.* par laquelle la nécessité de la tradition réelle fut rétablie, & l'on rejetta la tradition feinte par la retention d'usufruit. Cette loi fut bientôt après corrigée par une autre loi portée par l'Empereur Théodose, qui se trouve la derniere au code *Theodosien*, *de donat.* de laquelle la loi *Quisquis 28*, *cod. de donat.* a été tirée, & cette loi a été non-seulement confirmée par l'Empereur Justinien dans la loi 35, §. *5*, *cod. de donat.* mais encore cet Empereur a voulu de plus que la donation fût faite par le simple pacte ou la stipulation, sans qu'il fût besoin d'aucune sorte de tradition. Dans l'état ancien de la Jurisprudence Romaine, soit tandis que l'émancipation étoit requise, soit quand on eut substitué la tradition réelle à sa place, il est clair que les biens à venir ne pouvoient pas être compris dans la donation, attendu qu'on ne pouvoit faire aucune tradition, comme l'a fort bien remarqué M. Cujas, sur la loi 35, *cod. de donat.* Il faut rapporter ici ce que j'ai dit dans les questions 39 & 47. Il est remarquable, que tandis que les donations étoient inutiles, faute de tradition feinte, par la retention d'usufruit, ou réelle, la seule tradition réelle suffisoit pour faire valoir les donations des animaux, des habits, des pierreries, des métaux, & autres consistant en nombre, poids & mesure, comme le prouvent ces paroles de *Papinianus*, *in libro responsorum*, *cap. 23*, *de animalibus*, *vestibus*, *gemmis*, *vel quocumque metallo*, *vel aliis quæ pondere*, *numero*, *mensurâ constant*, *omnem donandi solemnitatem in sola traditione posse constare.*

Les Romains n'ont pas été les premiers à introduire la tradition, soit pour transférer la propriété, soit pour la perfection des contrats; les loix des Hebreux l'avoient introduite avant les Romains: en effet, *Selden*, *de jure naturali & gentium*, *juxta disciplinam Hebræorum*, *lib. 6*, *cap. 5*, après avoir expliqué les formalités qui étoient nécessaires pour la validité des contrats parmi les Hébreux, remarque que les contrats n'étoient pas obligatoires jusques à ce que la tradition fût intervenue; ce qui avoit lieu non-seulement aux contrats de vente ou d'échange, mais encore aux donations, soit qu'il s'agît des meubles ou des immeubles: *Ex nudo verborum contractu*, dit cet Auteur, *nihil omninò transferebatur constituto etiàm soluto pretio in emptoris Dominium res ejusmodi*, *non*

BIU Cujas

transfibat, nisi aut prehensione quâ sustolleretur, gustareturve, aut tactu ab actu aut ductu, ubi res commodè gestari, aut sustolli nequiret, aut traditione ubi ejusmodi esset, ut ità nec trahi posset, abigi, nec duci in illius possessionem, idque ex sententia venditoris deveniret; nam & antequàm ex hisce aliquod fieret integrum erat & venditori aut emptori à contractu recedere, nec aliud voluere in donationibus ac in venditionibus, jus locum habere. Irrita scilicèt erat donatio, saltem donator haud obligabatur, ante qualem diximus possessionem donatario habitam. V. Tobie, cap. 8, vers. 24. ¶ Notre texte marque par le terme *dorénavant*, & plus particuliérement par *l'article XLVII infrà*, qu'elle ne doit avoir lieu que pour les donations qui seront faites à l'avenir, & depuis le jour de l'enrégistrement aux cours supérieures, suivant l'usage du Royaume, comme je l'ai remarqué sur *l'article XLVII.*

Si ce n'est dans le cas ci-après marqué.] C'est-à-dire, dans les contrats de mariage en faveur des conjoints ou de leurs descendans; laquelle exception est marquée dans *l'article XVII infrà.* ¶ Sur quoi on peut voir *l'article* 210 *de la coutume de Bourbonnois, & le Commentaire de Me. Auroux des Pommiers;* & l'exception marquée par l'article XVII a lieu même pour les donations qui sont faites par l'un des conjoints en faveur de l'autre, comme je l'ai remarqué sur l'article XIII *suprà, in fine*, & sur ledit article XVII.

La raison est, parce que la donation est indivisible, & que la nullité par rapport aux biens à venir, influe sur celle des biens présens; *Me. Auroux des Pommiers, sur l'article 210 de la coutume de Bourbonnois.* Mais s'il est dit dans l'acte de donation qui comprend les biens à venir, que ne pouvant valoir pour les biens à venir, elle vaudra du moins pour les biens présens. Cette question a été jugée pour la validité de la donation des biens présens, par Jugement en dernier ressort, rendu par MM. de Costa, de Vic & de Rey, Conseillers au Parlement de Toulouse, & Commissaires du Conseil, du 7 Juin 1743, en faveur de Messire Jean-Baptiste de Josse-Lauvreins, Conseiller au Parlement de Toulouse, contre Messire George de L'Hopital. Il s'agissoit d'une donation faite à M. de Josse, par la Dame de Lairac, mere commune des parties, le 26 Mai 1735, qui comprenoit les biens présens & à venir, avec clause expresse, qu'au cas qu'on disputât la validité de la donation, sous prétexte qu'elle comprend les biens à venir, elle auroit son

BIU Cujas

effet pour tous les biens préſens. Il eſt vrai qu'elle portoit auſſi que la Dame de Lairac, en mariant M. de Joſſe ſon fils, en 1728, lui avoit promis verbalement de lui donner, en faveur de ſon mariage, tous ſes biens préſens & à venir; mais cette promeſſe n'étoit conſtatée que par la donation faite en 1735, & il n'y en avoit point d'autre preuve pour lui donner quelque poids. La raiſon pourquoi la donation des biens préſens ne vaut pas dans ce cas, eſt parce que la donation des biens préſens & à venir, *uno contextu*, eſt une dans l'intention des parties, qui ont uni & confondu les biens à venir avec les biens préſens, & n'en ont fait qu'une ſeule & unique diſpoſition; voilà pourquoi la nullité, par rapport aux biens à venir, influe ſur le reſte, comme inſéparable; au lieu que quand les parties ont fait deux diſpoſitions différentes des biens préſens & des biens à venir, ce ſont deux contrats différens, dont l'un peut valoir, tandis que l'autre eſt nul, & l'on ne peut pas dire qu'il s'agiſſe d'une ſeule diſpoſition indiviſible; car les parties ont prévu la nullité, par rapport aux biens à venir; & malgré cela, elles ont voulu que la diſpoſition vaudroit pour les biens préſens. Cette queſtion eſt décidée de même par Ricard, des donations, *part. 1*, *n°.* 1024. Cependant on ne peut pas ſe fier, ni à la tradition de Ricard, ni au préjugé du jugement du 7 Juin 1743, parce qu'il a été caſſé par arrêt du Conſeil du Février 1745. ¶

Encore que le donataire eût été mis en poſſeſſion du vivant du donateur.] La nullité des donations, même pour les biens préſens, qui eſt prononcée par cet article, lorſqu'elles renferment les biens à venir, en tout ou en partie, doit avoir lieu, quoique le donataire ſoit entré en poſſeſſion du vivant du donateur, des biens préſens, en tout ou en partie; ce qui s'entend de la poſſeſſion réelle, tout comme de la poſſeſſion feinte: cette extenſion méritoit une diſpoſition expreſſe, autrement on auroit pu prétendre que l'exécution de la donation devoit la faire valoir pour les biens préſens.

ARTICLE XVI.

BIU Cujas

ARTICLE XVI.

Défenses de charger le Donataire des dettes & charges de la succession, au-delà de celles qu'il est obligé de supporter de droit, & de la réservation d'un effet ou d'une somme pour en disposer.

LES *Donations* qui ne comprendroient que les biens présens, seront pareillement *déclarées nulles, lorsqu'elles seront faites à condition de payer les dettes & charges de la succession du Donateur, en tout ou en partie, ou autres dettes & charges que celles qui existoient lors de la Donation, même de payer les légitimes des enfans du Donateur*, au-delà de ce dont ledit Donataire peut en être tenu de droit, ainsi qu'il sera réglé ci-après; laquelle disposition sera observée généralement à l'égard de toutes les Donations faites *sous des conditions, dont l'exécution dépend de la seule volonté du Donateur*; & en cas qu'il se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la Donation, ou d'une somme fixe à prendre sur les biens donnés, voulons que ledit effet ou ladite somme *ne puissent être censés compris dans la Donation*, quand même le Donateur seroit mort sans en avoir disposé; auquel cas ledit effet ou ladite somme appartiendront aux héritiers du Donateur, *nonobstant toutes clauses ou stipulations à ce contraires.*

OBSERVATIONS.

Cet article peut être divisé en deux parties. La premiere, où il est parlé des dettes & charges, dont le donataire peut être chargé; & la seconde, où il est parlé de la réserve faite par le donateur, d'un effet ou d'une somme pour en disposer: l'une & l'autre de ces deux parties paroissent avoir pour fondement la maxime, *donner & retenir ne vaut*, & la raison prise de ce que les donations doivent être fermes & irrévocables de la part du

BIU Cujas

donateur, comme je le montrerai en expliquant les paroles de notre texte.

Le donataire de tous les biens préſens, ou d'une quote, doit payer toutes les dettes créées, lorſque la donation eſt de la totalité, ou par proportion de la quotité, lorſqu'elle n'eſt que d'une partie de la totalité, parce que *bona non dicuntur niſi deducto ære alieno*, *L. 39*, §. *1*, *ff. de verb. ſignif. Bacquet*, *des droits de juſtice*, *ch. 21*, *n°. 77*; *Guypape*, *queſt. 105 & 460*; *Maynard*, *liv. 6*, *ch, 10*; *M. de Cambolas*, *liv. 2*, *ch. 9*; *M. de Catellan*, *liv. 5*, *ch. 24*, juſques-là même que la réſerve d'un effet particulier ou d'une ſomme à prendre ſur les biens donnés, ne doit pas contribuer au payement des dettes antérieures à la donation, par la raiſon de la *Loi 50*, §. *1*, *de judiciis*, *Boniface*, *tom. 3*, *liv. 7*, *tit. 2*, *ch. 5*; ce qui doit avoir lieu, ſoit que la donation ne comprenne que les biens préſens, ſoit qu'elle renferme tous les biens préſens & à venir, dans le cas où il eſt permis de faire une telle donation, ſuivant *l'article XVII infrà*, lorſque le donateur en a diſpoſé, ſuivant l'article XVIII; mais ſi la donation eſt particuliere, le donataire n'eſt pas obligé de contribuer au payement des dettes; *L. Æris alieni 15*, *cod. de donat.* de quelle maniere les donataires doivent payer les dettes ou y contribuer, ſelon le droit Romain ou le droit François. *V. Argentré*, *ſur l'article 219 de la coutume de Bretagne*, *gloſ. 7*; *& Ferrieres*, *ſur l'art. 334 de celle de Paris*, *gloſ. 1*, §. *3*.

Il y a une différence eſſentielle entre les dettes & les charges d'une ſucceſſion; car on ſuppoſe que les dettes ont été contractées par le défunt, en ſorte qu'on a pu l'obliger lui-même de les acquitter, du moins pour celles dont le terme étoit échu pendant ſa vie, *de quibus cum defuncto actio eſſe potuit*; *Argentré ſur l'article 219*, *gloſ. 5*, *n°. 1*, *de la coutume de Bretagne*; au lieu que les charges naiſſent à l'occaſion de la ſucceſſion; d'ailleurs les dettes concernent les héritiers, & les charges regardent principalement la ſucceſſion, qu'elles diminuent de plein droit, parce qu'elles ſe prennent par une eſpece de délibation; enfin tel eſt obligé aux charges qui ne l'eſt pas aux dettes, & tel eſt tenu des dettes, qui n'eſt pas aſſujetti aux charges, comme le remarque *M. Lebrun*, *des ſucceſſions*, *liv. 4*, *ch. 2*, *ſect. 4*.

Le même Auteur, au lieu préallégué, fait une énumération des charges ¶ de la ſucceſſion; mais ce n'eſt pas pour les diſtinguer des charges de la donation, afin de ſavoir ſi elle ſeroit nulle dans le ſens de notre article; il

BIU Cujas

met au nombre des charges de la succeſſion, ¶ 1°. Les legs. 2°. L'amortiſſement dû à raiſon des legs faits aux mains-mortes. 3°. Les frais des procès, à raiſon des effets de la succeſſion. 4°. Le préciput du ſurvivant des conjoints, ſtipulé en contrat de mariage, à prendre en eſpeces ou en meubles ; car s'il eſt réglé en argent, c'eſt une dette. 5°. Le droit de relief dû à cauſe de la mort du défunt. 6°. L'arriere-ban, qui eſt une charge de l'uſufruit. 7°. La garantie des faits ou promeſſes du défunt ; ¶ mais, à proprement parler, c'eſt une dette qui remonte au jour de la vente ; ainſi c'eſt une charge de la donation, quand la vente eſt antérieure. ¶ 8°. Enfin l'obligation de venger la mort du défunt, qui a été tué : on peut voir ſur la même matiere ce que dit *Ferrieres, ſur l'article 334 de la coutume de Paris, gloſ. 1, §. 4*, ¶ qui obſerve, qu'outre les dettes, il y a dans une ſucceſſion, des charges de la ſucceſſion, des charges des héritiers, & des charges des héritages de la ſucceſſion, dont il fait le détail. Selon cet Auteur, on met au rang des charges de la ſucceſſion, 1°. Les frais funéraires. 2°. Le préciput du ſurvivant. 3°. Le douaire préfix en rentes, ou en deniers. 4°. Les charges annuelles dues par aſſignat. 5°. La garantie des fonds & rentes. 6°. Les dépens faits par les héritiers depuis l'ouverture de la ſucceſſion. 7°. Les penſions & rentes viageres. 8°. Les frais de la vêture & la dot des filles Religieuſes, au cas permis. 9°. Les legs qui ne ſont point des dettes, mais des charges de la ſucceſſion & des héritiers ; il met encore au rang des charges des héritiers le relief dû au Seigneur, quand ils ſuccedent aux fiefs en collatérale. Les charges des héritages de la ſucceſſion ſont, 1°. Les rentes foncieres non rachetables. 2°. L'uſufruit accordé ſur un héritage. 3°. Le droit d'habitation donné ou légué. 4°. On peut encore mettre dans la même catégorie les tailles dans les pays où elles ſont réelles, comme auſſi les rentes obituaires, parce qu'elles ſont réputées foncieres, & qu'elles jouiſſent des mêmes privileges : l'on doit, à mon avis, préférer le détail de Ferrieres à celui de Lebrun ; à cela près, que la garantie des fonds & rentes, les penſions & rentes viageres, & les dots des Religieuſes, dont les contrats ſont antérieurs à la donation, ſont des véritables charges, dont le donataire eſt tenu, comme je l'expliquerai ſur l'article XVII. On peut mettre encore au nombre des charges de la ſucceſſion, les frais de la derniere maladie du défunt, ſuivant *M. de Catellan*,

BIU Cujas

liv. 3, ch. 37. ¶ Dans les pays du droit écrit, on met les légitimes au rang des charges, & particuliérement au Parlement de Toulouse, où l'on juge que le donataire d'une quote des biens en payant les charges, est obligé de contribuer pour sa portion au payement des légitimes dues aux autres enfans du donateur; *M. Maynard, liv. 2, ch. 93, & liv. 10, ch. 11; M. Larroche, liv. 6, tit. 40, article 1, & tit. 63, article 6; & M. de Cambolas, liv. 4, ch. 7; mais Henris, tom. 1, liv. 4, ch. 6 quest. 93,* croit que le mot *charges* ne comprend pas les légitimes ni les dots des enfans du donateur, & son sentiment a été suivi par cette ordonnance, comme je le dirai sur *l'article XXXVI.* ¶ La donation même des biens présens sera donc nulle, si le donataire est chargé de payer les dettes & charges de la succession du donateur, parce que par une telle convention on pourroit donner indirectement atteinte à la donation en contractant des dettes, ou en chargeant les biens donnés, & que le donataire fût soumis à reconnoître ces dettes & charges; mais la donation ne seroit pas nulle, quoique le donataire fût chargé des dettes & charges de la donation; c'est-à-dire, de celles qui étoient créées lorsque la donation a été faite; & ce n'est qu'en assujettissant le donataire aux dettes & charges créées après la date de la donation, que la nullité est produite, selon l'esprit de notre article. ¶

Les donations seront déclarées nulles, lorsqu'elles seront faites à condition de payer les dettes & charges de la succession du donateur.] Selon la disposition de notre article, le donataire de tous les biens présens, ne peut être chargé en tout ou en partie, que du payement des dettes ou charges qui existoient lors de la donation; & s'il étoit chargé de payer les dettes, ou charges de la succession; c'est-à-dire, celles qui sont créées après la donation, elle seroit nulle; la raison de cela est, que la donation doit être ferme & irrévocable de la part du donateur; & que s'il avoit la liberté d'y donner atteinte en contractant des dettes que le donataire fût obligé de payer, ce seroit *donner & retenir*, comme l'observe *Ricard, des donations, tom. 1, part. 1, nº. 1027, p. 230;* par où notre article a décidé une question fort controversée par les Auteurs du droit coutumier, si la donation faite à la charge par le donataire de payer ce qui se trouvera dû au jour du décès du donateur, étoit bonne, & le sentiment de ceux qui tenoient pour la nullité, se trouve confirmé par cette nouvelle loi.

Dès que l'on connoît le motif & la raison fondamen-

BIU Cujas

tale de notre article, il eſt aiſé de comprendre que ce n'eſt pas l'intention du Légiſlateur d'établir une proportion entre la quotité de la donation & la quotité des charges ou dettes; car, ſelon le droit Romain, étant libre au donateur d'impoſer à ſa libéralité les conditions qu'il trouve à propos, *tot. tit. cod. de donat. quæ ſub modo, & L. 25, cod. de donationib.* rien n'empêche qu'il ne le puiſſe préſentement, pourvu que l'exécution de la condition ne dépende pas de la ſeule volonté du donateur, ou que les charges n'aient pas du rapport à cette même volonté; car, par exemple, il n'y a point de doute que celui qui ne donne que la moitié des biens préſens, ne puiſſe charger le donataire de toutes les dettes par lui contractées juſqu'au jour de la donation; en un mot, toutes ſortes de conditions peuvent encore aujourd'hui être impoſées aux donations entre-vifs, pourvu qu'elles ne tendent pas à détruire la donation par la ſeule volonté du donateur, directe ou indirecte, qu'elles n'aboutiſſent pas à la maxime, *donner & retenir ne vaut*, comme le remarquent *Ricard, part. 1, n°. 1039, & ſuivans; & M. Auroux des Pommiers, ſur l'article 212 de la coutume de Bourbonnois.*

Les conditions qu'on peut oppoſer aux donations, ſont de trois ſortes; quelques-unes ſont telles que la donation dépend de l'événement de la condition qui en ſuſpend l'effet & l'accompliſſement. Les autres réſolvent la donation qui avoit ſubſiſté, comme ſi le retour, après le décès du donataire, eſt ſtipulé, & autres ſemblables. La troiſieme eſpece des conditions apporte ſeulement quelque changement, ſans annuller la donation, comme lorſque le donataire eſt chargé de rendre les biens donnés, ou partie, à une autre perſonne; *L. 1, ff. de donationib. Domat, des loix civiles, liv. 1, tit. 10, ſect. 1, article 11:* toutes ces conditions ſont permiſes, ſoit qu'elles ſoient caſuelles ou mixtes, même volontaires, quand elles ont du rapport à la volonté du donataire ou d'un tiers, n'y ayant que celles qui dépendent de la ſeule volonté du donateur, qui ſoient défendues. Voilà pourquoi on doit ſe régler par le droit ou les coutumes pour les autres conditions.

¶ *En tout ou en partie.*] Comme la ſucceſſion eſt un titre univerſel, les mots en partie ſe prennent dans cet endroit pour une partie de l'univerſalité; c'eſt-à-dire, d'une quote, *ou autres dettes & charges que celles qui exiſtoient lors de la donation;* ce ſeroit à mon avis abuſer de

BIU Cujas

la lettre du texte, que de l'entendre dans le sens que les paroles présentent en les joignant avec ce qui précede. En effet, les termes qui précedent, où il est dit que les *donations seront pareillement déclarées nulles; lorsqu'elles seront faites à condition de payer les dettes & charges de la succession du donateur, en tout ou en partie*, devant s'entendre des dettes & charges pour l'universalité, ou pour une partie de l'universalité, par forme de quote; si l'ordonnance ajoute, *ou autres dettes & charges que celles qui existoient lors de la donation*, le sens qui se présente d'abord, est qu'il est défendu de charger le donataire de payer les dettes ou charges particulieres, soit qu'elles soient indéfinies ou déterminées: mais ce ne peut pas avoir été l'esprit du Législateur; & pour s'en convaincre, on n'a qu'à considérer, 1°. L'esprit de l'ordonnance en général, selon lequel on doit expliquer ses dispositions particulieres. 2°. Les difficultés que le Législateur a voulu résoudre par cet article; ce qui fera découvrir indubitablement les véritables paroles du texte.

Premiérement, il ne paroît pas douteux, par toutes les précautions que le Législateur a prises dans cet article, & dans les postérieurs, que son intention a été d'assurer l'irrévocabilité des donations entre-vifs, d'empêcher que le donateur ne pût y donner atteinte directement ou indirectement par sa seule volonté, & qu'il a voulu rendre commune aux pays du droit écrit la regle du droit coutumier, *donner & retenir ne vaut.*

En second lieu, il est facile de comprendre, pour peu qu'on soit instruit des difficultés agitées par les Interprêtes du droit Romain ou coutumier, qu'il y en avoit deux qui avoient partagé les suffrages des Auteurs, & que notre texte a eu principalement en vue. La premiere, si la donation faite à la charge par le donataire de payer les dettes que le donateur se trouveroit devoir lors de son décès, seroit nulle dans le pays du droit écrit, où l'on n'avoit pas reçu la maxime *donner & retenir ne vaut*, on décideroit pour la validité de la donation; mais les Auteurs coutumiers étoient partagés sur cette difficulté, comme on peut le voir dans *M. Louet & Brodeau, lettre D, sommaire 10; & Ricard, tom. 1, part. 1, n°. 1027;* & suivant la deuxieme, si le donataire pouvoit être chargé de payer les legs que le donateur pourroit faire dans son testament, on n'y faisoit aucune difficulté dans le pays, où le droit Romain sert de loi; mais les Auteurs coutumiers n'étoient pas d'accord; les uns prétendoient qu'on tomboit dans le cas de la maxime *donner & retenir ne vaut*,

BIU Cujas

& les autres étoient d'un avis contraire, parce que la faculté de faire des legs n'étoit pas indéfinie, attendu qu'une certaine portion des propres, dont on ne peut pas disposer par testament, ne peut pas y être assujettie. Notre ordonnance a donc voulu résoudre ces difficultés, en déclarant les donations nulles, lorsqu'elles renfermeroient de telles charges.

En troisieme lieu, si l'on examine les coutumes, & les Auteurs qui les ont expliquées, on s'apperçoit que l'esprit général du droit coutumier, sur lequel notre texte a été formé, est, 1°. Que c'est contrevenir à la maxime *donner & retenir ne vaut*, lorsque le donateur impose au donataire une charge indéfinie, qui a trait de tems à l'avenir, & qu'il dépend de la volonté du donateur d'augmenter comme il lui plaît. 2°. Que si la charge qui a trait de tems à l'avenir est fixe; ou si elle peut être fixée, indépendamment de la volonté du donateur, elle ne donne point d'atteinte à la donation, parce qu'on n'est plus dans le cas de la regle *donner & retenir ne vaut*, selon la *coutume d'Auvergne*, *ch. 14*, *article 20*, & celle de *Nivernois*, *ch. 27 des donations*, *article 3*, à cause que ce n'est point blesser les regles de l'irrévocabilité de la donation, que de lui imposer des charges qui ne sont point indéfinies, comme raisonnent les Auteurs coutumiers, qui ont le mieux pénétré l'esprit des coutumes, & entr'autres, *Coquille*, *sur l'article de la coutume de Nivernois*, déja cité; *Ricard*, *des donations*, *tom. 1*, *part. 1*, *n°. 1027*, & suivans; *& M. Auroux des Pommiers*, *sur l'article 212*, *n°. 5 de la coutume de Bourbonnois*; c'est donc relativement à cette distinction, que les questions qui peuvent se présenter sur notre texte, doivent être décidées; c'est-à-dire, que si les charges qui ont trait de tems à l'avenir, sont déterminées, ou peuvent l'être, indépendamment de la volonté du donateur, elles ne donnent point d'atteinte à la donation, parce qu'elles sont moins une charge, qu'une réservation à prendre sur les biens donnés, autorisée par notre article; que si au contraire elles sont indéfinies, elles rendent la donation nulle: si l'on entendoit autrement les paroles que j'explique, il arriveroit que dans plusieurs cas la nullité de la donation seroit encourue, sans que l'esprit & la raison fondamentale de la disposition de notre texte fût blessée; c'est-à-dire, sans que la charge pût donner atteinte à l'irrévocabilité de la donation, par la seule volonté du donateur.

Si, par exemple, la donation étoit faite, à la charge par

BIU Cujas

le donataire de payer les frais funéraires du donateur, ou une somme fixe sur les dettes que le donateur pourroit contracter à l'avenir, les frais funéraires, & les dettes à venir, dont le donataire est chargé de faire le payement, à concurrence de la somme stipulée, sont bien clairement des charges ou dettes non existantes lors de la donation; cependant le Législateur ne peut pas les avoir en vue en prononçant la nullité de la donation, lorsque le donataire seroit chargé de payer les dettes ou charges non existantes lors de la donation, parce qu'elles ne forment point de contravention à la maxime *donner & retenir ne vaut*, attendu qu'elles sont fixes ou qu'elles peuvent être facilement fixées, indépendamment de la volonté du donateur; car, selon la remarque de *Coquille*, *sur la coutume de Nivernois*, *ch.* 27 *des donations*, *article* 3, la charge des frais funéraires, a sa mesure certaine, & emporte tout autant que s'il y avoit une somme exprimée, parce que cela est sujet à l'arbitrage d'un prud'homme, selon la dignité du défunt, la portée de ses biens, & la coutume du pays; qu'enfin elles ne tendent pas à évacuer la donation & la rendre inutile par la volonté du donateur; que d'ailleurs on peut les considérer comme des réserves sur les biens donnés, autorisées par notre article.

Pour bien connoître l'application des principes que je viens de rapporter, on peut former six questions. La premiere, la nullité est-elle encourue, lorsque la charge imposée au donataire, laquelle n'existoit pas lors de la donation, n'a aucun rapport avec la volonté du donateur, en sorte qu'il ne dépende pas de lui de la rendre considérable, ni de donner atteinte au surplus des biens donnés? La seconde, si la charge étoit fixée & déterminée à une somme certaine, la nullité devroit-elle avoir lieu? La troisieme, qu'en devroit-il être, si la charge n'étoit déterminée à une somme certaine par la donation, & que néanmoins elle pût l'être indépendamment de la volonté du donateur? Ces trois questions doivent être décidées de la même maniere; c'est-à-dire, que dans tous ces cas, la donation seroit valable, soit parce que la raison fondamentale de la disposition de notre article ne peut pas s'appliquer, attendu que les charges n'ont aucun rapport avec la maxime, *donner & retenir ne vaut*, & qu'elles ne tendent pas de donner atteinte à l'irrévocabilité de la donation; soit parce qu'à bien prendre la chose, les charges n'étant pas indéfinies, elles doivent être considérées comme des réserves qui laissent subsis-

BIU Cujas

ter la donation pour le surplus, & qui sont même expressément autorisées par notre texte, ainsi que je l'ai remarqué plusieurs fois.

La quatrieme question consiste à savoir, si l'ordonnance, ne parlant que des donations des biens présens, la disposition doit s'appliquer à celles qui ne sont que d'une quote, sous condition de payer une semblable quote des charges de la succession, ou dettes créées postérieurement. La raison de douter peut être prise, de ce que s'agissant d'une disposition corrective du droit & de l'usage du pays du droit écrit, la correction & la dérogation ne doit pas s'entendre hors de son cas; mais il faut décider que la donation seroit nulle, parce qu'il dépendroit du donateur de la rendre inutile en contractant des dettes; que la même raison milite dans la donation d'une quote, & a la même force que dans la donation de la totalité, & que ce qui est dit du tout, doit s'entendre de la partie, suivant la loi *Quæ de tota* 76, *ff. de rei vindic.* ce qui est ainsi déterminé par les mots, *en tout ou en partie*, qui se trouvent dans notre article.

La cinquieme, si la donation des biens présens ne devroit pas être annullée, si le donataire étoit chargé de payer une quote des dettes & charges de la succession. Il semble d'abord qu'une telle charge ne pouvant pas donner atteinte à la donation, par rapport à la quote qui n'est pas assujettie aux charges, elle doit valoir du moins pour la quote exempte des charges; cependant il ne me paroît pas douteux que notre article ne prononce la nullité d'une telle donation, puisqu'il veut que la donation des biens présens ne puisse point être chargée des dettes & charges de la succession du donateur, en tout ou en partie, à peine de nullité; ce qui est fondé sur ce que le donateur pourroit contracter tant de dettes, & augmenter si fort les charges de sa succession, que la quote dont le donataire seroit chargé, évacueroit la donation en entier; sans compter que la donation étant nulle par rapport à la quote chargée des dettes & charges de la succession, la nullité pour cette partie entraîneroit la nullité pour tout le reste, par l'argument de l'article XV *suprà*.

La sixieme, si la donation d'une chose particuliere, à condition de payer quelque charge ou dette particuliere non existante lors de la donation, seroit nulle. Notre article ne parle point à la vérité des donations d'une chose particuliere, mais seulement de celles des biens présens; d'où il semble qu'on doive conclure que la donation

BIU Cujas

d'une chose particuliere ne doit pas être compriſe dans ſa diſpoſition : toutefois il me paroît raiſonnable d'uſer de cette diſtinction où la charge eſt indéfinie ; dans ce cas la donation ſeroit nulle, parce que ce ſeroit contrevenir à la regle, *donner & retenir ne vaut ;* attendu qu'il dépendroit du donateur de l'augmenter ſi fort, que la donation pourroit être évacuée ; raiſon qui s'applique auſſi-bien aux donations d'une choſe particuliere, qu'à celles des biens préſens ou d'une quote, ou bien elle eſt fixe & déterminée ; en ſorte qu'il ne dépende pas du donateur de l'augmenter ; alors la donation ſeroit valable, parce que la charge devroit être conſidérée comme une réſerve, qui n'eſt pas moins permiſe dans les donations d'une choſe particuliere, que dans celles des biens préſens ; mais il faut prendre garde que la réſerve faite dans les donations des biens préſens, ou d'une choſe particuliere, hors du contrat de mariage, doit être, ou d'un effet certain, ou d'une ſomme fixe, comme l'indique notre texte ; car ſi elle étoit indéfinie, elle annulleroit la donation, parce que ce ſeroit tomber dans le cas de la regle, *donner & retenir ne vaut ;* puiſqu'il dépendroit de la ſeule volonté du donateur d'étendre la réſerve, de maniere qu'elle rendroit la donation inutile ; cependant ſi la réſerve non fixée dans l'acte de donation pouvoit être déterminée, indépendamment de la volonté du donateur, *& arbitrio boni viri*, la donation ne devroit pas être annullée, ſelon les regles que j'ai établies ci-deſſus. ¶

Même de payer les légitimes des enfans du donateur.] Le donataire ne peut pas être chargé de payer les légitimes des enfans du donateur, au-delà de ce dont il peut être tenu de droit, comme il eſt réglé par la préſente ordonnance, parce qu'elles ne ſont pas conſidérées comme une charge exiſtante lors de la donation, puiſqu'elles ne ſont dues qu'après la mort de celui ſur les biens duquel elles peuvent être demandées. Les termes, *ainſi qu'il ſera réglé ci-après*, donnent lieu à une difficulté ; ſavoir, s'il faut entendre notre article de maniere que le donataire ne puiſſe être chargé des légitimes au-delà de ce dont il peut être tenu, conformément à l'*article XXXIV* de la préſente ordonnance, ou bien ſelon l'eſprit des *articles XXXVI & XXXVII*, qui fixent de quelle maniere les donataires en contrat de mariage doivent être tenus des légitimes ; il ſemble d'abord qu'il faut ſe rapporter à l'article XXXIV, & non aux autres, parce qu'ils ne parlent que des donations faites en contrat de mariage, qui

BIU Cujas

ont leurs regles particulieres, & différentes des autres donations; c'eſt-à-dire, que ſi la donation eſt de tous les biens préſens, le donataire ne pourra être chargé des légitimes qu'à concurrence de ce qui manquera, après avoir épuiſé les biens acquis poſtérieurement par le donateur, & qui ne ſeront pas compris dans la donation; que ſi la donation n'eſt que d'une quote qui laiſſe les légitimes libres dans les biens reſtans, le donataire ne pourra point être chargé de contribuer pour ſa quote au payement des légitimes; mais elles devroient être priſes ſur les biens reſtans, quand meme ils auroient été donnés poſtérieurement; ce qui ſe fait par voie de retranchement; au contraire, on peut dire que cette explication doit être rejettée, comme trop rigoureuſe & contraire à l'eſprit du légiſlateur, puiſqu'elle tendroit à faire déclarer nulles les donations qui ſe trouveroient chargées des légitimes, tandis que ces légitimes peuvent être priſes de droit ſur les donations par retranchement. Ainſi l'expreſſion d'une condition inhérente, rendroit l'acte nul; ce qui ſeroit contre la raiſon & l'équité: voilà pourquoi il ſemble qu'il n'y a pas lieu de douter que cet article ne ſe rapporte aux articles XXXVI & XXXVII, où l'on explique de quelle maniere le donataire eſt tenu de payer les légitimes, ou d'y contribuer; & il eſt plus naturel & plus équitable de croire que les donations ne ſeroient pas nulles pour avoir été chargées de payer les légitimes, ou d'y contribuer par rapport à la quotité de la donation, parce que l'expreſſion d'une condition inhérente ne doit pas opérer la caſſation d'un acte, & qu'on ne fait rien de contraire à l'irrévocabilité des donations, ni à la maxime, *donner & retenir ne vaut*. Il importe peu de dire que les *articles XXXVI & XXXVII* ne parlent que des donations faites en contrat de mariage, qui ont leurs regles; car ces articles ſont les ſeuls où il ſoit expliqué de quelle maniere les donataires doivent être chargés des légitimes, & l'article XXXIV ne parle que du retranchement des donations, & de la maniere dont ce retranchement doit être fait. Ainſi une donation de tous les biens préſens, à la charge de payer les légitimes, ne devroit pas être nulle, non plus que celle de la moitié ou autre quotité, pourvu que le donataire ne ſoit pas chargé de contribuer aux légitimes au-delà de la quote des biens: quoique cette derniere explication ſemble plus équitable, je crois qu'il y auroit du péril de s'écarter de la premiere, comme plus conforme au texte; & ce qui me détermine à le

BIU Cujas

penſer ainſi, c'eſt que quand l'*article XXXVI dit que le donataire ne ſera obligé de payer leſdites légitimes au-delà de ce dont il peut être tenu de droit*, il ſe rapporte à l'article XXXIV : c'eſt donc à cet article qu'il faut s'en tenir, & non aux XXXVI & XXXVII, ¶ notre ordonnance n'ayant voulu aſſujettir le donataire des biens préſens, ou d'une quote, que ſubſidiairement, en cas d'inſuffiſance des biens reſtans, & par voie de retranchement; & s'il falloit s'en rapporter aux articles XXXVI & XXXVII, en aſſujettiſſant le donataire des biens préſens au payement des légitimes, il ſeroit libre au donateur de donner atteinte à la donation en contractant des dettes qui réfléchiroient ſur la donation, en ce qu'elles ſeroient préférables aux légitimes; ce que le Légiſlateur a voulu empêcher: il faut néanmoins prendre garde que ſi le donateur réſervoit une ſomme fixe & certaine à prendre ſur les biens donnés, la donation ne ſeroit pas nulle, quoique cette ſomme réſervée fût deſtinée pour payer les légitimes, même par l'acte de donation, parce qu'il importe peu à quoi ſoit deſtinée ou employée la ſomme réſervée, & que ne dépendant pas du donateur de groſſir les engagemens du donataire, ceci n'a aucun rapport avec la maxime, *donner & retenir ne vaut*, qui eſt le fondement de toutes les diſpoſitions de cet article; qu'ainſi la raiſon qui a donné lieu à la défenſe de charger le donataire des légitimes, ceſſe dans le cas de la réſerve d'une ſomme fixe & déterminée. ¶

Sous des conditions dont l'exécution dépend de la ſeule volonté du donateur.] C'eſt-à-dire, qu'on ne peut pas, à peine de nullité, appoſer à la donation des conditions qui dépendent de la ſeule volonté du donateur, parce qu'autrement ce ſeroit donner & retenir, à cauſe que le donateur auroit la liberté de rendre la donation inutile; au lieu qu'elle doit être ferme & irrévocable de ſa part: ¶ En effet, il y a une contradiction ſenſible entre donner & ſe réſerver la faculté de rendre la donation inutile, ſelon la remarque de François Hotman, *Diſput. juris civilis de donationibus omnium generum, cap.* 9, *n°.* 37, *col.* 617, *tom.* 1, où il dit, *Non immeritò queri pragmaticis video an donatio cum pacto ut donator quam vocet à re donata partem alienare poſſit, valeat, ſed puta ab his abſurdiſſimè reſponderi, valere cùm ſatis conſtet donare & alienandi poteſtatem retinere eſſe repugnantia.* ¶ Mais cela ne touche pas aux autres conditions, qui ne ſont pas impoſſibles ni contre les bonnes mœurs; car elles peuvent être appoſées préſentement aux donations entre-vifs, tout comme aupa-

BIU Cujas

ravant, ainſi que je l'ai obſervé ci-deſſus. Quelles ſont les conditions qui peuvent rendre les donations nulles? *V. Ricard, tom. 1, part. 1, chap. 4, ſect. 2, n°. 1027, & ſuivans.*

Ne puiſſent être cenſés compris dans la donation.] *Ceci eſt conforme à la diſpoſition du droit Romain, en la loi 25, cod. de jur. dotium; la loi 4, cod. de contrah. & committ. ſtipulatione*, & au ſentiment des Auteurs; *M. Philippy, reſp. 48, n°. 50; M. Dolive, liv. 3, ch. 28; Fernand, de filiis natis ex matrimonio ad morganat. contracto, part. 5, n°. 5 & 6; M. Maynard, liv. 2, ch. 94; M. de Cambolas, liv. 5, ch. 1; & Me. Denis Lebrun, des ſucceſſions, liv. 3, ch. 2, n°. 24*, qui décident que ce qui eſt réſervé par le donateur pour en diſpoſer, eſt ſi fort retranché de la donation, que nonobſtant le défaut de diſpoſition, il appartient aux héritiers du donateur, & non au donataire: toutefois l'*article XVIII* décide le contraire, lorſque la réſerve de diſpoſer eſt faite dans une donation des biens préſens en contrat de mariage, en faveur des conjoints ou de leurs deſcendans; auquel cas, à cauſe de la faveur du mariage, ſi le donateur ne diſpoſe pas de la réſerve, elle ſera cenſée compriſe dans la donation, parce que le donateur eſt cenſé la donner, tandis qu'il ne l'ôte pas; *l. 1, §. 6, ff. de leg. 3°.*

Nonobſtant toutes clauſes ou ſtipulations à ce contraires.] Leſquelles clauſes ou ſtipulations demeurent nulles, ſans donner atteinte au reſte de la donation, *vitiantur & non vitiant*, comme diſent les Docteurs. Ceci eſt fondé ſur les principes que j'ai obſervés ci-devant; ſavoir, que les donations doivent être fermes & irrévocables de la part du donateur; qu'il ne doit pas dépendre de ſa volonté de les rendre inefficaces, parce que c'eſt *donner & retenir*; & le Légiſlateur n'annullant que les clauſes ou ſtipulations pour faire rentrer la réſerve dans la donation, il laiſſe ſubſiſter la donation pour le ſurplus; ce qui eſt une exception à la derniere diſpoſition de l'*article XV ſuprà*, qui veut que la donation, nulle en partie, le ſoit pour le tout. *Ricard, des donations, tom. 1, part. 3, n°. 743*, avoit décidé que, quoiqu'il fût convenu que la ſomme réſervée appartiendroit au donataire, en cas que le donateur n'en diſpoſeroit pas, la convention étoit nulle, & ne pouvoit donner aucun droit au donataire ſur la réſerve, parce que la donation eſt imparfaite à cet égard; mais il en étoit autrement par le droit Romain, ſelon lequel la donation vaut par la ſtipulation ou ſimple convention, ſans qu'il ſoit beſoin de tradition; *l.*

BIU Cujas

35, §. 4 & 5, *cod. de donat.* comme l'observe *Ricard*, n°. 1016. ¶ Voilà pourquoi la Jurisprudence des arrêts des Tribunaux régis par le droit écrit, autorisoient les conventions, par lesquelles les biens réservés devoient appartenir au donataire, en cas que le donateur n'en disposât; mais cette Jurisprudence est abrogée par notre article, à l'égard des donations qui ne sont pas faites en contemplation de mariage, en faveur des conjoints ou de leurs descendans. ¶

Il faut observer que notre ordonnance permet au donateur de se réserver dans la donation des biens présens, un ou plusieurs effets, ou une somme en deniers, à prendre sur les biens donnés; & ces sortes de réservations sont aussi licites qu'elles l'étoient auparavant, pourvu qu'elles ne soient pas indéfinies, ainsi que je l'ai remarqué, parce qu'elles ne donnent point d'atteinte à la donation, qui demeure en sa force pour le surplus; mais pour la validité de la donation des biens présens, ni même pour la validité de celle qui est de tous les biens présens & à venir, qu'il est permis de faire en contrat de mariage, comme il est expliqué dans l'article suivant, il n'est pas nécessaire de faire des réservations pour en pouvoir tester, comme on l'observoit au Parlement de Toulouse; car si l'intention du Législateur avoit été d'imposer une telle nécessité pour la validité des donations, il l'auroit dit expressément dans cet article ou dans le suivant; en quoi il s'est conformé au droit Romain nouveau, qui permet la donation de tous les biens présens & à venir, sans aucune réservation, comme je l'ai remarqué sur l'*article XV suprà*; & l'on n'avoit fondé la nécessité de la réserve, pour tester, que sur une mauvaise explication des loix; d'ailleurs ce point ayant été discuté très-exactement en rédigeant l'ordonnance, on a considéré que cette réserve se réduisant presque à rien dans l'usage, & ne faisant point cesser réellement le véritable inconvénient des donations de tous les biens présens & à venir, elle ne devoit être regardée que comme une vaine formalité qui tomboit sur les mots plutôt que sur les choses, selon la remarque *d'Argentré, sur l'article* 218, *glos.* 5 *de la Coutume de Bretagne.*

BIU Cujas

ARTICLE XVII.

Exception à l'Article XV pour les donations faites en contrat de mariage, en faveur des conjoints ou de leurs descendans.

VOULONS *néanmoins que les donations faites par contrat de mariage en faveur des conjoints* ou de leurs descendans, même par des collatéraux ou par des étrangers, *soient exceptées de la disposition de l'article XV ci-dessus*, & que lesdites donations faites par contrat de mariage, puissent comprendre, tant les biens à venir, que les biens présens, en tout ou en partie; *auquel cas il sera au choix du donataire* de prendre les biens tels qu'ils se trouveront au jour du décès du donateur, *en payant toutes les dettes & charges, même celles qui seroient postérieures à la donation*, ou de s'en tenir aux biens qui existoient dans le temps qu'elle aura été faite, *en payant seulement les dettes & charges existantes audit temps.*

OBSERVATIONS.

Les donations faites par contrat de mariage.] Ces donations étant infiniment favorables de leur nature, comme je l'ai observé ci-devant, elles méritent d'être exceptées des regles communes & ordinaires, sur-tout de celles qui sont de rigueur, comme la maxime, *donner & retenir ne vaut*, qui peut avoir servi de fondement aux articles XV & XVI de la présente ordonnance; voilà pourquoi les anciens arrêts rapportés par *Brodeau, sur M. Loüet, lettre D, Sommaire* 10, *n°.* 4, avoient jugé que la maxime, *donner & retenir ne vaut*, n'y avoit pas lieu; ce qui a été suivi par les auteurs, & entre autres, par *Ricard, des donations, tom.* 1, *part.* 1, *n°.* 1057; *& par M. Auroux des Pommiers, sur l'article* 212, *n°.* 88 *de la coutume de Bourbonnois*; aussi sont-elles exceptées des dispositions contenues dans ces deux articles: il est donc permis aux ascen-

BIU Cujas

dans, aux collatéraux, même aux étrangers, de faire par contrat de mariage des donations des biens préſens & à venir, tant pour la totalité, que par forme de quote, & ces donations ſeront bonnes & irrévocables, quand même les donateurs ne ſe ſeroient rien réſervé; ce qui abroge à cet égard l'opinion des interprêtes, qui avoient cru que les donations univerſelles de tous les biens préſens & à venir, ſans aucune réſervation, étoient nulles, ſous prétexte qu'elles ôtoient la faculté de teſter, & qu'elles étoient contre les bonnes mœurs; ce qui étoit pourtant contre le véritable eſprit des loix, comme l'ont ſoutenu *M. Cujas, ſur la loi* 35, *cod. de donat. Henri-Zoeſius*, dans ſon commentaire ſur le titre *de donationib. n°.* 28; *Pereſius*, ſur le même titre, au code, *n°.* 18 & 19; & *M. de Cambolas*, *liv.* 5, *ch.* 35, & que je l'ai obſervé ſur l'Article précédent.

Et dans ce cas, non-ſeulement il eſt permis de charger le donataire des biens préſens & à venir, ſoit pour le tout ou pour une quote, de payer les dettes & charges de la ſucceſſion, & poſtérieures à la donation, ſuivant l'article XVIII, mais encore il y eſt aſſujetti par la diſpoſition de cet Article XVII, quoiqu'il n'y ait point de ſtipulation expreſſe, à moins que le donataire ne prenne la donation du jour de ſa date; auquel cas il ne ſera tenu de payer que les dettes & charges exiſtantes lors de la donation. Tout cela réſulte clairement des termes de notre Article.

Mais afin que les donations des biens préſens & à venir puiſſent être autoriſées, il eſt néceſſaire que trois conditions concourent. La premiere, qu'elles ſoient faites par contrat de mariage, ou dans un autre acte ſeparé, qui y ait du rapport, comme je le dirai bientôt. La ſeconde, qu'elles ſoient faites en faveur des conjoints ou de leurs deſcendans; car ſi elles étoient au profit d'autres perſonnes, elles ſeroient nulles, quand même elles ſe trouveroient faites par contrat de mariage, comme je l'ai dit ſur l'Article XVIII *infrà*. Et la troiſieme, que le mariage ſoit accompli; car s'il étoit rompu avant la célébration, la donation ne devroit pas avoir la même faveur; mais elle ſeroit ſujette à la peine de nullité, prononcée par *l'article XV ſuprà*.

Il ſemble touchant la premiere de ces conditions, qu'il ne faut pas entendre les termes, *par contrat de mariage*, ſi fort à la lettre, que les donations faites hors du contrat de mariage, & qui néanmoins y ont un rapport néceſſaire, comme

BIU Cujas

comme faites en contemplation du mariage, soient nulles; mais qu'il faut dire de ces donations la même chose que des institutions contractuelles, qui ne laissent pas d'être valables, quoiqu'elles soient faites hors du contrat de mariage, pourvu qu'elles s'y rapportent, & qu'elles soient censées en faire partie, comme je l'ai expliqué sur *l'article XIII suprà*. Cependant il est plus sûr de s'en tenir à la lettre du texte, qui ne parle que du contrat de mariage, & non des actes qui ont y ont rapport.

¶ *En faveur des conjoints.*] Notre article ne parlant que des donations faites aux conjoints par les ascendans, les collatéraux ou les étrangers, & non de celles qui sont faites par l'un des conjoints en faveur de l'autre, on peut douter si par le contrat de mariage le futur époux donnant à sa future épouse, *& vice-versâ*, tous ses biens présens & à venir, la donation sera nulle d'un côté: on peut dire que l'article XIII défend généralement les donations des biens présens & à venir, & n'excepte que le seul cas marqué par l'article XVII, lequel ne comprend pas dans l'exception le cas où la donation est faite par l'un des conjoints en faveur de l'autre; & par conséquent elle doit être comprise dans la prohibition générale. D'autre part, il paroît que l'intention du Législateur a été de permettre généralement les donations des biens présens & à venir, toutes les fois qu'elles seroient faites en contrat de mariage, en faveur des conjoints ou de l'un d'eux; que la faveur de ses donations ne doit pas se mesurer par la qualité du donateur, mais par la faveur du mariage, qui donne la force & la validité à toutes les conventions, puisque l'article ne veut pas qu'on examine si le donateur est ascendant ou collatéral, ou étranger; qu'il faut que le conjoint qui donne, soit considéré comme étranger, puisqu'il l'est en effet, attendu que la conjonction ne se contracte que par la célébration du mariage; que si l'on veut regarder le conjoint qui donne, non comme étranger, mais comme étant lié par une espece d'affinité, ce sera une raison de plus pour y appliquer l'esprit de notre ordonnance, parce que si elle a déclaré bonnes les donations des biens présens & à venir, faites en contrat de mariage, en faveur des conjoints par des étrangers, elle a voulu à plus forte raison qu'elles valussent, si elles étoient faites par l'un des conjoints en faveur de l'autre; qu'ainsi il n'a pas été nécessaire de parler nommément des donations entre ceux

BIU Cujas

qui contractent le mariage, parce qu'ils sont alors étrangers, ou que du moins l'alliance future, dont on prend des engagemens, produit une raison de plus pour faire valoir la donation: ce dernier avis me paroît le mieux fondé; car il est difficile de comprendre que le conjoint qui donne à l'autre conjoint, ne doive pas être regardé comme étranger, & par conséquent la donation, dans ce cas, se trouve dans l'exception marquée littéralement par l'article XVII; d'ailleurs on a toujours jugé avant cette ordonnance, que les donations de tous les biens présens & à venir étoient bonnes & valables, non-seulement dans les pays du droit écrit, lorsqu'elles étoient faites en contrat de mariage, suivant *M. de Cambolas*, *liv.* 5, *chap.* 35, mais encore dans les pays coutumiers, où l'on étoit plus réservé, à cause que la maxime, *donner & retenir ne vaut*, étoit un obstacle à la donation des biens à venir; cependant on les a toujours confirmées, comme le remarque *Ricard*, *tom.* 1 *des donations*, *part.* 1, *n°.* 1054, 1057, & *suivans*, par quelques personnes que ces donations fussent faites; à quoi sont formels les articles 210 & 219 de la coutume de Bourbonnois, & *ibi* Auroux des Pommiers, même selon Coquille, *quest.* 149, l'institution contractuelle, ou la convenance de succéder faite en contrat de mariage par l'un des conjoints en faveur de l'autre survivant, est bonne, lorsque le prémourant n'a pas laissé des enfans de ce mariage; & *Bacquet*, *du droit d'Aubaine*, *chap.* 21, décide que les conjoints peuvent se donner tous les biens présens & à venir dans leur contrat de mariage; à quoi l'article XV de cette ordonnance n'a pas entendu déroger. On peut voir les arrêts des 5 Mars 1628, & 17 Février 1642, rapportés par *M. Bouguier*, *lettre D*, *ch.* 13; *par Soefve*, *Cent.* 1, *ch.* 51; & *par Dufresne*, *dans le Journal des Audiences*, *tom.* 1, *liv.* 3, *ch.* 88; & les autres autorités citées sur l'article XIII *suprà*, *in fine*. *V. infr.* la quest. 49, n°. 2, & suivans. Du reste, les mots, en faveur des conjoints, doivent être entendus *distributivè*, & non pas *cumulativè*; ainsi la donation faite à l'un d'eux sera aussi valable, que si elle étoit faite à tous deux *conjunctim*.....

Soient exceptées de la disposition de l'article XV ci-dessus.] Ces paroles font comprendre que les donations faites par contrat de mariage en faveur des conjoints ou de leurs descendans, sont exceptées du contenu en *l'article XV suprà*; & de-là on peut conclure que s'il y a des

BIU Cujas

meubles & des effets mobiliers, la donation les comprendra, & sera bonne, quoiqu'il n'en ait point été dressé d'état, comme le décide Auzanet, sur l'article 274 de la coutume de Paris, & l'article 20 des arrêtés de M. premier Président de Lamoignon, titre des donations entre-vifs, y est expresse. M. Louet, lettre D, Sommaire 10, rapporte aussi un arrêt du 14 Juillet 1587, qui déclare valable une donation des meubles faite en contrat de mariage, quoiqu'il n'en eût pas été fait un état ou inventaire. Ce qui me confirme dans cette opinion, c'est que ces donations ont été exceptées de la rigueur des regles du pays coutumier; *Ricard, des donations, tom. 1, part. 1, nº. 1051, 1055, & suivans*, & particuliérement de la maxime, *donner & retenir ne vaut*, qui est le fondement des dispositions de l'article XV; en sorte qu'il importe peu que le donateur puisse ou ne puisse pas donner atteinte à la donation en faveur du mariage; & par conséquent l'état des meubles n'étant requis que pour empêcher le donateur de donner atteinte à la donation, & pour en assurer l'irrévocabilité, dès que ces donations sont dispensées de cette regle, elles sont également dispensées de la précaution à laquelle cette même regle a donné lieu; d'ailleurs ces donations n'ont pas besoin de tradition réelle ni feinte; de-là vient qu'elles peuvent comprendre les biens à venir, qui sont aussi incertains que peuvent être les meubles dont on n'a point dressé d'état; cependant cette incertitude ne vicie point la donation: elle ne doit donc pas vicier celle des meubles, quoiqu'ils demeurent au pouvoir du donateur, & qu'il puisse les soustraire; mais le donataire devra en profiter, s'ils sont existans lors du décès du donateur. Cela est si vrai, que notre art. veut que dans le cas de l'option faite par le donataire, des biens présens, il puisse prendre les biens qui existoient lors de la donation, sans excepter les meubles, ni les distinguer des autres biens. ¶

Auquel cas il sera au choix du donataire.] Il faut rapporter ici ce que j'ai observé sur *l'article XIII*, en examinant la question si le donataire des biens présens & à venir, peut diviser la donation & prendre les biens existans lors de la donation, en abandonnant les biens acquis postérieurement, pour se dispenser de payer les dettes postérieures; il faut encore rappeller ce que j'ai dit sur *l'article XV*, touchant l'indivisibilité de la même disposition contenue dans l'acte de donation des biens

BIU Cujas

préſens & à venir : notre article contient une exception à cette regle, en permettant au donataire, par contrat de mariage, de s'en tenir aux biens qui exiſtoient dans le tems que la donation lui a été faite ; en quoi l'on a ſuivi la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe, qui accordoit la même faculté au donataire des biens préſens & à venir, comme je l'ai dit ſur *l'article XIII* ; il y avoit même certains cas qui ſont rapportés par *M. de Catellan, liv.* 5, *ch.* 23 ; c'eſt-à-dire, lorſque la donation contractuelle a été confirmée dans un acte poſtérieur par le donateur, auxquels le donataire avoit trois tems pour opter ; ſavoir, celui de la donation, celui de la confirmation, & celui de la mort du donateur. Selon l'eſprit de notre article, on devroit accorder au donataire ces trois différens tems, ſi la confirmation avoit été faite par le contrat de mariage du donataire, parce que la même raiſon milite dans ce cas ; mais il en ſeroit autrement, & le donataire ne devroit avoir que deux tems pour faire l'option, ſi la confirmation de la donation avoit été faite hors du contrat de mariage du donataire, parce que la confirmation, non plus que la donation des biens préſens & à venir, ne pouvant être faite qu'en faveur de mariage, ſi elle eſt faite par un contrat, elle ne peut acquérir aucun droit au donataire pour les biens à venir, à moins que l'acte ne contînt une donation expreſſe des biens acquis depuis la premiere donation, juſques au jour de l'acte de confirmation ; & par conſéquent elle ne peut pas lui faire accorder l'option, par rapport au tems auquel la confirmation invalide a été faite : à tout cela il faut ajouter, que dès-auſſitôt que le donataire a fait l'option, il ne lui eſt plus permis de ſe rétracter & de varier, parce que la faculté de choiſir eſt conſommée par le premier choix ; *l.* 5, *ff. de leg.* 1, *l.* 20, *ff. de optione leg. Brodeau, ſur M. Louet, lett. D, Somm.* 69 ; *& M. de Catellan, liv.* 5, *ch.* 23, à moins qu'il ne fût mineur, auquel cas il pourroit ſe faire reſtituer ; *Dumoulin, ſur la coutume de Paris*, §. 16, *n°.* 13 ; mais afin que le choix ſoit irrévocable, il faut qu'il a été fait après la mort du donateur.

¶ Du reſte, il eſt important de remarquer que la donation de tous les biens préſens & à venir eſt parfaite, à l'égard des biens préſens, au moment qu'elle eſt faite, & doit être exécutée d'abord, s'il n'y a quelque clauſe qui en ſuſpende l'effet, comme la réſervation de l'uſufruit ; mais pour les biens à venir, elle n'eſt parfaite que

BIU Cujas

par la mort du donateur, & jusqu'à ce tems-là son exécution est suspendue; voilà pourquoi le donateur a le droit de jouir pendant sa vie des biens qu'il acquiert, ou qui lui adviennent depuis la donation, parce qu'il y a une réservation tacite de l'usufruit.

Cela est si vrai, que les biens à venir sont sujets à toutes les dettes & hypotheques contractées par le donateur depuis la donation, & le donataire ne peut profiter des biens à venir que sous cette charge: ce qui n'arriveroit pas si la donation étoit parfaite, & que le donataire fût saisi des biens à venir, comme il l'est des biens présens.

C'est par la même raison que le donataire des biens présens & à venir a la liberté de prendre la donation du jour de sa date; auquel cas il ne profite que des biens présens, & ne paye les dettes qu'autant qu'elles sont antérieures à la donation. Que s'il prend la donation du jour de la mort du donateur, il profite à la vérité des biens à venir; mais aussi doit-il payer toutes les dettes contractées depuis la donation; *Brodeau sur M. Loüet, lettre D, Somm. 69, n°. 3; Lebrun, des successions, liv. 4, ch. 2, sect. 2, n°. 31; Boniface, tom. 1, pag. 440; & M. de Catellan, liv. 5, ch. 23;* & c'est ainsi que notre article le régle.

Il seroit même dangereux au donataire de prendre les biens à venir, qui seroient échus au donateur depuis la donation, avant la mort du donateur, puisque par une telle démarche, il risqueroit de s'exclure de la liberté du choix, après la mort du donateur, & de se mettre en péril de donner occasion au donateur d'épuiser la donation des biens présens, par les dettes qu'il pourroit contracter, auxquelles le donataire demeureroit sujet indéfiniment, dès qu'il auroit choisi & accepté la donation pour les biens à venir.

Mais quoique le donateur puisse donner atteinte à la donation des biens à venir, en contractant des dettes, il ne peut pas y donner atteinte par des donations entre-vifs, ni par des dispositions testamentaires, ou à cause de mort. Il en est de la donation des biens à venir, comme de l'institution contractuelle dans les pays coutumiers, où elle tient de la donation entre-vifs, quant à l'irrévocabilité, par d'autres dispositions à titre gratuit; mais elle est considérée comme donation à cause de mort, parce qu'elle est assujettie aux dettes contractées par le donateur. ¶

BIU Cujas

En payant les dettes & charges, même celles qui seroient postérieures à la donation.] *Le donataire de tous biens présens & à venir*, ou d'une quote, succédant *in universum jus*, doit être considéré comme héritier, suivant la *loi 128*, §. *1*, *ff. de reg. juris*; & par conséquent il doit payer toutes les dettes & charges de la succession; ce qui comprend non-seulement celles qui existoient au tems de la donation, mais encore celles qui ont été créées, ou qui sont survenues postérieurement, lorsqu'il est donataire de la totalité, ou bien à proportion de sa quotité, quand la donation n'est que d'une partie de l'universalité. *Brodeau, sur M. Louet, lettre D, Somm. 69, n°. 3; Boniface, tom. 1, pag. 440; Lebrun, des successions, liv. 4, ch. 2, sect. 2, n°. 31 & 32*; & *M. de Catellan, liv. 5, ch.* 23; il peut même être convenu par action personnelle, soit que le donateur soit mort ou vivant; *Ranchin, sur la question 105 de Guipape; M. Maynard, liv. 6, ch. 10; & M. de Catellan, liv. 5, ch. 24*; sur quoi on peut voir *Argentré, sur l'article 219 de la coutume de Bretagne, Glos. 7, n°. 8 & 19; & Ricard, des donations, tom. 1, part. 3, n°. 1521, & suivans.*

Mais cette action personnelle ne lie pas le donataire de maniere qu'il puisse être tenu au-delà des forces des biens, quand même il n'auroit point fait d'inventaire, comme le décident *Argentré, sur la coutume de Bretagne, article 219, Glos. 7, n°. 17*; *Duperier. tom. 1, liv. 4, quest. 6; M. de Catellan, liv. 5, ch. 24; & Ricard, tom. 1, part. 1, n°. 1516, 1517, & suivans.* Cela est fondé sur deux ou trois raisons. La premiere, parce que la donation universelle est considérée comme un titre particulier, suivant *Argentré*, au lieu préallégué, *n°. 5, & seq.* La deuxieme, que l'action dont le donataire est tenu, n'est pas pure personnelle, mais *in rem scripta; Ranchin, sur la quest. 105, de Guipape; & Ricard, au lieu préallégué, n°. 1516*; & la troisieme, que, selon *M. Cujas, sur la loi 37, ff. de usu & usufruct. leg.* la donation n'est faite que de ce qui reste, *deducto ære alieno*; qu'ainsi il n'y a pas de donation quand les biens sont absorbés par les dettes; il faudroit néanmoins excepter le cas de fraude ou de latitation, qui, selon la remarque de *M. de Catellan*, au lieu cité, est toujours excepté des regles, & renverse les plus sûres & les mieux établies.

En payant seulement les dettes & charges existantes audit tems.] J'ai parlé sur *l'article XVI* des charges de la succession, mais je n'ai point expliqué en détail celles qui

BIU Cujas

touchent la donation ; cependant notre article suppose qu'il y en a, puisqu'il veut que le donataire qui prend la donation du jour de sa date, paye les dettes & charges existantes lors de la donation ; & c'est ce qu'il convient d'expliquer, de même que les dettes auxquelles un tel donataire est sujet.

On peut mettre au rang des charges de la donation, celles qui suivent, parce qu'elles ne sont pas proprement des dettes. Premiérement, les rentes viageres ou pensions des religieuses. 2°. La garantie des fonds aliénés par le donateur. 3°. Les dots promises aux filles mariées ou religieuses, pourvu que tout cela procede d'un établissement fait avant la donation. 4°. Les arrérages des charges réelles des fonds, comme sont les tailles dans les pays où elles sont réelles, les censives, & autres qui suivent les fonds ; sur quoi on peut voir *Ferrieres, sur l'article* 334 *de la coutume de Paris, Glos.* 1, §. 4. ¶ En un mot, on peut mettre au rang des charges de la donation tout ce dont le donateur étoit tenu avant la donation, parce que le donataire, prenant la place du donateur, entre dans toutes les obligations, à raison desquelles le donateur pouvoit être convenu ; ce qui fait qu'on doit mettre dans ce rang les dettes qui ne sont établies que sur des écritures privées, pourvu qu'il n'y ait point de présomption de fraude, & que la date soit constatée de maniere qu'il n'y ait pas soupçon d'antidate. ¶ Pour ce qui est des légitimes, elles ne sont pas une charge de la donation : toutefois les légitimaires y pourroient prendre leur légitime par voie de retranchement, en cas d'insuffisance des autres biens, suivant *l'article XXXIV* de cette ordonnance. Les frais funéraires ne sont pas non plus une charge de la donation, mais bien de la succession ; *M. Maynard, liv. 8, ch. 64 ; M. de Cambolas, liv. 2, ch. 9 ; & Graverol, sur M. Laroche, liv. 6, tit.* 40, *article* 1 ; il en est de même des frais de la derniere maladie du donateur, à moins que la donation ne fût d'une quote des biens présens & à venir, & que le donataire la prît du jour de la mort ; *M. de Catellan, liv. 5, ch.* 37.

A l'égard des dettes, *les loix* 10, 11 & 12, *ff. de verb. signif.* en expliquant quels sont ceux qui peuvent être considérés comme créanciers, donnent une idée exacte de ce qui vient sous le mot *dettes ;* on y comprend en général tout ce qui est dû, *ex quacumque causa, actione, vel persecutione, vel jure civili sine ulla exceptionis perpetuæ remotione, vel honorario, vel extraordinario, sive purè, sive*

BIU Cujas

in diem, *sive sub conditione*, *sive ex delicto*, ou, comme dit *Ferrieres*, *sur la coutume de Paris*, *article* 334, *Glos.* 1, §. 4, *n°.* 3, sous le nom de *dettes*, on entend non-seulement celles qui sont pures personnelles & mobiliaires, comme les sommes de deniers, par quelque contrat ou quasi-contrat, mais encore celles qui ont quelque réalité, & sont réputées immeubles, comme les rentes constituées.

Il faut néanmoins observer qu'au Parlement de Toulouse, les rentes constituées sont réputées meubles, de même que les simples dettes actives.

Le donataire de tous les biens présens & à venir, qui prend sa donation du jour de sa date, est donc tenu de payer les dettes, ou d'y contribuer à proportion de sa quote, telles qui sont désignées dans les *loix* 10, 11 & 12, *ff. de verbor. signif.* quand même elles seroient sous condition, ou avec terme, dont l'échéance ne seroit arrivée que depuis la donation, parce que dans les contrats on considere leur date, & la condition qui arrive a un effet retroactif au jour du contrat, §. 4, *instit. de verb. obligat. & l.* 11, §. 1, *ff. qui potiores in pign. vel hypot. hab.* & que le délai accordé pour le payement n'empêche pas que le droit ne soit acquis au créancier du jour que la dette est créée; *l.* 10, *ff. de reg. juris*, *dies cessit*, *sed non venit.*

On considere encore comme une dette, à laquelle le donataire est sujet, la dot & l'augment promis dans le contrat de mariage où la donation est faite; *Albert*, *verb. donation*, *article V.* La raison est, que sans considérer l'ordre de l'écriture, l'augment, & à plus forte raison la dot, sont présumés antérieurs à la donation, quoique l'un & l'autre se trouvent dans le même contrat, suivant *M. de Catellan*, *liv.* 4, *ch.* 43, *& liv.* 5, *ch.* 36: comme aussi le donataire doit contribuer par la même raison à la dot stipulée par le donateur lors du même contrat de mariage, soit qu'il l'ait reçue alors ou postérieurement, parce que la réception, en quelque tems qu'elle soit faite, remonte au jour de la stipulation; *Duperier*, *tom.* 1, *liv.* 4, *quest.* 28: Mais il en seroit autrement, selon le même Auteur, si le donateur n'avoit point reçu la dot, & qu'il en fût seulement devenu responsable par sa négligence; ¶ que si le donateur a reçu la dot postérieurement, le donataire aura-t-il une action en garantie contre le donateur qui ne justifiera pas avoir employé utilement cette dot? Il me semble qu'on doit décider pour

BIU Cujas

l'affirmative, parce que le donateur, assujettissant la donation à l'hypotheque en recevant la dot, il faut qu'il emploie à l'utilité des biens, & au profit de la donation, pour la quote à raison de laquelle elle doit supporter l'hypotheque; autrement on doit considérer la dissipation des deniers comme une aliénation dont il doit faire le remplacement au donataire, à concurrence de ce qui est pris pour la donation; &, comme l'a fort bien remarqué *Duperier*, *au lieu préallégué*, il faut que la donation ait part aux deniers reçus postérieurement par le donateur, ou qu'il soit chargé de contribuer à la dette. ¶ Enfin le donataire doit contribuer à la pension viduelle stipulée dans le même contrat de mariage qui contient la donation, suivant *M. de Catellan*, *liv. 4*, *ch. 43*, parce que cette pension est présumée antérieure à la donation.

Du reste, j'ai observé ci-dessus, & sur l'article précédent, qu'il n'est pas présentement nécessaire que celui qui donne tous ses biens présens & à venir, dans le cas marqué par cet *article XVII*, se réserve quelque chose pour pouvoir tester. J'ajoute que pour faire cesser les inconvéniens qui naissoient des donations universelles sans aucune restriction, on a défendu de donner les biens à venir, & on ne l'a permis qu'en contrat de mariage, au profit des conjoints ou de leurs descendans, à cause de la faveur du mariage, & des enfans qui doivent en provenir.

¶ Notre article, en assujettissant les biens à venir aux dettes & charges, donne bien clairement à entendre que la donation des biens à venir est d'une nature différente de celle des biens présens. En effet, la donation des biens présens est parfaite, au moment de l'acceptation, & elle acquiert un droit irrévocable au donataire; en sorte qu'il n'est plus libre au donateur de lui donner atteinte directement ni indirectement, par des aliénations ni par des dettes contractées après la donation; & si le donataire décede avant le donateur, il transmet son droit à ses héritiers, lorsqu'on se trouve dans un cas où le droit de retour n'a pas lieu en faveur du donateur: mais il en est tout autrement de la donation des biens à venir; car, selon la remarque de *Ricard*, *des donations*, *tom. 1*, *part. 1*, *n°. 1001*, la donation des biens à venir est incertaine & imparfaite: elle ne peut avoir d'effet ni pour sa disposition ni pour son exécution, qu'après la mort du donateur, qui peut jouir pendant sa vie des biens acquis postérieurement, quoiqu'il n'eût

BIU Cujas

point reservé l'usufruit des biens présens ; ce qui est une suite de la suspension de son exécution ; il dépend du donateur d'y donner atteinte par des aliénations des biens nouvellement acquis, que le donataire ne peut pas quéreller, & par des dettes contractées depuis la donation, puisque le donataire qui prend les biens à venir doit payer toutes les dettes, même celles qui sont postérieures à la donation, suivant notre article. D'où l'on peut conclure que la donation des biens à venir est caduque & inutile, lorsque le donataire décede avant le donateur, sans enfans ; *Ricard, tom. 1, part. 3, n°.* 827, tout comme l'institution contractuelle tombe en caducité par le prédécès sans enfans de l'institué, parce qu'il n'y a point de sujet pour la recueillir, lorsqu'elle reçoit sa perfection par le décès de l'instituant ; *M. de Catellan, liv. 4, ch. 12*, & comme l'une & l'autre ont trait de tems à la mort du donateur ou de l'instituant, elles ne diffèrent que du nom, & sont sujettes aux mêmes regles ; *Ricard, au lieu cité, n°.* 1063 ; *& Auroux des Pommiers, sur l'article 110 de la coutume de Bourbonnois, n°.* 12. Cependant si le donataire laisse des enfans à sa mort, leur existence empêchera la caducité de la donation, parce qu'ils prendront la place de leur pere prédécédé ; *M. de Catellan, liv. 5, ch. 23 ; Me. Bretonnier, sur Henris, liv. 4, quest.* 183 ; aux observations nouvelles, rapporte un arrêt du parlement de Paris, du 16 Juin 1716, entre parties de la Ville de Lyon, pays du droit écroit, qui a jugé que la donation des biens à venir étoit caduque par le décès du donataire avant le donateur.

ARTICLE XVIII.

Exceptions à l'Article XVI pour les Donations en faveur de mariage.

ENTENDONS pareillement que les Donations des biens présens, faites *à condition de payer indistinctement toutes les dettes & charges de la succession du Donateur, même les légitimes indéfiniment, ou sous d'autres conditions, dont l'exécution dépendroit de la volonté du Donateur*, puissent avoir lieu dans les contrats de mariage *en faveur des conjoints*

BIU Cujas

ou de leurs descendans, par quelques personnes que lesdites donations soient faites, *& que le Donataire soit tenu d'accomplir lesdites conditions, s'il n'aime mieux renoncer à ladite donation; & en cas que ledit Donateur par contrat de mariage se soit reservé la liberté de disposer* d'un effet compris dans la Donation de ses biens, ou d'une somme fixe à prendre sur lesdits biens, voulons que s'il meurt sans en avoir disposé, ledit effet ou ladite somme *appartiennent au Donataire ou à ses héritiers*, & soient censés compris dans ladite donation.

OBSERVATIONS.

On voit toujours regner dans la présente ordonnance le même esprit de faveur pour les contrats de mariage, en ce qu'ils contiennent des dispositions au profit des mariés ou de leurs descendans; ils ont été seulement assujettis aux formalités prescrites par les *articles I & II*; mais ils ont été dispensés ou exceptés de toutes les autres, & particuliérement de la nécessité de la tradition réelle ou feinte; ce qui s'observoit de même auparavant dans le pays coutumier, où l'on n'avoit pas soumis à la maxime, *donner & retenir ne vaut*, les donations en contrat de mariage, comme le remarque *Ricard, tom. 1, des donations, part. 1, n°.* 1015, après Brodeau, sur M. Louet, lettre D, Somm. 10, n°. 4; la raison est, parce que le motif qui a fait admettre cette regle, cesse à l'égard des contrats de mariage.

En effet, selon *Ferrieres, sur l'article 273 de la coutume de Paris, n°.* 8, il est permis dans le pays coutumier de disposer de tous ses biens par donation entre-vifs, sans distinction des propres & d'acquêts; mais la faculté de disposer des biens par derniere volonté est restreinte & bornée par les coutumes; quand on voudroit dépouiller ses héritiers de tous ses biens, on choisiroit cette voie, par laquelle on éluderoit la disposition de la coutume, & l'on frustreroit les héritiers du sang par des donations entre-vifs, sans que les donateurs en reçussent aucune incommodité, sans rien diminuer des droits qu'ils avoient avant les donations, & sans se dépouiller des choses données; & c'est pour remédier à cet abus qu'on a introduit la nécessité de la tradition & la maxi-

BIU Cujas

me, *donner & retenir ne vaut*; mais cet inconvénient n'étant pas à craindre dans les donations faites en contrat de mariage, au profit des conjoints ou de leurs descendans, à cause de l'authenticité & de la faveur du contrat, c'est la raison pourquoi on les a toujours exceptées de la rigueur de cette regle.

A condition de payer indistinctement toutes les dettes.] C'est-à-dire, tant celles qui existoient au tems de la donation, que celles qui seront créées postérieurement; mais ce n'est que dans le cas que la condition aura été expressément imposée; car autrement le donataire des biens présens ne seroit tenu que des dettes & charges existantes au tems que la donation a été faite.

Et charges de la succession du donateur.] Quoiqu'une telle condition puisse donner atteinte à la donation par la seule volonté du donateur, il est permis de l'apposer aux donations faites en contrat de mariage, en faveur des conjoints ou de leurs descendans, parce que ces donations ont toujours été dispensées de la regle, *donner & retenir ne vaut*; mais si la donation étoit faite en contrat de mariage, en faveur de toute autre personne que des conjoints ou de leurs descendans, une telle condition la rendroit nulle, suivant *l'article XVI suprà*, parce que ce seroit donner & retenir, & que ce n'est pas la seule faveur du contrat, mais celle des personnes principalement, qui est le motif de l'exception; ¶ & selon la remarque de *M. Auroux des Pommiers, sur l'article 210 de la coutume de Bourbonnois, n°. 6*, la faveur des contrats de mariage ne concerne que les mariés & les descendans du mariage, & ces contrats qui sont à leur égard extrêmement privilégiés & susceptibles de toute sorte de clauses, ne sont que des contrats à l'ordinaire, à l'égard des autres personnes qui y sont mêlées incidemment. D'où l'on peut conclure que la donation faite en faveur des enfans qui naîtroient du mariage subséquent, seroit sujette aux mêmes nullités que si elle avoit été faite hors du contrat de mariage, ¶ *V. l'article XVI*, & ce que j'y ai observé.

Même les légitimes indéfiniment.] Il semble que notre article, qui parle des légitimes, après avoir fait mention des charges de la succession, ait voulu mettre les légitimes dans une classe à part; mais ce n'est que pour une plus ample explication, *& tollendæ dubitationis causâ*; car les légitimes sont une charge de l'hérédité ou des biens; il est vrai que les Docteurs ne conviennent pas

BIU Cujas

ſi elles ſont une quote de l'hérédité, ou bien une quote des biens; mais cela eſt aſſez indifférent pour l'intelligence de notre article; il ſuffit d'avoir remarqué ci-devant, que les légitimes ne ſont pas une charge des biens préſens; ce qui fait qu'elles doivent être priſes ſur les biens acquis poſtérieurement par le donateur, & le donataire n'en eſt tenu de droit qu'en cas d'inſuffiſance & par voie de retranchement, ſuivant *l'article XXXIV* de la préſente ordonnance, à moins que par l'acte de donation il n'ait été aſſujetti au payement des légitimes, dans le cas où cela eſt permis par notre article.

Ou ſous d'autres conditions, dont l'exécution dépendroit de la volonté du donateur.] Les donations faites par contrat de mariage, en faveur des conjoints ou de leurs deſcendans, ſont donc ſuſceptibles de toute ſorte de conditions honnêtes & poſſibles, quand même elles dépendroient de la ſeule volonté du donateur; par cette raiſon que j'ai déja obſervée pluſieurs fois, que ces donations ne ſont point ſujettes à la regle, *donner & retenir ne vaut;* & l'exception contenue dans notre article doit avoir lieu, quoique les donations n'aient pas été faites en contrat de mariage, pourvu qu'elles ſoient faites en contemplation d'un mariage à célébrer, & dans un contrat qui y ait du rapport, comme je l'ai dit ſur l'article précédent.

¶ *En faveur des conjoints.*] Il faut rapporter ici ce qui a été dit ſur l'article précédent, que ces paroles doivent être priſes *diſtributivè*, & que cet article parle non-ſeulement des donations faites aux deux conjoints, mais encore de celles qui ſont faites à l'un d'eux, même de celles que l'un des conjoints fait en faveur de l'autre. Ce qui s'induit bien clairement de ces paroles de notre article, *par quelques perſonnes que leſdites donations ſoient faites.* ¶

Et que le donataire ſoit tenu d'accomplir leſdites conditions.] Suivant la loi derniere, *cod. de revocandis donat.* le donataire eſt obligé de remplir les conditions qui lui ont été impoſées lors de la donation, autrement elle peut être révoquée; mais la donation, une fois parfaite, ne peut plus ſouffrir de condition, & ce ſeroit inutilement que le donateur voudroit en impoſer après coup; *L. 4, cod. de donat. quæ ſub modo;* & puiſque notre article permet d'impoſer telles conditions que le donateur trouvera à propos, en faiſant la libéralité, il eſt néceſſaire que le donataire les accompliſſe, ou qu'il abandonne les biens donnés.

S'il n'aime mieux renoncer à ladite donation.] Notre article en accordant au donataire la faculté de renoncer à

BIU Cujas

la donation, nonobstant son acceptation, décide une question qui étoit fort controversée, & différemment jugée; savoir, si le donataire qui s'est assujetti à certaines charges, en acceptant la donation, peut y renoncer, & se libérer par-là des charges qu'il s'est imposées volontairement; il est vrai qu'il ne la décide que par rapport aux donations faites en contrat de mariage, en faveur des conjoints ou de leurs descendans; mais il y a pareillement lieu d'appliquer sa décision aux donations faites par d'autres contrats, comme je l'ai prouvé dans une de mes questions. Notre article prouve encore que la donation ne doit pas être considérée comme un contrat sinalagmatique; car autrement le donataire n'auroit pas la liberté de renoncer aux biens pour se libérer des charges, parce que les contrats, quoique volontaires dans leur principe, forment des obligations qu'on ne peut résoudre que par le concours de la volonté de tous les contractans; *L.* 5, *cod. de obligationib. & actionib.* ¶ Il faut néanmoins prendre garde que le cas de cet article XVIII, lorsqu'il oblige le donataire au payement des légitimes, quand il y a été assujetti par clause expresse, est différent de celui de l'article XXXVII. L'article XVIII exige que le donataire renonce à la donation, s'il veut se dispenser de payer les légitimes auxquelles il a été assujetti expressément; mais il ne parle que de la donation des biens présens, laquelle ne peut pas être divisée dans son exécution; au lieu que l'article XXXVII parle de la donation des biens présens & à venir, auquel cas les biens à venir pouvant être séparés des biens présens, il suffit que le donataire renonce aux biens à venir, afin qu'il ne puisse être obligé de payer les légitimes, ou d'y contribuer, quoiqu'il en ait été chargé par clause expresse, qu'en cas d'insuffisance des autres biens, & par voie de retranchement seulement, ainsi que je l'ai expliqué sur ledit article XXXVII, de même que M. Boutaric. ¶

Et en cas que ledit donateur par contrat de mariage.] Il faut répéter ici ce que l'article exprime plus haut, que la donation soit faite en faveur des conjoints ou de leurs enfans, parce que *una pars per aliam declaratur*, *L.* 50, §. 3, *ff. de leg.* 1; & que les mots, ledit donateur, se rapportent à celui qui a donné par contrat de mariage en faveur des conjoints ou de leurs descendans, dont il est parlé au commencement de l'article; il faut encore que le mariage soit accompli, par les raisons que j'ai touchées ailleurs, sur l'article XVII, & sur l'article X. *V. infrà, quest.* 23.

BIU Cujas

Se soit réservé la liberté de disposer.] Cet article s'éloigne également des regles du droit Romain, qui attribuent aux héritiers la réserve faite dans une donation, lorsque le donateur n'en a pas disposé, comme je l'ai expliqué sur *l'article XVI*, & du sentiment des Interprêtes du droit coutumier, qui avoient suivi en cela le droit Romain, & entr'autres, *Dumoulin, sur l'article 160 de l'ancienne coutume de Paris, n°. 9.* Cette nouvelle loi veut qu'on considere comme une condition la réservation pour disposer; & qu'en défaut de disposition, la somme ou les effets réservés demeurent dans la donation, comme y étant compris par la volonté primitive & universelle du donateur, & que la réserve n'en soit retranchée que par l'événement de la condition, qui n'arrive que quand le donateur en a disposé: & c'est ainsi que les anciens arrêts du Parlement de Toulouse, rapportés par *M. Laroche, liv. 2, verb. dot. article 11*, & *verb. mariage, article 18*, avoient expliqué la loi Romaine. ¶ Mais il ne faut pas confondre la réservation de la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation, ou d'une somme à prendre sur les biens donnés, dont notre article parle, avec la réservation actuelle d'un effet ou d'une somme, dont l'article ne parle pas. Au premier cas, la réserve de disposer ne retranche pas de la donation l'effet ou la somme d'une maniere pure; elle est conditionnelle, & le retranchement dépend de la disposition que le donateur fait dans la suite; mais lorsque le donateur qui donne dans un contrat de mariage, se réserve *actu* un effet ou une somme, la réservation est pure, & elle retranche de plein droit les choses réservées, de la donation des biens présens, & de la donation des biens à venir, par les raisons qui sont expliquées par *M. Maynard, liv. 2, ch. 94* ¶

Notre article ne parle que des biens présens: d'où il semble qu'on doive conclure qu'il ne doit pas avoir lieu quand la donation est d'un effet particulier, avec réserve de disposer d'une somme à prendre sur l'effet donné; mais il faut décider le contraire, parce que la même raison milite, suivant la regle tirée de la loi 76, *ff. de rei vindicat.* que dans ce cas particulier le donataire est fondé sur une volonté générale, par rapport à l'effet donné, & qu'on doit également regarder comme une condition, la faculté de disposer de la somme que le donateur s'est réservé; laquelle condition n'arrivant pas, la somme réservée doit demeurer dans la donation, & le donateur est censé l'avoir donnée de nouveau, en n'usant pas de la faculté de l'ôter qu'il s'étoit réservée, *leg. 1, §. 6, ff. de leg. 3°.*

BIU Cujas

Du reſte, je n'examine point ici la queſtion de ſavoir ſi le donateur doit diſpoſer expreſſément de la réſerve, ou ſi une diſpoſition générale ſuffit, ni les autres queſtions qui y ont du rapport, parce que je les ai diſcutées dans une de mes queſtions.

¶ Au ſurplus, il y a une grande différence à faire entre la réſervation de la faculté de diſpoſer d'une choſe ou d'une ſomme à prendre ſur les biens donnés, & ſe réſerver purement & ſimplement une choſe, ou une ſomme, ou une quotité des biens.

Dans le premier cas, la faculté de diſpoſer eſt une condition qui doit être remplie, afin que la choſe ſoit retranchée de la donation; faute de quoi, elle doit appartenir au donataire, ainſi que nous l'avons expliqué.

Au lieu que dans le ſecond cas, le retranchement eſt pur & actuel, indépendamment de toute diſpoſition: vu que la réſervation fait que la choſe réſervée ceſſe de plein droit d'être compriſe dans la donation, à cauſe que ce qui eſt réſervé n'eſt pas donné. ¶

Appartiendront au donataire ou à ſes héritiers.] Ceci ne doit pas être entendu de maniere que le droit de retour qui appartient au donateur, dans le cas où il peut avoir lieu, ſelon les loix & les uſages des lieux, ſoit exclus, en ce que notre article veut que la réſerve appartienne au donateur ou à ſes héritiers, lorſque le donateur n'en a pas diſpoſé; car ce n'eſt pas l'intention du Légiſlateur. Tout ce que nous pouvons induire des paroles du texte, c'eſt que la choſe dont la faculté de diſpoſer eſt réſervée, fait partie des biens donnés, & que le droit en eſt acquis au donataire du jour de la donation, ſauf que ce droit peut être réſolu ſous condition; c'eſt-à-dire, ſi le donateur en diſpoſe, la donation eſt donc pure: *ſed ſub conditione reſolvitur;* ce qui paroît clairement de ce qu'il eſt dit, que les biens dont la liberté de diſpoſer eſt réſervée, ſont cenſés compris dans la donation, & de ce qu'ils doivent appartenir aux héritiers du donataire, en cas qu'il décede avant le donateur, qui n'a pas uſé de la faculté de diſpoſer; que ſi la donation n'attribuoit pas un droit au donataire pour les biens réſervés, & qu'on dût la regarder comme une diſpoſition à cauſe de mort, elle deviendroit caduque par le prédécès du donataire, §. 1, *inſtit. de donat. & L.* 29, *ff. de mortis cauſâ donat.* Cependant notre texte rejette la caducité, & ſuppoſe que le donataire a tranſmis ſon droit à ſes héritiers, quels qu'ils ſoient, parce qu'il ne diſtingue pas, & qu'il ne ſe

borne

BIU Cujas

borne pas aux seuls enfans du donataire. *V. Ricard, des donations, part.* 3, *n°.* 746 : si dans le cas que la donation en contrat de mariage est des biens présens seulement, la chose dont la faculté de disposer a été réservée, appartient au donataire, quand le donateur n'en a point disposé ; cela doit avoir lieu, à plus forte raison, lorsque la donation est de tous les biens présens & à venir, parce que la réserve se trouve plus spécialement comprise dans l'universalité de la donation. Il me semble même que quand la donation en contrat de mariage seroit d'une quote des biens présens, ou d'une chose particuliere, la réserve faite par le donateur à prendre sur les biens donnés pour en disposer, devroit appartenir au donataire en défaut de disposition, parce que dans tous ces cas, il est fondé en la volonté primitive pour la totalité de ce qui est compris dans la donation, la réserve n'en devant être retranchée qu'en cas de disposition ; & ce n'est que par la différence des donations faites en faveur de mariage, ou hors du contrat de mariage, qu'on doit se régler pour savoir si la réserve doit appartenir au donataire ou non, ainsi qu'il est réglé par cet article & par le seizieme. La raison est, parce que les donations en faveur de mariage ont été dispensées de la rigueur des regles, & particuliérement de celle qui défend de donner & retenir ; ainsi il doit être indifférent que la donation soit universelle, ou d'une chose particuliere, quant à la disposition de cet article, qui attribue au donataire la réserve dont le donateur n'a pas disposé ; il paroît même assez clairement des différentes dispositions faites pour favoriser les contrats de mariage, que c'est la faveur du mariage & des conjoints ou de leurs descendans, & non la qualité de la donation générale ou particuliere, qui doit faire adjuger la réserve au donataire. ¶ De ce que nous venons de dire, nous pouvons tirer deux conséquences. La premiere, que quand la réserve de la faculté de disposer d'un effet ou d'une somme, est faite hors du contrat de mariage, la chose réservée qui est l'objet de la réserve, est retranchée de la donation, sans pouvoir y rentrer, même en conséquence d'une stipulation expresse ; la propriété & l'usufruit en demeure au donateur. La deuxieme, qu'au contraire lorsqu'une pareille réserve est faite dans une donation en contrat de mariage, en faveur des conjoints ou de leurs descendans, la propriété & l'usufruit en appartient au donataire du moment de la donation, à moins que par clause expresse

BIU Cujas

le donateur n'en eût réservé l'usufruit ; sauf que la propriété & l'usufruit sont résolus à l'égard du donataire, à la mort du donateur, lorsque celui-ci a usé de la faculté de disposer, & qu'il a effectivement disposé de la chose. Que si la faculté de disposer, qui a été réservée, est indéfinie, le donateur venant à disposer par contrat entre-vifs, l'effet réservé devroit passer en pleine propriété & usufruit au pouvoir du second donataire, au moment de la seconde donation, & le droit du premier seroit résolu. Mais on demande si celui qui a donné en faveur de mariage, aux conjoints ou à leurs descendans, tous ses biens présens & à venir, sous certaines réservations, pour en disposer, est censé en avoir suffisamment disposé par un testament antérieur à la donation? Nous avons examiné dans les questions 30 & 38 des difficultés approchantes de celles que nous proposons ici, & nous y avons expliqué les regles qui peuvent servir à la décision de celui-ci; il seroit inutile de les rappeller. Nous nous contenterons de dire que le testament, quoiqu'antérieur, doit être considéré comme une disposition suffisante & capable de remplir les vues du donateur, parce que le testament a trait de tems à la mort; qu'il est censé fait au moment du décès, & qu'il ne se trouve efficacement révoqué que pour les dispositions qui sont incompatibles avec la donation postérieure. Il doit donc être exécuté pour les réservations contenues dans la donation, puisqu'elles sont faites pour en disposer. Que si nous avons décidé le contraire dans la question 30, par rapport à la faculté de substituer aux biens donnés, c'est par des considérations particulieres, qui ne peuvent pas s'adapter aux réservations des biens, & qui ne peuvent convenir qu'à la réservation d'une simple faculté de substituer aux biens donnés. ¶

ARTICLE XIX.

Les Donations faites dans les Contrats de mariage en ligne directe, ne seront pas sujettes à la formalité de l'insinuation.

OBSERVATIONS.

L'insinuation des donations est une formalité extrinseque, qui a été introduite par le droit Romain, lorsque

BIU Cujas

la donation excédoit la valeur de cinq cens écus ; *L. 36*, §. *3*, *cod. de donat.* sauf en certains cas favorables, comme étoient les donations faites au Prince par les particuliers, *& vice-versâ ; L. 34, & Auth. item & privatus, cod. de donat.* Celles qui étoient faites pour la rédemption des captifs ; *L. 36, cod. eod.* ou par les Officiers des troupes aux soldats, *d. L. 36*, §. *1*, ou par des particuliers pour rétablir des maisons brulées, §. 2 ; la donation *propter nuptias* en faveur de la femme, *novel. 127, cap. 2 ;* la donation pour cause de dot, *L. 31, cod. de jur. dot.* de quoi je parlerai plus amplement sur *l'article XXVIII infrà.* Enfin les donations des meubles faites par ceux qui entroient en Religion, *L. 38, cod. de Episcop. & Clericis.*

Cette formalité fut introduite pour éviter les fraudes par des fausses donations, *maximè inter necessarias conjunctasque personas, L. 27, cod. de donat.* afin de rendre les donations publiques, *ne quis clàm factâ donatione creditores futuros fraudare possit.* Enfin, *ne quis temerè in tantam profusionem prorumpat. M. Maynard, liv. 2, ch. 53 ; Argentré, sur la coutume, tit. 12, n°. 21.*

Les donations faites en ligne directe ; c'est-à-dire, par les ascendans en faveur de leurs descendans, étoient sujettes à cette solemnité, quand elles excédoient la somme de cinq cens écus ; *L. 25, cod. de donat. inter vir. & uxorem, L. 27, & L. 34*, §. *1, cod. de donat.*

Les ordonnances royaux avoient adopté la disposition du droit Romain pour la néceffité de l'insinuation, mais sans admettre les exceptions ni la distinction des sommes que le même droit avoit reçues.

En effet, *l'ordonnance de 1539, article CXXXII*, veut que toutes les donations entre-vifs soient insinuées & enrégistrées, autrement elles seront réputées nulles, & ne commenceront d'avoir leur effet que du jour de l'insinuation.

L'article LVIII de l'ordonnance de Moulins assujettit à l'insinuation toutes donations entre-vifs, mutuelles, réciproques, onéreuses, en faveur de mariage, & autres de quelque forme & qualité qu'elles soient faites entre-vifs : une disposition si générale comprenoit sans doute les donations faites en ligne directe, même en contrat de mariage.

La déclaration du Roi du 17 Novembre 1690, porte que les donations pourront être insinuées pendant la vie du donateur, encore qu'il y ait plus de quatre mois qu'elles aient été faites, & sans qu'il soit besoin d'aucun consentement du donateur, ni de jugement qui l'ait or-

BIU Cujas

donné ; & lorſqu'elles ne ſeront inſinuées qu'après les quatre mois, elles n'auront d'effet contre les tiers-acquéreurs des biens donnés, & contre les créanciers des donateurs, que du jour qu'elles auront été inſinuées, nonobſtant l'ordonnance de Moulins, à laquelle il eſt dérogé pour cet égard ſeulement; elle étoit donc confirmée pour le ſurplus.

Quoique ces ordonnances & le droit Romain fuſſent aſſez clairs pour comprendre les donations faites en ligne directe par contrat de mariage, & les aſſujettir à la formalité de l'inſinuation, toutefois il y avoit diverſité d'opinions ſur ce ſujet parmi les Auteurs; les uns croyoient qu'elles devoient être inſinuées du moins pour pouvoir être oppoſées aux créanciers & tiers-acquéreurs, & telle étoit la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe, ſuivant *M. Maynard, liv. 2, ch. 53; & M. de Catellan, liv. 5, ch. 9.*

D'autres étoient d'avis que les contrats de mariage étant auſſi publics que les regiſtres où les inſinuations doivent être faites, les donations contenues dans ces contrats n'avoient pas beſoin d'être inſinuées; *Graverol, ſur M. Laroche, liv. 6, tit. 40, article 7; & l'Auteur du Journal du Palais, tom. 1, pag. 380 & 428*, ſont de ce nombre, ¶ & leur opinion avoit été confirmée par *l'article II de l'Edit du mois de Décembre 1703, l'article XIII de l'Edit du mois de Juillet 1707*, par le Parlement de Beſançon, & par la déclaration du 20 Mars 1708, qui avoient excepté de la néceſſité de l'inſinuation les donations faites en ligne directe par contrat de mariage, & diſpenſé du payement des droits. ¶ Notre article dérogeant aux anciennes ordonnances, ou du moins les interprétant, a autoriſé le ſentiment des Auteurs qui tenoient pour la validité des donations faites en ligne directe par contrat de mariage, quoiqu'elles ne fuſſent pas inſinuées; par cette raiſon, ſans doute, que les donations faites par les aſcendans en faveur de leurs deſcendans en contrat de mariage, doivent moins être conſidérées comme des véritables donations, que comme des offices de piété, & des effets d'un devoir indiſpenſable, auquel la nature oblige les peres & meres envers leurs enfans.

Les donations faites dans le contrat de mariage.] Il faut prendre garde aux deux conditions requiſes par cet article. La premiere, que les donations ſoient faites dans le contrat de mariage. La deuxieme, qu'elles ſoient faites en ligne directe; autrement elles devroient être inſi-

BIU Cujas

nuées en la forme prescrite par la présente ordonnance, quand même elles seroient faites en contrat de mariage, en faveur d'autres personnes que les descendans, suivant *l'article I de la déclaration du 17 Février 1731.*

Mais la donation faite hors du contrat de mariage par un acte séparé, qui se rapporte au mariage non encore célébré, devroit-elle jouir du même privilege? Il semble qu'on doive décider pour l'affirmative, parce que ce n'est pas précisément par la faveur du contrat de mariage, mais bien par celle des conjoints & de leurs descendans, qui en sont l'objet, qu'on autorise les donations, qui d'ailleurs ne seroient pas bonnes, & qu'il faut dire la même chose que des institutions contractuelles, lesquelles sont valables, quand elles sont faites par un contrat séparé, pourvu qu'il ait du rapport au mariage, selon *Fernand & Maynard*, que j'ai rapportés sur *l'article XIII*; d'autant mieux que les mariages sont plus publics que les insinuations, & qu'on ne présume jamais qu'un pere ne donne rien à ses enfans en les mariant; ainsi les créanciers se doivent imputer s'ils ne s'en informent pas.

Toutefois il est plus sûr & plus équitable de s'en tenir à la lettre de notre texte, & de ne pas admettre cette extension, du moins par rapport aux circonstances & aux tiers-acquéreurs, soit parce que l'insinuation est requise par les anciennes ordonnances pour toute sorte de donations, même en faveur de mariage; qu'ainsi notre article contenant une correction du droit ancien, ne doit pas être étendu hors de son cas; soit parce qu'on peut bien imputer aux créanciers qui contractent avec le donateur, de ne s'être pas informés s'il avoit fait des donations à ses enfans en les mariant, & de n'avoir pas recherché leur contrat de mariage; mais on ne peut pas leur imputer de n'avoir pas recherché un contrat séparé, ne pouvant pas présumer qu'il y eût d'autres conventions que celles qui sont contenues dans les contrats de mariage; autrement il seroit facile de commettre des fraudes, qu'on a voulu éviter par le moyen de l'insinuation, suivant la *loi 27, cod. de donat.*

Il y a encore une autre difficulté, qui consiste à savoir si notre article entend parler des donations faites dans le contrat de mariage des donataires seulement, ou s'il faut l'entendre du contrat de mariage du donateur, pour les donations faites en faveur des enfans à naître; mais notre article étant conçu en termes indéfinis, il doit

BIU Cujas

avoir lieu, tant pour les donations faites par les conjoints dans leur contrat de mariage, en faveur des enfans à naître, que pour celles qui sont faites en faveur des mariages contractés par les donataires.

En ligne directe.] Ceci comprend tous les descendans, en quelque degré qu'ils soient, & quoiqu'ils ne tiennent pas le premier degré de parenté avec le donateur. ¶ Mais si la donation étoit faite par un descendant en faveur d'un ascendant, en contrat de mariage, vaudroit-elle sans insinuation? A ne consulter que les paroles de notre texte, celle de l'article II de l'Edit du mois de Décembre 1703, & de la déclaration du 17 Février 1731, il faudroit décider pour l'affirmative, parce que les donations en ligne directe, faites en contrat de mariage, sont dispensées de la nécessité de l'insinuation, sans distinguer la ligne ascendante d'avec la descendante; mais il me semble plus naturel de penser que l'Edit de 1703 & notre article, n'ont entendu parler que des donations faites pas les ascendans à leurs descendans, *& non vice-versâ*, parce que les donations faites par les descendans en faveur de leurs ascendans, sont en quelque façon contre l'ordre naturel; que ces sortes de donations ne sont guere pratiquées; qu'ainsi c'est des cas ordinaires & non des extraordinaires & inusités, que les loix ont entendu parler, & que les biens descendant plus facilement qu'ils ne montent, on ne peut pas regarder comme assez public le contrat de mariage, par rapport aux donations insolites, faites par les descendans au profit de leurs ascendans; & comme cette publicité, & la coutume où l'on est que les ascendans fassent des donations à leurs descendans qu'ils établissent par le mariage, sont les motifs qui ont fait dispenser ces donations de la formalité de l'insinuation, ces motifs cessant par rapport aux donations faites aux ascendans, la décision des loix doit cesser à leur égard. ¶

Ne seront pas sujettes à la formalité de l'insinuation.] Elles vaudront donc, même contre les créanciers & tiers-acquéreurs, tout comme celles qui sont valablement insinuées, puisqu'elles sont dispensées de cette formalité; la déclaration du 17 Février 1731, article I, avoit ordonné la même chose; de-là vient qu'un tel donataire aura un titre suffisant pour prescrire l'action hypothécaire, suivant la *Loi* 2, *cod. si adversus creditorem.* Au Parlement de Toulouse on jugeoit que quand la donation n'étoit pas insinuée, le donataire ne pouvoit pas prescrire l'action hypothécaire, suivant *M. de Catellan, liv.*

BIU Cujas

5, *ch.* 9; mais ce n'étoit que parce que la donation étoit nulle à l'égard des créanciers; laquelle raison cessant à l'égard des donations faites en contrat de mariage, qui sont dispensées de la nécessité de l'insinuation, la décision doit cesser.

Quoique notre texte ne parle que des donations, on peut former cette difficulté, si les substitutions faites en contrat de mariage, en faveur des descendans, sont dispensées de la formalité de l'insinuation, de même que les donations qui leur servent de fondement. Il semble d'abord qu'on doit tenir pour l'affirmative, parce que notre article ayant dispensé de la nécessité de l'insinuation, les donations faites en contrat de mariage, en faveur des descendans, à cause que les contrats de mariage sont aussi publics que les regîstres des insinuations, la même raison milite avec autant de force à l'égard des substitutions qui sont faites dans le même contrat en faveur des descendans, qu'à l'égard des donations; à quoi l'on peut ajouter que si la premiere donation est bonne sans insinuation, la substitution qui est une seconde donation, ou une condition de la premiere, doit être également bonne, parce qu'elle en est un accessoire, & fait partie du même contrat, l'accessoire devant toujours suivre la nature de son principal; ce que l'on peut confirmer par l'argument de *l'article XVII suprà.*

Au contraire, on peut dire pour la négative, 1°. Que *l'art. LVII de l'ordonnance de Moulins* assujettit à l'insinuation toute sorte de substitutions contractuelles, sans excepter celles qui sont faites en contrat de mariage, en faveur des descendans. 2°. *L'article IX de l'Edit du mois de Décembre* 1703, dont l'exécution a été ordonnée par la déclaration du 25 Juin 1729, en prescrivant une nouvelle forme pour l'insinuation des donations; c'est-à-dire, en ordonnant qu'elle seroit faite aux Bureaux des insinuations laïques établis par cet Edit, ajoute, *sans préjudice de la publication des substitutions prescrite par les ordonnances;* ce qui fait comprendre que l'insinuation des donations n'a rien de commun avec celle des substitutions contractuelles. 3°. La déclaration du 18 Janvier 1712 renouvellant la disposition de *l'article LVII de l'ordonnance de Moulins*, & de la déclaration du 17 Novembre 1690, veut aussi que *toutes les substitutions faites par actes entre-vifs, soient publiées en jugement, l'Audience tenant, tant en la Justice Royale du domicile de celui qui les aura faites, qu'en celle de la situation des biens substitués*, &

BIU Cujas

que lesdites publications & substitutions soient enrégistrées en même temps aux Greffes desdites Justices Royales, à la diligence des donataires ; autrement elles ne pourroient être opposées aux créanciers ni aux tiers-acquéreurs ; ce qui prouve encore plus particuliérement que l'insinuation des substitutions est différente de celles des donations ; qu'ainsi ce qui est ordonné pour l'une, ne peut pas avoir lieu pour l'autre.

Ces raisons me paroissent suffisantes pour qu'on ne doive pas se départir de la disposition expresse & formelle des ordonnances, qui exigent l'insinuation des substitutions, parce que la correction des loix anciennes ne peut pas avoir lieu, à moins que la disposition des loix postérieures ne l'induise d'une maniere claire & sans équivoque ; d'autant mieux qu'il y a des raisons de différence, en ce qu'il est bien ordinaire que les peres, en mariant leurs enfans, leur fassent des donations ; mais il n'est pas commun qu'ils fassent des substitutions, sans compter que les substitutions pouvant avoir plusieurs degrés, ce seroit un écueil pour les personnes qui contracteroient avec le donataire, ou autre chargé de substitution, si l'insinuation n'y étoit pas nécessaire, & l'on tomberoit dans les inconvéniens que les ordonnances ont voulu retrancher.

Il y a encore une autre difficulté, qui consiste à savoir si l'insinuation de la donation faite en la forme prescrite par l'article XXIII de la présente ordonnance, suffit pour la substitution contenue dans le même contrat, ou s'il faut encore faire l'insinuation en la forme qui est expliquée par la déclaration de 1712, pour la validité de la substitution ; il semble qu'il seroit inutile & superflu de multiplier les insinuations ; car puisque *l'Article XXIII* de cette ordonnance décide que la donation est assez publique & suffisamment connue, dès que l'insinuation a été faite en la forme qu'il prescrit, il faut aussi que la substitution faite dans le même contrat, soit censée également publique ; & comme cette insinuation donne la perfection à la donation, on ne doit pas douter qu'elle ne donne de même la perfection à la substitution, parce que *eadem res non potest diverso jure censeri ;* ainsi en introduisant une nouvelle forme d'insinuer les donations, il est vraisemblable que notre ordonnance a aussi introduit une nouvelle forme d'insinuer les substitutions contenues dans le même acte, ou que du moins sans déroger aux ordonnances anciennes à cet égard, l'intention

BIU Cujas

du Législateur a été que l'insinuation de la donation puisse servir pour la substitution qui y est apposée : il semble qu'on ne puisse opposer les raisons qui servent de fondement à la décision de la précédente difficulté, parce que dans le premier cas, il n'y a point d'insinuation, au lieu que dans celui-ci il y en a une qui suffit pour faire valoir la donation & la rendre publique ; cependant je n'oserois soutenir cette opinion, & je conseillerois de faire insinuer les substitutions contractuelles en la forme de la déclaration de 1712, soit parce que les raisons que j'ai expliquées pour décider que les substitutions faites en contrat de mariage ont besoin d'insinuation, peuvent s'appliquer au cas présent, soit parce que les substitutions doivent non-seulement être insinuées & enrégistrées comme les donations, mais de plus, elles doivent être publiées à l'Audience, les plaids tenans ; & c'est ainsi que l'ont pensé *Brodeau, sur M. Loüet, lettre J, somm. 3, n°. 9, & l'Auteur des maximes, sur les insinuations, centur. 2, Max. 32 & 70.* Pour lever cette difficulté, de même que la précédente, & rendre les choses uniformes, il seroit à souhaiter que Sa Majesté introduisît une même forme d'insinuation pour les substitutions contractuelles ou testamentaires, que pour l'insinuation des donations ; mais selon l'état où sont les choses, il n'y a pas à douter que les substitutions testamentaires ne doivent être insinuées de la maniere qu'il est porté par la déclaration du 18 Janvier 1712 ; il seroit même nécessaire que pour empêcher la diversité des avis dans les deux difficultés que j'ai proposées, le Roi y pourvût par sa prudence ; car elles sont susceptibles de différentes raisons qui les rendent problématiques, & qui pourront partager les esprits, & rendre la Jurisprudence incertaine.

ARTICLE XX.

Quelles Donations doivent être insinuées.

TOUTES *les autres Donations*, même *les Donations remunératoires ou mutuelles*, quand même elles seroient entiérement égales, *ou celles qui seroient faites*

BIU Cujas

à la charge de services & de fondations, seront insinuées, suivant la disposition des Ordonnances, à peine de nullité.

OBSERVATIONS.

Toutes les autres donations.] C'est-à-dire, autres que celles dont il a été parlé dans l'article précédent; ¶ même les donations tacites qui résultent de quelque acte, comme quand on paye nommément une somme non due; *Dumoulin sur la coutume de Paris*, §. 1, *Glos.* 5, *n°.* 41; mais il en seroit autrement des autres donations tacites fondées sur des faits non écrits, & convenus seulement par les parties. ¶ *L'article LVIII* de l'ordonnance de Moulins, avoit assujetti à l'insinuation toute sorte de donations entre-vifs, de quelque forme & qualité qu'elles fussent; *l'article 1 de la déclaration du 17 Février 1731*, regiſtrée au Parlement de Toulouse le 7 Avril de la même année, entre même dans un plus grand détail: elle porte, *qu'à compter du jour de l'enrégiſtrement des présentes, toutes donations entre-vifs des meubles ou immeubles, mutuelles, réciproques, remunératoires, onéreuses, même à la charge des services & fondations, en faveur de mariage, & autres faites en quelque forme & maniere que ce soit, à l'exception de celles qui seroient faites en contrat de mariage, en ligne directe, soient insinuées.*

La disposition de notre article étant générale, il faut l'appliquer à toute sorte de véritables donations généralement, soit qu'il s'agisse des immeubles, des choses mobiliaires, dettes actives, ou sommes d'argent à prendre sur les biens du donateur; ce qui doit néanmoins être entendu relativement à l'article XXII *infrà*; & ceci tranche la difficulté agitée par les Auteurs, & entr'autres, *M. Bourdin, sur l'article CXXXII de l'ordonnance de 1539; M. Maynard, liv. 6, ch. 64; M. Leprêtre, centurie 1, ch. 44; Ricard; M. Louet, & Bretonnier, lett. D, somm. 24; Ferrieres, &c.* Si les donations des meubles, dettes ou deniers, sont sujettes à l'insinuation, l'on ne peut faire d'autres exceptions que celles qu'elle a faites, & qui sont contenues dans les articles XIX, XXI, XXII, XXX, XXXI, XXXIII & XLVI; ce qui fait que la donation à titre de dot est sujette à la formalité de l'insinuation par rapport à la femme, comme le porte l'article XXVIII; ce qu'il faut néanmoins entendre quand la

BIU Cujas

dot eſt conſtituée par toute autre perſonne que par un aſcendant en contrat de mariage, ſuivant *l'article XIX ſuprà*; mais elle ſeroit ſujette à l'inſinuation, quand même elle auroit été faite par un aſcendant, ſi elle avoit été conſtituée par autre contrat que celui de mariage; *M. Cujas, ſur la novelle* 119; *& Gregorius-Toloſanus, in ſintagm. juris, lib.* 28, *cap.* 13, *n°.* 17, avoient cru que les anciennes ordonnances avoient aſſujetti la dot à la néceſſité de l'inſinuation; cependant on obſervoit le contraire, comme le témoignent *Charondas, liv.* 10, *réponſe* 87; *& M. de Catellan, liv.* 5, *ch* 9, conformément au droit Romain, en la *loi* 31, *cod. de jure dotium.* Mais cet uſage, de même que le droit Romain, ont été abrogés pour ce qui concerne la femme, & non pas pour ce qui regarde l'intérêt du mari, comme je l'ai obſervé ſur l'article XXVIII.

A l'égard des donations faites par titre ſacerdotal, notre ordonnance n'en parle pas expreſſément; ainſi il y a lieu de croire qu'elle n'a pas entendu faire une nouvelle regle à cet égard, mais qu'elle a laiſſé cette eſpece de donation aux termes de l'ancienne Juriſprudence, ſelon laquelle le titre ſacerdotal fait par le pere à ſon fils, lorſqu'il n'excede pas le revenu fixé, ſelon les uſages des dioceſes, n'eſt pas ſujet à l'inſinuation, comme le décident *Theveneau, ſur les ordonnances, liv.* 2, *tit.* 4, *article* 1; *Boniface, tom.* 1, *liv.* 2, *tit.* 14, *ch.* 2; *Brodeau, ſur M. Louet, lett. D, ſommaire* 56, *n°.* 4; *Ricard, des donations, tom.* 1, *part.* 1, *n°.* 1140; *Baſnage, ſur l'article* 448 *de la coutume de Normandie*; *& Ferrieres, ſur celle de Paris, article* 284, §. 3, *n°.* 36: le titre ſacerdotal eſt infiniment favorable, comme je l'ai remarqué ſur l'article VI de la préſente ordonnance; le Parlement de Toulouſe l'a même traité avec plus de faveur que la dot, puiſqu'il a jugé qu'il devoit avoir ſon effet contre les créanciers antérieurs non-oppoſans, lorſqu'il a été publié, *ſelon Albert, verbo, Prêtre, pag.* 292; ce qui n'a pas lieu pour la dot; l'inſinuation ſemble même ſuperflue & inutile, parce que n'étant faite que pour rendre les donations publiques, le titre ſacerdotal devient aſſez public par la publication qu'on en fait au Prône des Meſſes Paroiſſiales. Sur quoi il faut voir les différens arrêts rapportés par *M. de Catellan, liv.* 1, *ch.* 5, & les obſervations faites par le même Auteur, pour concilier les arrêts qui paroiſſent contraires; du moins faudroit-il ſuivre le tempérament d'équité propoſé par cet Auteur, qui eſt, que le titre

BIU Cujas

Clérical non-insinué est valable pour l'usufruit pendant la vie du Prêtre, qui a été promu sur un tel titre, sauf à assujettir la propriété à l'hypotheque des créanciers; par où ils se trouvent en quelque façon dédommagés; mais, selon *Brodeau*, *Basnage*, *Ferrieres*, aux lieux déjà cités; & *Boniface*, *tom.* 4, *liv.* 7, *tit.* 1, *ch.* 8, les donations pour titre sacerdotal, faites par d'autres personnes que des ascendans, sont sujettes à l'insinuation: toutefois *Ricard*, *n°.* 1143, tient que le titre sacerdotal doit valoir indistinctement, quoiqu'il n'ait pas été insinué, lorsqu'il n'excede pas le taux du Diocese; parce que dans ce cas c'est un contrat onéreux à l'égard du public, auquel il importe que les personnes élevées à la dignité du Sacerdoce, aient de quoi subsister dans l'état de leur caractere; il croit néanmoins que pour l'intérêt particulier du Prêtre, la donation est nulle faute d'insinuation; qu'ainsi, s'il a d'autres biens de son patrimoine, ou en revenus de bénéfices, le défaut d'insinuation doit lui nuire; ce qui semble allier la rigueur des regles, avec la faveur du titre sacerdotal.

Les constitutions ou aumônes dotales, faites au profit des Couvens pour entrée en Religion, dans les cas permis, *& intra legitimum modum*, étant des contrats onéreux, & non des donations, il n'y a pas lieu de douter que les conventions faites sur cette matiere, ne sont pas sujettes à la formalité de l'insinuation, suivant *Ricard*, *part.* 1, *tom.* 1, *n°.* 1144; mais pour savoir si les pensions données aux personnes Religieuses y sont sujettes, les auteurs ne sont pas d'accord. Voyez *Ricard*, au lieu préallégué; *Ferrieres*, *sur la coutume de Paris*, *article* 284, §. 3. *n°.* 37; *& Henris*, *tom.* 1, *liv.* 4, *ch.* 6, *quest.* 11.

¶ C'est une difficulté qui mérite d'être éclaircie, si l'acceptilation, ou la remise d'un droit ou d'une somme, sans en recevoir le paiement, doit être considérée comme une donation qui ait par conséquent besoin d'être insinuée, lorsque la remise est faite par transaction, en considération d'autres droits transigés; il ne paroît pas douteux que ce ne soit un contrat différent de la donation, & il n'y a pas lieu de douter que le traité ne vaille sans insinuation.

Mais il y a du doute, quand la remise ou acceptilation est purement gratuite: la *loi* 5, §. 1, *ff. de donat. inter vir. & uxor.* décide que le mari ne peut point faire une telle remise gratuite en faveur de sa femme, *constante matrimonio*, parce qu'il ne peut pas lui faire une donation

BIU Cujas

irrévocable ; d'où il semble que l'on doive conclure, que la remise gratuite doit être mise au rang des donations sujettes à l'insinuation : néanmoins j'estime que l'opinion contraire est plus conforme à l'esprit du Romain, parce que l'acceptilation est un contrat, ou à mieux dire, un distract distinct & différent de la donation. En effet, il y en a de titres séparés au digeste, *lib.* 46, *tit.* 4, & au cod. la *loi* 1, *lib.* 5, *tit.* 44, *ff. de acceptilationibus*, la définit de cette maniere : *acceptilatio est liberatio per mutuam interrogationem* : elle ne peut point se faire sans condition, autrement elle est nulle ; *leg.* 4, *ff. de acceptil.* au lieu que la donation est susceptible de toutes les conditions ; *leg.* 25, *cod. de donat. & tot. tit. cod. de donat. quæ sub modo, vel conditione, vel certo tempore conficiuntur.* L'acceptilation ne peut pas non-plus se faire à jour, ou jusques à un certain jour, *in diem acceptilatio facta, nullius est momenti, leg.* 5, *ff. de acceptilat.* mais la donation peut être faite à jour, ou jusques à un certain jour ; *leg.* 3, *cod. de donationib. quæ sub modo, conditione vel certo tempore conficiuntur.* Si donc c'est une chose différente de la donation, on ne doit pas l'assujettir à une formalité qui est spéciale pour la donation. ¶

A l'égard des institutions contractuelles, les Auteurs sont partagés ; *Lebrun, des successions, liv.* 3, *ch.* 2, *n°.* 16, tient qu'elles ne sont pas sujettes à l'insinuation, soit parce que les créanciers n'ont pas ordinairement intérêt d'en empêcher l'exécution, soit parce qu'elles tiennent de la nature des donations à cause de mort qui n'ont pas besoin d'être insinuées ; *& Ferrieres, sur la coutume de Paris, article* 284, §. 3, *n°.* 39, est du même avis.

Ricard, au lieu préallégué, *n°.* 1149 ; *M. Bouguier, lettre S, ch.* 11, sont d'un avis contraire, ainsi que *Fernand, de filiis natis ex matrim. ad morgan. constracto, part.* 6, *n°.* 13 : mais l'opinion de Lebrun est la plus conforme aux regles, parce que l'institution contractuelle est une disposition différente de la donation entre-vifs. Notre ordonnance, ni aucune autre, n'assujettit à l'insinuation les institutions contractuelles. Il n'est donc pas possible d'exiger cette formalité ; encore moins pourroit-on y assujettir les institutions contractuelles, faites par les ascendans en faveur du mariage de leurs descendans, puisque *l'article XIX* de cette ordonnance déclare que les donations faites en ligne directe par contrat de mariage, sont bonnes sans insinuation ; il faut donc en dire de même des institutions contractuelles, considérées comme des donations entre-

BIU Cujas

vifs. ¶ L'irrévocabilité de l'inſtitution contractuelle ne doit pas être un motif ſuffiſant pour aſſujettir à la formalité de l'inſinuation, ſoit parce qu'il n'y a aucune loi qui exige cette formalité, ſoit parce que l'inſinuation eſt bien requiſe aux donations entre-vifs; mais non aux autres actes, quoiqu'ils ſoient irrévocables; ſoit enfin parce que perſonne n'a intérêt à cette formalité, comme le remarque *Ricard, au lieu préallégué, n°. 1148*; il eſt vrai que *Fernand, ſur le chap. un. de filiis natis ex matrim. ad morganat. contract. part. 6, n°. 13*, ſoutient que l'inſtitution contractuelle vaut comme une donation entre-vifs; qu'il dit encore *part. 7, n°. 4 & 5*, que l'inſtitué peut révoquer les aliénations poſtérieures, à cauſe qu'il ne repréſente l'inſtituant qu'en l'état où il étoit lors de l'inſtitution, & non au temps de ſa mort; que de plus *M. de Cambolas, liv. 4, ch. 26*, rapporte un Arrêt du Parlement de Toulouſe, qui a jugé que la ſtipulation contenue dans un contrat de mariage, que l'un des enfans ſuccéderoit aux mariés, ne devroit avoir lieu que pour les biens que les mariés avoient lors du contrat de mariage, & non pour ceux qu'ils avoient acquis poſtérieurement; mais tout cela eſt contraire aux regles. Tous les auteurs coutumiers demeurent d'accord, que nonobſtant l'irrévocabilité de l'inſtitution contractuelle, l'inſtituant peut aliéner à ſon gré de bonne foi, & contracter des dettes, dont l'inſtitué ſera tenu, tout de même que s'il ſuccédoit par teſtament ou *ab inteſtat*; & les Parlemens du droit écrit ne peuvent pas adopter d'autres principes, ſans changer la nature de l'inſtitution, & ſans renverſer les regles les plus triviales du droit romain. En effet, l'inſtitution contractuelle fait un véritable héritier de même nature & de même qualité que le teſtament: elle défere l'hérédité de l'inſtituant, qui conſiſte en tous les droits qu'il laiſſe à ſa mort: elle a trait de temps à la mort de l'inſtituant; auparavant elle n'attribue aucun droit ſur les biens; ce qui eſt ſi vrai, que ſi l'inſtitué prédécede ſans enfans, l'inſtitution eſt caduque: il n'en eſt pas de même de l'inſtitution contractuelle, qui ne renferme qu'une ſeule diſpoſition, qui eſt eſſentiellement indiviſible, & qui ne peut être priſe qu'au temps de la mort de l'inſtituant, comme de la donation entre-vifs des biens préſens & à venir, qui renferme deux diſpoſitions, l'une des biens préſens, l'autre des biens à venir, & que le donataire peut diviſer en prenant les biens préſens, & en abandonnant les biens à venir; au moyen de quoi il eſt clair que

BIU Cujas

l'inſtitué repréſente l'inſtituant, non eu égard au temps de l'inſtitution, comme l'a prétendu mal-à-propos *Fernand*, mais eu égard au temps de ſa mort; ce qui eſt ſi vrai, que quand le donataire des biens préſens & à venir opte la donation du temps de la mort du donateur, il repréſente le donateur, eu égard au temps de ſa mort, & non eu égard au temps de la donation. Ainſi il eſt évident que l'inſtitué ne peut pas révoquer les aliénations poſtérieures à titre onéreux, & il ne peut pas ſe diſpenſer de reconnoître les dettes créées depuis l'inſtitution; & par voie de conſéquence, les créanciers, ni les tiers-acquéreurs, à titre onéreux, n'ont aucun intérêt à la formalité de l'inſinuation, & que tout au plus elle ne pourroit intéreſſer les donataires entre-vifs poſtérieurs; mais la publicité du mariage, qui contient l'inſtitution & la nature du titre purement gratuit, par rapport au donataire, doivent empêcher que, nonobſtant le défaut d'inſinuation, l'inſtitution contractuelle ne doive être poſtpoſée à une donation poſtérieure. ¶

Pour ce qui eſt des queſtions touchant les donations qui ſont, ou ne ſont pas ſujettes à l'inſinuation, il faut voir *Ricard*, *tom. 1*, *part. 1*, *ch. 4*, *ſect. 3*, *diſtinct. 1*; *Ferrieres ſur l'article 284 de la coutume de Paris*; *Brodeau*, *ſur M. Louet*; *Boucheul*, *dans ſon traité des conventions de ſuccéder*, *ch. 28*, & les autres auteurs qui ont examiné la matiere. Si les démiſſions des biens doivent être inſinuées; ſi les créanciers peuvent oppoſer le défaut d'inſinuation. *V. la queſtion* 10 *du traité des démiſſions de Me. Boulenois.*

Les donations rémunératoires.] ¶ La donation peut être conſidérée comme rémunératoire, ſous deux différens rapports. Le premier, quand elle eſt faite en récompenſe des ſervices, a raiſon deſquels le donataire n'avoit aucune action pour en demander le paiement; & le deuxieme, quand les ſervices ſont tels, que le Donataire peut en exiger la récompenſe par la voie de la Juſtice; c'eſt à quoi il faut faire attention, pour ne pas appliquer notre ordonnance hors de ſon cas, & contre ſon eſprit; il faut encore prendre garde qu'une donation peut être regardée comme rémunératoire par rapport au donateur, & lorſqu'il s'agit uniquement de ſon propre intérêt; au lieu qu'elle ne ſera pas réputée telle, s'il s'agit de l'intérêt des tierces perſonnes. On peut voir dans *Ricard*, *des diſpoſitions conditionnelles*, *ch. 3*, quels ſont les cas où la donation eſt réputée rémunératoire, eu égard aux différens rapports. ¶ Selon *Ricard*, *tom. 1*, *part. 1*, *n°. 1097*;

BIU Cujas

& *Ferrieres, sur l'article* 284 *de la coutume de Paris*, §. 3 n°. 22, l'insinuation n'est requise que quand le mérite énoncé en la donation ne peut passer que pour un simple prétexte, ou pour une couleur affectée, & non pas si le donataire avoit droit d'exiger la récompense par la voie de rigueur; car alors c'est plutôt un paiement qu'une donation; *L. Attilius regulus* 27, *ff. de donat.* Ainsi pour résoudre en général si la donation rémunératoire est sujette aux loix des insinuations, il faut distinguer, ou la récompense étoit tellement due, que le donataire eût une action pour en faire la demande en Justice; dans ce cas, le contrat ne désire d'autres formalités que celles qui sont requises pour la validité d'une vente ou d'un bail en paiement; que si au contraire les services sont d'une nature à ne produire point d'action, la donation faite en récompense de tels services, peut être considérée comme une libéralité proprement dite, aux termes de la *loi* 29, *ff. de donat. donari videtur quod nullo jure cogente conceditur*; & par conséquent elle doit être assujettie à l'insinuation.

Ou mutuelle.] ¶ La donation mutuelle est proprement une libéralité réciproque qui se fait entre deux ou plusieurs personnes au profit du survivant; c'est la définition qu'en donne *Ferrieres sur la coutume de Paris, article* 280, *glos.* 2, *n°.* 1, qui remarque au même endroit, *n°.* 3, que quelquefois la donation mutuelle se prend pour une convention, qui n'est point une libéralité; savoir, lorsque par un même contrat, deux particuliers se donnent l'un à l'autre certaines choses, afin que le contrat soit exécuté de part & d'autre, dès qu'il aura sa perfection; mais c'est un véritable contrat onéreux, qui n'est point sujet aux loix ni aux formalités des donations, à moins qu'il n'y eût une grande inégalité de prix ou d'estimation; ainsi on ne peut point y appliquer les dispositions de cette ordonnance. ¶ Les donations mutuelles sont assujetties à l'insinuation, suivant *l'article LVIII* de l'ordonnance de Moulins, quand même elles seroient entiérement égales, selon notre article, qui a suivi le sentiment de *Ferrieres, article* 284, *glos.* 2, §. 3, *n°.* 25 & 26, & a rejetté celui de *Ricard, au traité du don mutuel, ch.* 4, qui avoit cru que les donations réciproques, entiérement égales, étoient des contrats onéreux non sujets à l'insinuation. Voyez le même *Ricard, des donations, part.* 1, *tom.* 1, *n°.* 1090; & *Ferrieres, au lieu préallégué, n°.* 25, 26, 28, 29 & 30. Il faut excepter les donations mutuelles

BIU Cujas

mutuelles dont il eſt parlé dans *l'article XLVI* de la préſente ordonnance, à l'egard deſquelles il n'a été rien innové.

Celles qui ſeroient faites à la charge de ſervices & de fondations.] Suivant *Baſnage, ſur l'article 448 de la coutume de Normandie*, les donations faites à l'Egliſe, à la charge de ſervices, étoient bonnes ſans inſinuation; mais notre article en a autrement diſpoſé, il en réſulte que toute ſorte de donations faites aux Egliſes, Monaſteres, & autres lieux pieux, doivent néceſſairement être inſinuées en vertu de la diſpoſition générale de notre article, qui aſſujettit encore en termes exprès, celles qui ſont faites pour fondation, ou à la charge de ſervices, qui ſont les plus favorables, & qui pourroient paſſer pour des contrats onéreux; à plus forte raiſon, la néceſſité de l'inſinuation doit-elle avoir lieu à l'égard des autres moins favorables, & de celles qui ſont faites au public.

Seront inſinuées, ſuivant la diſpoſition des ordonnances.] Ceci ne veut pas dire qu'il faille préſentement obſerver dans l'inſinuation la forme preſcrite par les anciennes ordonnances, puiſque celle-ci y a pourvu expreſſément, en dérogeant même aux anciennes; mais bien que l'inſinuation doit être faite dans le délai preſcrit, & de la maniere que les anciennes ordonnances le veulent, en ce qu'il n'y a pas été dérogé par la préſente ordonnance.

L'article LVIII de l'ordonnance de Moulins, porte que *les donations ſeront inſinuées dans quatre mois, à compter du jour & date d'icelles, pour le regard des biens & perſonnes de ceux qui ſont demeurans dans notre Royaume, & dans ſix mois pour ceux qui ſont hors de notre Royaume.* Il y a pluſieurs difficultés pour l'explication de cette ordonnance, qui ont été traitées par *Ricard, tom. 1, part. 1, ch. 4, ſect. 3, gloſ. 6; & par Ferrieres, ſur la coutume de Paris, article 284, §. 2.*

S'étant élevé des doutes touchant les donations qui étoient inſinuées après les quatre mois portés par l'ordonnance de Moulins, & pour ſavoir s'il falloit que le donateur prêtât un nouveau conſentement pour l'inſinuation, le Roi Louis XIV, d'heureuſe mémoire, donna une déclaration le 17 Novembre 1690, qui porte, que les donations pourront être inſinuées pendant la vie des donateurs, encore qu'il y ait plus de quatre mois qu'elles aient été faites, & ſans qu'il ſoit beſoin d'aucun conſentement du donateur, ni de jugement qui l'ait ordonné; & lorſqu'elles ne ſeront inſinuées qu'après les quatre mois, elles n'auront effet contre les acquéreurs des biens

BIU Cujas

donnés, & contre les créanciers des donateurs, que du jour qu'elles auront été insinuées. ¶ C'est ainsi que l'avoit décidé *Ricard*, *des donations*, *tom.* 1, *part.* 1, *n°.* 1258; à quoi notre ordonnance n'a pas dérogé; en sorte que la peine de nullité ne tombe que sur le défaut d'insinuation, qui n'a pas été faite pendant la vie du donateur, & non sur le délai prescrit par les anciennes ordonnances : car on est toujours à temps à faire l'insinuation, pourvu que le donateur soit encore en vie; mais la mort du donateur arrivée dans les délais de quatre ou de six mois, suivant la distinction ci-dessus, n'empêcheroit pas que l'insinuation ne pût être valablement faite, pourvu que ce fût dans les délais, & ne donneroit point d'atteinte à la donation, qui vaudroit du jour de sa date, suivant *l'article XXVI infrà*, qui veut même que l'insinuation puisse être faite après les délais, nonobstant le décès du donataire, pourvu que le donateur soit en vie. ¶

A peine de nullité.] La même peine avoit été induite par l'article LVIII de l'ordonnance de Moulins. Cependant le Parlement de Toulouse s'étoit écarté de la disposition de cette ordonnance, en jugeant que l'insinuation n'étoit requise que pour faire valoir les donations contre les tiers-acquéreurs & les créanciers des donateurs, & non à l'égard des donateurs, leurs héritiers ou donataires postérieurs, comme l'attestent *M. Dolive*, *liv.* 4, *ch.* 4 & 28; *& M. de Catellan*, *liv.* 5, *ch.* 9; ce qui avoit été confirmé par la déclaration du 17 Novembre 1690, dont la disposition est rapportée ci-dessus. Mais la nullité prononcée par cet article est absolue, tant à l'égard des héritiers, légataires ou donateurs postérieurs, qu'à l'égard des créanciers ou tiers-acquéreurs; & il n'y a que le donateur seul qui ne peut pas pendant sa vie opposer le défaut d'insinuation, suivant *l'article XXVII* de cette ordonnance, sauf en quelques autres cas marqués aux *articles XXX & XXXI.*

Il faut remarquer que la formalité de l'insinuation est tellement requise pour la validité des donations, qu'elle ne peut pas être suppléée par des équipollens, comme par la tradition & la possession réelle, la saisine, ou nantissement dans les pays où cela a lieu, ni par la publication qui seroit faite au Prône, ou aux portes des Eglises, & aux autres lieux publics, comme le prouvent *Ricard*, *tom.* 1 *des donations*, *part.* 1, *ch.* 4, *sect.* 3, *glos.* 4; *& Ferrieres*, *sur la coutume de Paris*, *article* 284, *glos.* 2, §. 1, *n°.* 9. *Voyez Catellan*, *liv.* 5, *ch.* 9, *pag* 224, à l'égard de la possession.

BIU Cujas

¶ Mais eſt-il néceſſaire d'inſinuer les actes qui ſont ſéparés de la donation, & qui néanmoins en font une partie ſi eſſentielle, que la donation ſeroit nulle, s'ils n'étoient pas intervenus, comme ſont, 1°. L'autoriſation du mari en pays coutumier, où la femme étant en la puiſſance de ſon mari, ne peut pas contracter, ni donner, ſans être autoriſée lors de la donation, ou par un acte antérieur ou poſtérieur. 2°. La procuration pour donner au nom d'une perſonne abſente. 3°. La procuration ſpéciale ou générale pour accepter au nom du donateur. 4°. L'acte par lequel le donataire ratifie l'acceptation faite par un tiers, qui n'avoit aucun pouvoir pour accepter au nom du donataire, ou l'acceptation faite après-coup? Les trois premieres difficultés me paroiſſent devoir être décidées de la même maniere, & par les mêmes raiſons; c'eſt-à-dire, que l'inſinuation de ces actes ſéparés dans ces trois cas, n'eſt point néceſſaire, parce que notre texte, ni l'article XXIV, non plus que les ordonnances anciennes, n'exigent que l'inſinuation de l'acte de donation, qui eſt le ſeul dont il importe que les héritiers du donateur, & les autres perſonnes qui contractent avec le donateur, ayent connoiſſance, & il ſuffit que l'acte d'autoriſation, les procurations pour accepter, ſoient énoncées dans la donation inſinuée, & qu'ils exiſtent, afin qu'elle ſoit hors d'atteinte; mais à l'égard de la quatrieme, il faut décider le contraire, & s'en tenir à l'opinion des Auteurs, qui ont cru que l'acceptation faite après-coup, doit être inſinuée avec la donation, à peine de nullité; du nombre deſquels ſont *Brodeau, ſur M. Louet, lett. D, Som. 4, n°. 8 & 9; & Ricard, tom. 1, part. 1, n°. 1183. V. les obſervations ſur l'article XXIV in fine.* ¶

ARTICLE XXI.

L'augment, l'agencement, gain de Nôces ou de ſurvie, & autres conventions matrimoniales, ſont bonnes ſans Inſinuation.

LADITE peine de nullité n'aura pas lieu néanmoins à l'égard des *dons mobils, augments, contre-augments, engagements, droits de rétention, agencemens, gains de Nôces & de ſurvie, dans les*

BIU Cujas

Pays où ils ſont en uſage; à l'égard de toutes leſquelles ſtipulations ou conventions, *à quelque ſomme ou valeur qu'elles puiſſent monter*, notre Déclaration du 25 Juin 1729 ſera exécutée ſuivant ſa forme & teneur.

OBSERVATIONS.

Tous les différens termes rapportés dans cet article, déſignent, ſous différens noms, des conventions matrimoniales ſtipulées entre les parties qui contractent mariage, ſoit pour aider le mari à ſoutenir les charges du mariage, ſoit pour balancer les avantages qu'il fait réciproquement à ſa femme, & pour établir par-là une eſpece de compenſation auſſi juſte que favorable; ce ſont les expreſſions du préambule de la déclaration du 25 Juin 1729, regiſtrée au Parlement de Toulouſe le premier Août de la même année, & toutes ces différentes conventions ou ſtipulations ſont bonnes & valables, quoiqu'elles ne ſoient pas inſinuées; cela eſt ainſi décidé par notre article, qui confirme la déclaration du 25 Juin 1729, laquelle porte: *Voulons & nous plaît que l'édit du mois de Décembre 1703, & les déclarations données en conſéquence, & notamment la déclaration du 20 Mars 1708, ſoient exécutés ſelon leur forme & teneur, ſans néanmoins que les dons mobils, augments, contre-augments, engagemens, droits de retention, agencemens, gains de nôces & de ſurvie, dans les pays où ils ſont en uſage, ſoient cenſés avoir été compris dans la diſpoſition deſdits édits & déclarations, encore qu'ils n'ayent pas été inſinués dans les formes & délais preſcrits par leſdits édits & déclarations: déclarant qu'audit cas, ceux qui auront négligé de ſatisfaire à cette formalité, n'ont dû & ne doivent être regardés que comme ſujets aux autres peines prononcées par leſdits édits & déclarations; à l'effet de quoi nous avons dérogé & dérogeons, en tant que de beſoin ſeroit, à toutes diſpoſitions des ordonnances précédentes qui pourroient paroître à ce contraires.* Les mêmes exceptions ſont encore faites par la déclaration du 17 Février 1731; notre article s'explique d'une maniere différente de *l'art. XIX ſuprà*, lequel diſpenſe abſolument les donations faites en ligne directe, par contrat de mariage, de la formalité de l'inſinuation, pour faire comprendre que ces donations ne ſont ſujettes à aucune ſorte d'inſinuations, pas même

BIU Cujas

à celle qui se fait au bureau des insinuations Laïques ; au lieu que les conventions matrimoniales, dont il est parlé dans *l'article XXI*, ne sont pas dispensées de l'insinuation qui doit être faite aux bureaux des insinuations Laïques, sans néanmoins que par le défaut de cette insinuation on encoure la peine de nullité, mais seulement les autres peines prononcées par les édits & déclarations du Roi, comme il est expliqué dans la déclaration du 17 Février 1731.

Dons mobils.] Le don mobil est un avantage nuptial fait par la femme à son mari, par contrat de mariage : en Normandie il se monte ordinairement au tiers des biens de la femme, selon *Basnage, sur l'article 368 de la coutume de Normandie.*

Augments.] L'augment est un gain nuptial accordé par le mari à sa femme, qui tantôt se régle par proportion de la dot, comme de moitié, ou du tiers ; tantôt il est fixé par convention entre les parties arbitrairement, & sans aucune proportion avec la dot ; & par conséquent il y a de deux sortes d'augments, le coutumier & le conventionnel. Le coutumier est celui qui est introduit & réglé par la coutume ; il est ordinairement de la moitié de la dot, comme à Toulouse, ou du tiers, tantôt en propriété, tantôt en usufruit, pour en jouir par la femme pendant sa vie, & le conventionnel ; c'est-à-dire, qui est stipulé entre parties, outre ou contre la coutume.

L'augment est un gain de survie ; ainsi, afin que la femme le gagne, elle doit survivre à son mari ; que si elle prédécede, il est éteint, & ne passe pas aux enfans ; *M. Maynard, liv. 4, ch. 56.*

Il y a cette distinction à faire entre l'augment coutumier ou conventionnel en propriété, & celui qui ne consiste qu'en usufruit, que celui-ci est éteint par la mort de la femme qui a survêcu à son mari, & ne passe pas aux enfans, parce que l'usufruit est éteint par la mort, §. 3, *instit. de usufructu* ; au lieu que la propriété de l'autre passe aux enfans, sauf la virile que la femme gagne, lorsqu'elle ne passe pas à des secondes nôces, dont elle peut disposer par contrat ou à cause de mort, pourvu qu'elle le fasse expressément ; car une disposition générale ne comprendroit pas la virile ; *novell. 98, ch. 1, novell. 127, cap. 3. auth. si tamen, cod. de secund. nupt.*

Il y a diversité d'opinions pour savoir si la propriété de l'augment passe sur la tête des enfans d'abord après la mort de leur pere, ou si elle reste sur la tête de leur

BIU Cujas

mere non remariée, de même que la virile; mais l'opinion de ceux qui croient que la mere retient cette propriété, à la charge de la conserver aux enfans, paroît la mieux fondée; car suivant la *novell.* 22, *cap.* 20, la femme avoit la propriété des gains nuptiaux; *la novell.* 98, *cap.* 1, qui semble ne laisser à la veuve que l'usufruit des gains nuptiaux, ne l'en prive pourtant pas; mais elle veut qu'elle la conserve à ses enfans, & par conséquent il faut qu'elle la retienne. Voilà pourquoi on juge au Parlement de Toulouse, que la portion virile, que la femme gagne quand elle n'a pas passé à des secondes nôces, doit se régler par rapport au nombre des enfans vivans au tems de sa mort, & non par rapport au nombre de ceux qui existoient lors de la mort du mari; *M. de Catellan, liv. 4, ch.* 54.

Quoique la femme retienne la propriété de l'augment, elle ne peut pas néanmoins en disposer au-delà de la virile; elle ne peut pas même élire un de ses enfans, comme le remarque fort bien *Gudelinus, de jure noviſſimo, lib.* 1, *cap.* 11, parce que cette propriété ne lui est conservée que pour la garder à ses enfans: ainsi tous doivent en profiter; c'est la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, qui suit *l'avis de M. de Cambolas, liv.* 2, *ch.* 4, *& liv.* 5, *ch.* 38, *& celui de Despeisses*; & quoi qu'en disent le même *M. de Cambolas, liv.* 6, *ch.* 16, *& M. Cujas, sur la novell.* 2, la mere ne peut pas élire un de ses enfans pour recueillir l'entier augment; mais tous doivent en profiter, sauf la virile, dont la mere peut disposer, pourvu que ce soit expressément; car si la disposition n'étoit que générale, cette virile seroit également partagée entre tous les enfans, *Auth. nunc autem, cod. de secund. nuptiis*, comme je l'ai dit.

Toutefois la femme a la liberté de disposer de l'augment, quand il a été convenu dans le contrat de mariage, qu'elle pourroit en disposer, tant en la vie qu'à la mort; auquel cas elle pourra élire un des enfans; *M. Expilly, en ses arrêts, ch.* 63; *Basset, tom.* 1, *liv.* 4, *tit.* 6, *ch.* 2; *& M. de Catellan, liv.* 4, *ch,* 64; mais ce dernier Auteur enseigne, que la femme qui a convolé en secondes nôces, ne peut pas user de cette faculté.

La femme peut aussi disposer de son augment en propriété, de même que de ses autres biens, lorsqu'elle n'a point d'enfans au tems de la mort de son mari, ou qu'ils sont prédécédés; *l.* 4, *cod. de secund. nuptiis.*

BIU Cujas

Il y a encore cette différence à faire entre l'augment en propriété, & celui qui ne consiste qu'en usufruit, que les intérêts de l'augment en propriété, ne sont dus que depuis l'interpellation judiciaire, suivant *Albert, verb. intérêt, article 8; & Boniface, tom. 1, pag. 395*; au lieu que les intérêts sont dus de plein droit de celui qui n'est qu'en usufruit: la raison est que ce sont les intérêts ou la jouissance qui constituent l'augment, & qu'il n'y en auroit pas, si les fruits ou intérêts n'étoient adjugés à la veuve sans interpellation; & c'est ainsi que la question a été jugée par un arrêt du 8 Août 1682, au rapport de M. P. Olivier, entre la Dame de Mauleon de Foix, & les héritiers de Santis; lequel arrêt est rapporté par M. Martres, Professeur en Droit François à Toulouse, dans son commentaire sur la maxime, *au coucher la femme gagne son douaire*, que j'ai en manuscrit.

Quoiqu'il y ait un grand rapport entre l'augment & la donation *ante nuptias* des Romains, ce sont pourtant des choses différentes, comme l'a observé *M. Maynard, liv. 4, ch. 56, & liv. 3, ch. 20*; la donation *ante nuptias*, ¶ qui pouvoit être faite en immeubles, meubles, ou argent délivrés à la femme, n'étoit faite que pour servir de sûreté pour la répétition de la dot: la propriété en étoit acquise à la femme du jour du mariage, sans néanmoins qu'elle pût jouir des fruits *constante matrimonio*; comme l'ont fort bien remarqué *Peresius, dans ses Prélecons, sur le tit. du cod. de donat. ante nupt. nº. 1 & 4; & M. Maynard, liv. 4, ch. 56*: après la dissolution du mariage, la femme devoit rendre la donation, *propter nuptias*, étant remboursée de sa dot, à moins qu'il n'y eût convention que la femme la gagneroit; *cap. ult. extr. de donat. inter vir. & uxor. Peresius*, au lieu préallégué, *nº. 4*; cette espece de donation ¶ n'est point en usage en France, comme l'a remarqué *M. Cujas dans ses observations, liv. 5, cap. 4*, & l'augment est purement du droit François; il est dû à titre onéreux, & n'est pas une donation gratuite, suivant *M. Maynard, liv. 3, ch. 20*. Voilà pourquoi on l'a toujours dispensé de la nécessité de l'insinuation, *Auth. eo decursum, cod. de donat. ante nupt. Brodeau, sur M. Louet, lett. J, Somm. 10; & M. de Catellan, liv. 5, ch. 9*; ce qui a été confirmé par la présente ordonnance, & par les déclarations du Roi, que j'ai rapportées ci-dessus. ¶ Toutefois en jugeant le procès d'entre Messire Thomas, Marquis d'Escars, Dame Gabrielle d'Escars, Marquise de S. Projet; & Messire Pierre de

BIU Cujas

Cheſſac, Seigneur de Boſredon, au ſujet de la ſubſtitution faite par Charles d'Eſcars, parent collatéral, dans ſon teſtament du 20 Mars 1625, dans lequel il eſt intervenu partage, on a jugé en la Grand'Chambre, au rapport de M. Baſtard, le 21 Août 1734, qu'en cas que la ſubſtitution fût ouverte par événement du partage, en faveur du Sieur Marquis d'Eſcars, la Dame Marquiſe de S. Projet ne pourroit pas répéter ſur les biens ſubſtitués ſa portion de l'augment gagné par la Dame de Montlezun, mere des parties, & épouſe d'Annet d'Eſcars, dernier ſubſtitué, quoique la ſubſtitution n'eût pas été inſinuée; on s'eſt déterminé, comme je l'ai appris des Juges, ſur ce que l'augment eſt acquis à titre gratuit, puiſqu'il eſt ſujet au retranchement de la loi *Hac edictali*, *cod. de ſecund. nupt.* ce qui n'arriveroit pas, s'il étoit acquis à titre purement onéreux. L'Auteur des additions ſur *Ricard*, *tom. 2*, *traité 3*, *ch. 13*, *ſect. 2*, *pag. 518 & 519*, décide néanmoins le contraire, parce que la femme doit être conſidérée comme créanciere par ſes conventions matrimoniales, & que la ſubſtitution ne peut point lui nuire, quand elle n'eſt pas inſinuée. L'avis de cet Auteur me paroît plus régulier & plus conforme aux principes & à l'eſprit des ordonnances, que la déciſion de l'arrêt que nous venons de rapporter. ¶

Comme l'augment n'eſt pas établi par le droit Romain, on ne peut pas en régler les droits, ni toutes les queſtions qui en dépendent, par les loix qu'on trouve dans le titre du code *de donat. ante nupt.* qui ne peuvent ſervir que d'argument, de même que les novelles de l'Empereur Juſtinien; l'augment dépend abſolument de l'uſage & de la coutume, ou de la convention des parties, non-ſeulement pour ſa quotité, mais encore pour ce qui concerne ſon acquiſition en propriété ou en uſufruit, comme l'ont fort bien remarqué *M. Maynard*, *liv. 4*, *ch. 56*; *& M. Duval*, très-habile Profeſſeur en droit François à Toulouſe, dans *ſes inſtitutions du droit François*, données au public en 1725, *liv. 2*, *ch. 7*, où ce dernier Auteur ajoute, qu'on obſerve à l'égard de l'augment, ce qui eſt décidé par le droit Romain & par la loi *Hac edictali*, *cod. de ſecundis nuptiis*, pour les donations *ante nuptias*, & même pour le gain de la portion virile de la dot & de l'augment, que font le pere & la mere qui ne ſe remarient point.

¶ A tout cela j'ajouterai quelques queſtions au ſujet de l'augment en propriété, qui ſe préſentent aſſez ſou-

BIU Cujas

vent dans l'usage, & qui ne sont pas traitées par nos Auteurs (du moins la plupart) sur les véritables principes. La premiere, si la veuve qui n'a point d'enfans, peut répéter l'augment stipulé en propriété d'abord après la mort du mari. Il ne peut point y avoir de doute sur l'exaction de l'augment, que la veuve qui n'a point d'enfans, peut demander aux héritiers de son défunt mari, parce que la propriété lui en étant acquise, il n'y a aucune différence à faire quant à la répétition entre l'augment & la dot, l'un & l'autre étant le propre patrimoine de la veuve; sans compter qu'on ne manque jamais de stipuler dans les contrats de mariage, qu'en cas de prédécès du mari, la femme répétéra sa dot avec l'augment; & ne devant point la restituer, elle ne doit par conséquent donner aucune sûreté ni caution lors de la réception; parce qu'elle a la liberté d'en disposer à son gré; *leg. 4, cod. de secund. nupt.*

Mais la difficulté consiste à savoir, si cette répétition peut se faire d'abord après le décès du mari, ou s'il faut que la femme attende la fin de l'année du deuil. A suivre la décision de la loi *cùm notissimi 7*, §. *Illud autem 4, cod. de præscript. 30 vel 40 annor.* il faudroit accorder à la femme l'action pour répéter son augment, du moment de la dissolution du mariage; car cette loi, qui veut que la prescription ne coure que depuis que l'action est née, veut aussi que la prescription commence à courir contre la femme pour la répétition de la dot & de la donation, *propter nuptias*, depuis la dissolution du mariage; ce qui suppose bien clairement que l'action est née dès ce moment; sans quoi la disposition de la loi seroit contraire à ses propres principes. Cependant il y a lieu de décider que la femme ne peut répéter son augment qu'après l'an de deuil, comme il est décidé à l'égard de la dot, qui consiste en argent, meubles ou choses incorporelles, par la loi *un.* §. *Cùm autem 7, versic. exactio, cod. de rei uxor. actione*, dont la restitution ne doit être faite qu'après l'an, à compter depuis la dissolution du mariage; car cette loi étant de l'Empereur Justinien, qui la porta en l'année 530, elle a dérogé à la loi 7, *cod. de præscript. 30 vel 40 annor.* qui est antérieure de cinq ans; & comme lors de cette loi la répétition de la dot compétoit d'abord après la dissolution du mariage, il n'est pas merveilleux qu'elle ait fait commencer le cours de la prescription dès ce moment; mais la loi *uniq. cod. de rei uxor. actione*, ayant différé le délai de la restitution de la dot, il faut

BIU Cujas

appliquer le même délai pour la répétition de l'augment ; & c'eſt ainſi qu'on l'obſerve dans l'uſage au Parlement de Toulouſe ; que ſi l'augment conſiſtoit en un ou pluſieurs immeubles, la veuve auroit droit de les demander d'abord après la mort du mari, parce qu'il n'y a point de délai pour la répétition de la dot, qui conſiſte en immeubles ; *leg. un.* §. *cùm autem, verſic. exactio, cod. de rei uxor. actione ;* & que par rapport à la répétition de l'augment, on doit ſe régler par la forme de répéter la dot, s'il n'en eſt autrement convenu dans le contrat de mariage.

La deuxieme conſiſte à ſavoir, ſi la femme non remariée, qui a des enfans, peut exiger le paiement de l'augment par elle gagné, & ſi elle eſt obligée de bailler des cautions ou des ſûretés. La loi *ubi adhùc* 29, *cod. de jure dotium*, en décidant que la femme peut répéter ſa dot & ſon augment, lorſque ſon mari eſt tombé dans l'indigence, raiſonne ſur ce cas, en tirant un argument de la faculté que la femme a de retirer l'un & l'autre après la diſſolution du mariage : *Sed ita eam poſſe res vindicare vel à creditoribus poſterioribus, vel ab aliis qui non potiora jura legibus habere noſcuntur, ut potuiſſet ſi matrimonium eo modo diſſolutum eſſet quo dotis, & ante nuptias donationis exactio ei competere poterat*, avec cette différence néanmoins, que la femme ne puiſſe aliéner ni l'un, ni l'autre pendant la vie du mari, & durant le mariage ; mais pour en prendre ſeulement les fruits, afin de ſervir à ſon entretien & à la nourriture de ſon mari & de ſes enfans. Ainſi cette loi prouve que la femme ayant des enfans, peut exiger ſon augment après la diſſolution du mariage, ſans donner aucune ſûreté ; car, ſelon la remarque de la gloſ. *verb. eo modo*, la répétition qui ſe fait à cauſe de l'indigence du mari, eſt beaucoup moins libre que celle qui ſe fait après la diſſolution du mariage ; la *loi* 7, §. 4, *cod. de præſcript.* 30 *vel* 40 *annor.* ſuppoſe encore la même faculté, en décidant que la preſcription court contre la femme à l'égard de la dot & de la donation, *propter nuptias*, depuis la diſſolution du mariage ; tandis que cette même loi décide que la preſcription ne court que depuis qu'on a pu agir & former l'action en répétition.

Il paroît même que *Graverol, ſur M. Laroche, verb. Mariage, article* 43, eſt de ce ſentiment, puiſque *M. Laroche* rapportant un Arrêt du 30 Juin 1575, qui avoit ordonné qu'une nommée Bigoſſe bailleroit caution de rendre l'augment à ſa fille, en cas de prédécès, *Graverol*

BIU Cujas

ajoute qu'il s'agissoit d'une femme qui s'étoit remariée, & que les secondes nôces assujettissoient au cautionnement; donnant à entendre que la femme non remariée peut demander le paiement de son augment sans bailler caution; & quoiqu'on ne trouve point d'arrêt dans les Arrestographes du Parlement de Toulouse, néanmoins les Avocats ne font aucun doute sur cette proposition.

Cependant si l'on examine la difficulté sur ces véritables principes, il ne paroîtra pas douteux que la femme ne doive, dans ce cas, donner caution, ou des sûretés pour la restitution de l'augment, en cas qu'elle prédécede ses enfans, excepté pour la virile, qui appartient en pleine propriété à la femme qui n'a point passé à des secondes nôces; & que si elle convole, elle doit bailler caution, après le convol, pour cette virile: Je me fonde premiérement sur ce que les regles sur la matiere des donations *propter nuptias*, ayant été changées depuis que la loi 29, *cod. de jur. dot.* & la loi 7, *cod. de præscript.* 30 *vel* 40 *annor.* ont été portées, les loix ne peuvent point servir pour la décision de cette question.

En effet, lorsque ces loix, qui sont des Empereurs Justin & Justinien, furent faites en 525 & 528, la donation *propter nuptias*, étoit acquise à la femme en pleine propriété: elle pouvoit en disposer de la même maniere que de ses autres biens, lorsqu'elle n'avoit convolé en secondes nôces, comme le décide la loi *hac edictal. 6*, §. *dernier*, *cod. de secund. nupt.* Ainsi il n'est pas merveilleux que la femme qui avoit la pleine propriété & la libre disposition de la donation *propter nuptias*, en pût demander le paiement, sans donner caution, ni aucune autre sûreté.

Mais la *novelle* 98 ayant ordonné que la femme seroit tenue de réserver aux enfans la propriété des gains nuptiaux, toute disposition lui en étant interdite, & la *novelle* 117 n'ayant attribué à la femme non remariée que la propriété d'une portion virile, semblable à celle d'un de ses enfans, il est facile de comprendre que les loix du code, qui permettent à la femme de demander la donation *propter nuptias*, sans bailler caution, ou des sûretés, ne peuvent pas recevoir une juste application, parce que la raison fondamentale de leur décision a été abrogée, la femme n'ayant plus aujourd'hui ni la pleine propriété ni la libre disposition des gains nuptiaux, qui étoient les motifs pour la dispenser du bail de caution.

En second lieu, suivant la Jurisprudence des novel-

BIU Cujas

les, la femme ne pouvant être considérée proprement que comme usufruitiere des gains nuptiaux, à l'exception de la virile, il faut sans difficulté la soumettre aux mêmes regles auxquelles les usufruitiers sont sujets; c'est-à-dire, au bail de caution; *leg.* 1, *& toto tit. ff. usufructuar. quemadmod. caveat.* sur-tout s'agissant d'une somme en deniers, qui peut facilement être dénaturée & dissipée; ce qui rend le cautionnement plus nécessaire, *toto tit. ff. de usufructu earum rerum quæ usu consumuntur*; & il en doit être de même par rapport à la virile, lorsque la femme a passé à des secondes nôces, parce que la propriété est dévolue aux enfans, & que le droit de la mere est borné à un simple usufruit; & quoique la caution n'ait pas été demandée lors du paiement, elle peut l'être *ex novâ causâ*, après les secondes nôces, par l'argument tiré de la loi 7, *ff. usufr. quemadmod. caveat.* qui décide que *omissa cautio condici potest*, tout de même que la caution peut être demandée à la femme à laquelle le douaire a été délivré à sa caution juratoire, suivant *l'article 264 de la coutume de Paris*, lorsqu'elle a convolé, selon *Ferrieres, sur cet article*, n°. 13.

En troisieme lieu, il y auroit beaucoup de risque d'en user autrement, parce qu'il dépendroit d'une mere de dissiper les gains nuptiaux; ce qui porteroit un préjudice considérable aux enfans auxquels ces gains doivent être réservés, suivant la disposition des novelles; à quoi l'on peut ajouter, qu'encore que *l'article 264 de la coutume de Paris* permette à la femme non remariée de demander la délivrance de son douaire, à sa caution juratoire, & qu'elle n'oblige au bail de caution que la femme remariée, cependant Ferrieres remarque sur cet article, n°. 15, que quand il s'agit d'un douaire préfix, qui consiste en une somme de deniers, une fois payable, cette somme n'est pas délivrée à la femme à sa caution juratoire, si elle n'a point des biens qui en répondent; auquel cas les héritiers du mari peuvent demander d'être reçus à payer à la veuve les intérêts de la somme, sa vie durant, si mieux elle n'aime donner bonne & suffisante caution de rendre & restituer la somme après son décès; & la coutume de Nivernois, *chap.* 24, *article* 11, veut que la femme non remariée baille caution pour son douaire, lorsqu'il consiste en meubles.

Toutefois s'il avoit été convenu dans le contrat de mariage, que la femme pourroit disposer de l'augment en la vie & en la mort, elle pourroit l'exiger, sans

BIU Cujas

bailler caution, attendu que dans ce cas il lui appartient en propre, & qu'elle peut en disposer, sans être obligée de le réserver à ses enfans, comme il a été jugé par un arrêt du Parlement de Grenoble, du premier Juin 1640, rapporté par Basset, *tom. 1, liv. 4, tit. 6 ch. 2*; mais ce n'est que dans le cas qu'elle n'auroit pas convolé en secondes nôces, parce que le convol lui feroit perdre la propriété, suivant *M. de Catellan, livre 4, chapitre 64.*

La troisieme question regarde la femme qui, ayant des enfans, a passé à des secondes nôces; peut-elle dans ce cas, se faire payer de l'augment? Doit-elle faire une simple promesse de rendre l'augment, ou bailler caution, *datis fidejussoribus?* ou les héritiers du mari seroient-ils recevables à payer les intérêts de l'augment pendant la vie de la femme? La loi *Hac edictali 6*, §. *His illud 1*, *cod. de secundis nuptiis*, veut que la femme qui a passé à des secondes nôces, & qui est obligée de réserver à ses enfans la propriété des gains nuptiaux, puisse jouir des meubles, après une estimation par Experts, & avoir donné bonne & suffisante caution de rendre les meubles, après une estimation par Experts, ou leur valeur; que si elle ne peut pas, ou si elle refuse de bailler caution, les enfans pourront les retenir, à la charge par eux de bailler caution, de payer les intérêts, & de rendre les gains nuptiaux, en cas qu'ils prédécedent leur mere; & si ni les uns ni les autres ne veulent bailler caution, les meubles qui composent la donation *propter nuptias*, doivent demeurer au pouvoir de la mere pendant sa vie, & la *loi 8*, §. 4, *cod. eod.* déclare les biens de la mere remariée, affectés & hypothéqués pour la restitution des gains nuptiaux.

La *novelle 2, ch. 4, & la novelle 22, ch. 25*, §. 2, veulent que si les gains nuptiaux consistent en argent ou effets mobiliers, s'il y a de l'argent ou des effets mobiliers de la nature de ceux qui composent les gains nuptiaux, la mere remariée puisse demander son paiement, à la charge par elle de bailler caution; mais s'il ne se trouve point dans l'hérédité du mari de l'argent ni des meubles de l'espece de ceux qui ont été stipulés pour la donation *propter nuptias*, la mere ne puisse point forcer ses enfans au paiement des gains nuptiaux; mais ils en seront quittes en baillant caution de payer les intérêts, conformément aux loix précédentes, afin que les enfans ne soient pas obligés de vendre des biens pour le paie-

BIU Cujas

ment des gains nuptiaux qui doivent leur revenir, & dont leur mere n'a qu'un simple usufruit.

On trouve donc dans ces novelles la décision de toutes les difficultés qui forment la troisieme question, puisque la mere peut bien exiger la donation *propter nuptias*, lorsque dans l'hérédité il y a de l'argent & des effets, tels qu'ils sont stipulés dans le contrat de mariage, à la charge de bailler caution, *datis fidejussoribus*; mais si pour exiger ce paiement il est nécessaire de vendre des effets héréditaires, la mere ne peut exiger que les intérêts, & que ses enfans lui baillent caution pour cela.

M. de Cambolas, au traité des secondes nôces, nº. 28 & 29, a prétendu que la femme remariée n'étoit obligée, en exigeant la donation *propter nuptias*, que de faire une promesse de restituer à ses enfans, & non pas de bailler caution, parce que le mot *cautio*, que l'on trouve dans les novelles, signifie seulement *nudam promissionem sine fidejussione*, comme l'explique la *loi 3, cod. de verbor. signific.*

Cependant les arrêts du Parlement de Toulouse, rapportés par *M. Laroche, verb. Mariage, article 43; & par M. Maynard, liv. 3, ch. 90*, ont jugé que la femme remariée ne pouvoit exiger son augment qu'à la charge de bailler bonne & suffisante caution, *datis fidejussoribus*; ce qui est ordonné de même par *l'article 264 de la coutume de Paris*, à l'égard du douaire; & ces arrêts sont très-juridiques, nonobstant les observations de *M. de Cambolas*; car il est bien vrai que le mot, *cautio*, signifie *nudam promissionem* dans certaines loix; mais les novelles ne parlent que du bail de caution; ce qui se prouve par deux réflexions. La premiere, que la novelle 2, *ch.* 4, en se servant du mot, *cautio*, se rapporte à la disposition de la loi 6, §. 1, *cod. de secundis nuptiis*, dont elle rappelle les dispositions; ainsi lorsqu'elle emploie le mot, *cautio*, c'est relativement à la loi qui exige un vrai cautionnement, *datis fidejussoribus*; ce n'est donc pas par la loi 3, *cod. de verborum signif.* qu'il faut expliquer la valeur du mot *cautio*, mais bien par la loi 6, §. 1, *cod. de secundis nuptiis*, qui ne parle point d'une simple promesse, mais bien d'un cautionnement. La deuxieme, que la *novelle* 22, *ch.* 45, n'emploie pas seulement le mot *cautio*: elle oblige la femme à donner *fidejussoriam cautionem*; ce qui ne peut point être entendu de la simple promesse, mais du vrai bail de caution.

La quatrieme question est, si après que l'héritier du mari a payé l'augment à la femme remariée ou non, la-

BIU Cujas

quelle a dissipé cet augment, les autres enfans peuvent agir contre lui, pour l'obliger à représenter leur portion d'augment. On peut dire en faveur des enfans non-héritiers, que les biens du pere étant affectés & hypothéqués pour l'augment gagné par leur mere, *L. 8, §. 4, cod. de secundis nuptiis*, c'est sur les biens de leur pere qu'ils peuvent avoir recours; que l'augment étant un gain que la loi attribue aux enfans, *jure præcipuo*, il ne peut point se perdre, & la femme n'en ayant point la propriété ni la disposition, elle ne peut pas le dissiper; ainsi les biens du mari doivent toujours en répondre, & c'est la faute des héritiers du mari de n'avoir pas pris les précautions nécessaires, afin qu'il ne pût pas être diverti ni dissipé.

Au contraire, l'héritier du mari peut dire que, quoique les biens du défunt soient hypothéqués pour l'augment, néanmoins cette hypotheque cesse, dès que le payement en a été fait; en sorte qu'il n'est question que d'examiner si le payement en a été fait, de maniere qu'il ait produit la libération; que si la femme, après avoir reçu son payement, dissipe l'augment, c'est un cas fortuit par rapport à l'héritier, auquel on ne peut imputer aucune faute, & il ne reste aux enfans légitimaires d'autre ressource que d'agir sur les biens de la mere, qui sont hypothéqués pour la restitution de l'augment; *leg. 8, §. 4, cod. de secundis nuptiis*; que s'ils souffrent de cette perte, le fils héritier en souffre aussi pour sa portion; & il ne seroit pas juste de le rendre garant d'un événement auquel il n'a aucune part, encore moins de lui faire perdre sa portion, & de l'obliger à remplacer avec les biens paternels, les portions d'augment qui auroient appartenu à ses freres, s'il s'étoit conservé; par où il supporteroit une double perte.

La décision de cette question dépend de la validité du payement; car si l'héritier avoit payé l'augment sans précaution ni sûreté, dans un cas où il auroit dû exiger une caution de la mere pour en éviter la perte, ainsi que je l'ai expliqué ci-dessus, il conviendroit de rendre l'héritier responsable de la perte, comme y ayant donné lieu par sa négligence; mais il en devroit être autrement, si le payement avoit été bien & valablement fait avec les sûretés que les loix exigent dans les différens cas qui peuvent se présenter sur cette matiere, ou même sans sûreté, dans le cas où la femme peut exiger son augment sans être obligée de bailler caution, ni d'emploi, comme on le pratique au Parlement de Toulouse, à l'égard de la

BIU Cujas

mere non remariée, parce qu'alors on ne peut rien imputer à l'héritier qui a payé, pouvant y être contraint.

On peut proposer pour 5^e. question, si la femme héritiere grevée de son mari, ayant fait de dissipations des biens de l'hérédité, l'héritier peut en faire la compensation avec l'augment, & prétendre qu'il est payé, en sorte qu'il ne soit pas tenu de le représenter de nouveau; il me semble qu'il faut user de cette distinction; ou la mere a passé à des secondes nôces, ou non. Au premier cas, si le fils, héritier fidéicommissaire, n'a pas obligé sa mere de bailler caution de conserver l'hérédité, comme elle le doit, suivant la loi 6, §. 1, *cod. ad S. C. Trebel.* y ayant originairement de la faute de la part du fidéicommissaire, il doit être regardé comme responsable des dissipations, & par conséquent il ne peut pas opposer la compensation pour faire perdre à ses freres leur portion d'augment; d'ailleurs cette compensation seroit encore irrecevable, parce que la mere remariée ne pouvant pas exiger son augment sans caution, elle ne peut pas non plus s'en payer par ses propres mains, sans la même précaution.

Mais si la femme n'avoit pas convolé en secondes nôces, dans ce cas la mere grevée de rendre à un de ses enfans, étant dispensée de bailler caution, suivant la loi ci-dessus citée, on ne peut rien imputer au fidéicommissaire; il faudroit donc examiner si l'on se trouve dans le cas où le payement de l'augment peut être fait sans emploi & sans bail de caution; auquel cas la compensation étant un vrai payement, *leg. 4, leg. ultimâ, cod. de compensationibus, leg. 11, ff. eod.* & une foule d'autres textes, tout comme le payement réel de l'augment libere l'hérédité, la compensation doit opérer le même effet. Que si l'on se trouvoit dans quelqu'un de ces cas où le payement ne peut pas être fait sans caution, la compensation ne pourroit pas procurer la libération au fidéicommissaire, parce qu'elle ne peut pas produire plus d'effet que le payement réel qui n'auroit pas libéré, s'il avoit été fait sans prendre aucune sûreté; ainsi il devroit représenter les portions d'augment acquises à ses freres, nonobstant les dissipations.

Il reste une sixieme question, qui consiste à savoir si le mari étant tombé dans l'indigence, & l'augment ayant été placé entre les mains d'une personne solvable, les enfans peuvent revenir sur les biens de leur pere pour la représentation de l'augment qui s'est perdu par la faillite du dépositaire; il paroît que dans ce cas le placement a libéré

BIU Cujas

libéré absolument les biens du mari de l'hypotheque de l'augment que la femme gagne dans la suite par le prédécès du mari distributionnaire ; & la perte n'arrivant que par cas fortuit, elle ne doit pas tourner au préjudice du décrétiste, ni des autres possesseurs des biens du mari, à moins qu'il n'y eût de l'irrégularité dans la forme du placement, parce que le payement se trouvant mal fait, les biens ne seroient pas valablement libérés de l'hypotheque de l'augment établie sur les biens du mari. ¶

Contre-augments.] Ce sont les conventions faites au profit du mari, touchant les avantages nuptiaux pour gagner la dot, ou partie, soit en propriété ou en usufruit, ou certains biens de la femme en argent, meubles ou immeubles. Voyez *Soefve, tom. 1, centur. 3, chap. 40.*

Engagemens, droits de rétention.] Ces termes désignent des conventions matrimoniales au sujet de la dot, ou des biens des mariés, dont l'usage est inconnu au Parlement de Toulouse : par le mot, *engagemens*, on n'entend pas dans notre article les contrats pignoratifs ; mais je conjecture que ce sont les sûretés qui sont données à la femme pour la répétition de sa dot, ¶ comme est l'assignat dont il est parlé dans la coutume de Bourgogne, des droits appartenans à gens mariés, *article 17 & 18* ; il n'en est pas de même de l'assignat mentionné dans celle du Nivernois, au même titre, *article 12 & 13*, qui est une espece de vente sous faculté de rachat, ¶ & par les mots, *droit de rétention*, on peut entendre un droit à-peu-près semblable au droit d'insistance accordé à la femme, jusqu'à ce qu'elle soit payée de sa dot, ou, comme l'explique *Gudelinus, de jure novissimo, lib. 1, cap. 11, quando convenit certas res retentum iri à superstite, vel ex beneficio legis aliquarum rerum commodum, deserto conjugi, cum in solatium, tum in pœnam ejus, qui injustè divortium fecit.* Le même Auteur, au lieu cité, dit que dans certains lieux la femme a droit de retenir tous les immeubles de son mari, pour en jouir, & les meubles en propriété.

Agencemens.] A Bourdeaux on emploie ce mot pour exprimer le gain des nôces, qu'on appelle ailleurs *augment ; M. Maynard, liv. 3, ch. 20*, remarque que de son tems à Toulouse on appelloit l'augment du nom d'*agencement ;* mais à présent on ne se sert que du mot *augment.*

Gain de nôces & de survie.] Ces termes désignent toute sorte de gains nuptiaux stipulés en contrat de mariage entre mariés, pour avoir effet en faveur du survivant ;

BIU Cujas

de quelque nom qu'ils soient qualifiés par les coutumes ou usages des lieux, lesquels doivent valoir même contre les créanciers, quoiqu'ils n'aient pas été insinués; *M. Louet & Brodeau, lettre D, somm. 64*, font mention de plusieurs especes de conventions matrimoniales qui ne sont pas sujettes à l'insinuation. Sous les termes généraux de notre article, il semble qu'on doive comprendre le douaire coutumier ou préfix, qui ne doit point être sujet à l'insinuation; sur quoi on peut voir *Brodeau*, au lieu préallégué; *& Ferrieres, sur la coutume de Paris, article 284, glos. 2, §. 3, nº. 44 & 45*; Gudelinus, au lieu déja cité; & *Renusson, dans son traité du douaire, ch. 4, nos. 3, 4, 5, 6, 7, & suivans.*

Dans les pays où ils sont en usage. Ces termes qui sont employés dans la déclaration du 25 Juin 1729, & dans celle du 17 Février 1731, sont remarquables; car ils font comprendre que toutes ces stipulations ou conventions ne sont bonnes sans insinuation, qu'autant qu'elles sont pratiquées par les usages des lieux; car si on comprenoit dans les contrats de mariage des conventions, outre celles qui sont pratiquées dans les lieux où les contrats de mariage sont passés, ou du domicile des parties, on devroit les considérer comme des pures libéralités, qui seroient sujettes à l'insinuation, comme l'a remarqué *M. de Catellan, liv. 5, ch. 9*; & c'est ce qui est encore décidé par le préambule de la déclaration du 25 Juin 1729, qui fait comprendre qu'on n'a voulu affranchir de la peine de nullité que les conventions réciproques qu'il est d'usage de stipuler dans les contrats de mariage, en disant: *Nous avons cru devoir préférer en cette occasion celui qui est le plus favorable au bien & à la conservation des familles de notre Royaume, en assurant l'entiere exécution des contrats de mariage, & en les affranchissant d'une peine de nullité, qui ne peut jamais s'appliquer aux conditions réciproques qu'il est d'usage d'y stipuler, sans troubler toute l'économie d'un acte qui est le fondement & la base de la société civile.* ¶ Mais il ne s'ensuit pas de-là qu'on ne puisse pas stipuler un gain de survie, outre l'augment qui est conséquemment pratiqué, selon l'usage du pays. Les arrêts que j'ai vu rendre ont ainsi expliqué l'article XXI de notre ordonnance, & il ne faut pas raisonner sur l'insinuation du gain de survie, ou de quelqu'autre convention matrimoniale, comme on raisonne au sujet de la répétition de l'augment sur les biens substitués. On a jugé par un arrêt rendu en la troisieme Chambre des

BIU Cujas

Enquêtes, au rapport de M. de Larroque-Seré, en faveur de la Dame de Brevilliers d'Eſporce, contre le Sieur & la Dame du Pac, le 10 Juillet 1751, que la ſtipulation de l'uſufruit de la terre d'Eſporce, dans des articles de mariage d'écriture privée, & non inſinuées, entre le Sieur du Pac de Marzerolles, & la Dame de Brevilliers, étoit bonne & valable. On a encore jugé par l'arrêt du 23 Août 1734, rapporté en forme ſur l'article XXX *infrà*, que les donations de ſurvie, ou en cas de prédécès, faites entre mari & femme, outre l'augment, participent de la nature des gains nuptiaux, & ſont par conſéquent compriſes dans l'exception marquée au préſent article; en ſorte que le défaut d'inſinuation ne peut pas produire la nullité du don.

A quelque ſomme ou valeur qu'elles puiſſent monter.] Il s'eſt préſenté une difficulté, qui a du rapport à ces paroles, dont la déciſion peut leur donner quelque éclairciſſement. Titius ſe mariant avec Mœvia, il eſt convenu dans leur contrat de mariage que Mœvia, en cas de prédécès de Mœvius, gagneroit 60 livres, & le contraire prédécès arrivant, Mœvius gagneroit tous les biens préſens & à venir de Mœvia, & eſtimés 60 livres; celle-ci étant décédée, on a demandé, 1°. Si cette donation ou ce gain de ſurvie étoit nul pour le tout. 2°. S'il devoit valoir pour 60 livres, à quoi les biens de Mœvia étoient eſtimés. 3°. S'il étoit bon pour le tout: ce cas ayant été propoſé aux Avocats à Toulouſe, il y a eu diverſité d'avis; les uns ont cru que la donation ne devoit pas valoir pour le tout, mais ſeulement à concurrence de 60 livres; ils ſe ſont fondés, en premier lieu, ſur ce que l'article XV *ſuprà*, déclare nulles toutes les donations qui comprennent les biens à venir. En ſecond lieu, l'article XVII ne parlant pas nommément des donations faites par l'un des conjoints en faveur de l'autre, ces ſortes de donations doivent demeurer dans la prohibition générale. En troiſieme lieu, cet article XXI excepte bien à la vérité les augmens, contre-augmens, gains de ſurvie, &c. mais que l'on ne doit conſidérer la ſtipulation dont s'agit comme un contre-augment ou gain de ſurvie, que par rapport à la ſomme de 60 livres, à quoi ſont eſtimés les biens préſens & à venir de la femme, à cauſe que cet article ne permettant pas de ſtipuler les biens à venir par forme de contre-augment, il ne peut pas avoir fait une exception de ce cas particulier, ne devant être appliqué qu'au cas où il y a une ſomme

BIU Cujas

fixe ; voilà pourquoi ils eſtiment qu'il n'y a véritablement de contre-augment que pour la ſomme de 60 livres, le ſurplus devant être rejetté comme nul, à cauſe de la prohibition portée par l'article XV.

Les autres ont été d'avis au contraire, que la ſtipulation doit valoir pour le tout : ils ſe fondent ſur ce que les donations des biens à venir ſont auſſi bonnes, quand elles ſont faites en contrat de mariage, en faveur de l'un des conjoints, par l'autre, que ſi elles étoient faites par un étranger, par les raiſons que j'ai touchées en expliquant l'article XVII, ſur les mots *en faveur des conjoints ;* que c'eſt ici un gain de ſurvie ou un contre-augment, lequel ne conſiſte pas en la ſomme de 60 livres ſeulement, mais en tous les biens préſens & à venir, & qu'on n'en a fait l'eſtimation que pour la fixation des droits du Roi, & non pour diminuer ni réduire la ſubſtance du gain de ſurvie ; que notre article XXI ne dit pas ſeulement *à quelque ſomme qu'elles puiſſent monter*, mais ajoute le mot, *valeur*, qui ſuppoſe que le gain de ſurvie ne doit pas être borné à une ſomme fixe ; qu'il ſuffit qu'il n'y ait point de Loi ni d'ordonnance qui défende de ſtipuler pour gain de ſurvie, les biens préſens & à venir de l'un des conjoints, afin qu'une telle ſtipulation ſoit valable, de quelque valeur que ſoient les biens, ſuivant l'eſprit de notre article ; que ce n'eſt point ici une donation, mais une eſpece de convention d'une nature différente ; qu'ainſi elle ne peut pas être compriſe dans la prohibition de l'article XV, qui ne défend que les donations ; au lieu que le contre-augment, ou le gain de ſurvie ſont d'une eſpece différente, comme l'inſinue bien formellement notre article XXI. Je me range volontiers à cette derniere opinion, par la premiere & derniere des raiſons que j'ai expliquées pour appuyer cet avis. ¶

BIU Cujas

DÉCLARATION
DU ROI,

Du vingt-cinq Juin mil sept cens vingt-neuf,

CONCERNANT LES INSINUATIONS.

LOUIS, par la grace de Dieu, Roi de France & de Navarre: A tous ceux qui ces Présentes Lettres verront, SALUT. La formalité de l'Insinuation ayant été établie par les Rois nos prédécesseurs, à l'égard des donations entre-vifs, & de quelques autres actes qui sont énoncés dans leurs ordonnances, le feu Roi notre très-honoré Seigneur & bisayeul, jugea à propos d'étendre cette formalité par plusieurs Édits & Déclarations, à beaucoup d'autres cas, dont il n'avoit point été fait mention dans les loix antérieures à l'Édit du mois de Décembre 1703, & il ordonna entr'autres choses, par la Déclaration du 20 Mars 1708, que les dons portés dans les contrats de mariage par forme d'augment & de contre-augment, les dons mobils, engagemens, droits de rétention, agencemens, gain de nôces & de survie, dans les pays où ils sont en usage, seroient insinués & enrégistrés dans le tems, & sous les peines portées par l'article II de l'Édit du mois de Décembre 1703. Mais il nous a été représenté, que sous prétexte de ces derniers termes, & par l'extension qu'on a voulu leur donner, il s'est élevé plusieurs contestations, dans lesquelles on a prétendu que les actes de l'espece ci dessus marquée, devoient être déclarés nuls, faute d'avoir été insinués dans le tems prescrit par les mêmes Édits & Déclarations: on a opposé à cette prétention, que les termes généraux de ces loix devoient être interprêtés selon la nature des actes auxquels il s'agissoit de les appliquer; qu'à la vérité la peine de nullité tomboit justement sur des donations entre-vifs, & autres actes semblables, auxquels un tiers pourroit être intéressé, & qui par cette raison, méritoient d'être regardés comme non-avenus, lorsqu'on ne les avoit pas rendus publics.

BIU Cujas

par la solemnité de l'Insinuation ; mais qu'il seroit trop rigoureux d'étendre la même peine à des dispositions, qui sans avoir le caractere d'une véritable donation, ne sont que de simples conventions matrimoniales, stipulées entre les parties contractantes, soit pour aider le mari à soutenir les charges du mariage, soit pour balancer les avantages qu'il fait réciproquement à sa femme ; & pour établir par-là une espece de compensation aussi juste que favorable ; que s'il étoit permis de soutenir que ces sortes de conventions doivent être déclarées nulles par le défaut d'insinuation, on détruiroit par ce moyen l'esprit & la liaison essentielle de toutes les clauses d'un contrat de mariage, & cela dans un tems où l'inconvénient que cette rigueur produiroit ne pourroit plus être réparé ; ce qui rendroit la condition des deux contractans entiérement inégale ; qu'enfin dans une grande partie du Royaume, le défaut d'insinuation dégénéreroit dans une espece d'avantage indirect que l'un des conjoints pourroit faire à l'autre, contre la prohibition des coutumes qui y sont reçues : & comme il nous est reservé de déclarer le véritable sens des loix, dont les expressions générales peuvent avoir besoin d'interprétation, Nous avons cru devoir préférer en cette occasion celui qui est le plus favorable au bien & à la conservation des familles de notre Royaume, en assurant l'entiere exécution des contrats de mariage, & en les affranchissant d'une peine de nullité, qui ne peut jamais s'appliquer aux conditions réciproques qu'il est d'usage d'y stipuler, sans troubler toute l'économie d'un acte, qui est le fondement & la base de la société civile. A CES CAUSES, de l'avis de notre Conseil, & de notre certaine science, pleine puissance & autorité Royale, Nous avons, par ces Présentes, signées de notre main, dit, déclaré & ordonné ; disons, déclarons & ordonnons, voulons & nous plaît, que l'Édit du mois de Décembre 1703, & les déclarations données en conséquence, notamment la déclaration du 20 Mars 1708, soient exécutés selon leur forme & teneur, sans néanmoins que les dons mobils, augments, contre-augments, engagemens, droits de rétention, agencemens, gains de nôces & de survie, dans les pays où ils sont en usage, soient censés avoir été compris dans la disposition desdits Édits & Déclarations, encore qu'ils n'aient pas été insinués dans les formes & délais prescrits par lesdits Édits & déclarations ; déclarant qu'audit cas, ceux qui

BIU Cujas

auront négligé de satisfaire à cette formalité, n'ont dû & ne doivent être regardés que comme sujets aux autres peines prononcées par lesdits Édits & Déclarations ; à l'effet de quoi Nous avons dérogé & dérogeons, en tant que de besoin seroit, à toutes dispositions des ordonnances précédentes qui pourroient paroître à ce contraires. Si donnons en Mandement à nos amés & féaux les Gens tenans notre Cour de Parlement à Toulouse, que ces Présentes ils ayent à faire lire, publier & registrer, & le contenu en icelles, garder & observer selon leur forme & teneur; CAR tel est notre plaisir : en témoin de quoi Nous avons fait mettre notre Scel à cesdites Présentes. DONNÉ à Marly le 25e. jour de Juin, l'an de grace 1729, & de notre Regne le 14e. *Signé* LOUIS : *Et plus bas* ; Par le Roi, PHELYPEAUX, & vu au Conseil, LEPELETIER, *signés.*

Registré à Toulouse le premier Août mil sept cens vingt-neuf.

ARTICLE XXII.

Les Donations des meubles, lorsqu'il y a tradition réelle, ni celles qui n'excedent pas la somme de 1000 *livres, n'encourent pas la nullité, faute d'Insinuation.*

L'EXCEPTION *portée par l'Article précédent & par ladite Déclaration*, aura pareillement lieu à l'égard des Donations des choses mobiliaires, quand il y aura *tradition réelle*, ou *quand elles n'excéderont pas la somme de* 1000 *livres une fois payée.*

OBSERVATIONS.

¶ *L'exception portée par l'article précédent.*] C'est-à-dire, que la peine de nullité n'aura pas lieu à l'égard des donations mentionnées dans le présent article, tout comme à l'égard de celles dont il est parlé dans le précédent ; mais elles ne sont pas dispensées de l'insinuation, qui doit se faire aux bureaux des insinuations Laïques,

BIU Cujas

ſans néanmoins que par ce défaut la peine de nullité ſoit encourue ; & il faut à cet égard rapporter à cet article ce que j'ai obſervé en expliquant le précédent.

Et par ladite Déclaration.] Ceci ſe rapporte à la déclaration du 25 Juin 1729, dont il eſt parlé dans l'article précédent, & dont la teneur eſt rapportée ci-deſſus.

Tradition réelle.] Soit qu'elle ait été faite lors de la donation ou après, toutefois avant la mort du donateur, ou que les créanciers ayent agi ou fait ſaiſir les meubles donnés ; & il ſuffit que le donataire ſoit en poſſeſſion des choſes mobiliaires, lorſque le défaut d'inſinuation ſera oppoſé par les intéreſſés, parce que la ſeule délivrance ſuffit pour en transférer la propriété au donataire ; après quoi il ne peut plus être recherché, ni par les héritiers, ni par les créanciers du donateur, attendu que les meubles n'ont point de ſuite quand le propriétaire s'en eſt déſaiſi. ¶

La même choſe portée par notre ordonnance, avoit été ordonnée par l'article VII de la déclaration du 17 Février 1731 : ces deux loix portent deux exceptions à la néceſſité de l'inſinuation des donations. La premiere, à l'égard des donations des choſes mobiliaires, quand il y aura tradition réelle ; la raiſon eſt que les meubles & les mobiliaires n'ayant point de ſuite par l'hypotheque, la propriété en eſt entiérement acquiſe au donataire par la tradition réelle ; *L. traditionibus* 20, *cod. de pactis*, & l'on doit mettre au rang des choſes mobiliaires les ſommes d'argent données & payées réellement ; on le jugeoit de même auparavant, ſelon *Brodeau, ſur M. Loüet, lettre D, Sommaire* 24 ; & *Boniface, tom.* 1, *liv.* 7, *tit.* 2, *ch.* 2. ¶ Et l'on ne doit point faire de diſtinction entre les choſes mobiliaires de peu de valeur, & celles qui ſont précieuſes ; car à quelque prix qu'elles ſe portent, la Donation ſera parfaite par la tradition ſans inſinuation, quand même elles excéderoient la ſomme de 1000 livres ; mais s'il n'y avoit point de tradition réelle, non-ſeulement l'inſinuation ſeroit néceſſaire, quoique la valeur des mobiliaires fût au-deſſous de 1000 livres, parce que la fixation de cette ſomme ne regarde que les donations d'une ſomme en deniers non-payée, mais encore il faudroit que les choſes mobiliaires données fuſſent conſtatées par un état ou inventaire, ou bien qu'elles fuſſent détaillées dans l'acte de donation, comme je l'ai expliqué ſur l'article XV *ſuprà*.

Du reſte, *Ferrieres, ſur l'article* 284 *de la coutume de*

BIU Cujas

Paris, *Glos.* 2, §. 3, dit que la donation des meubles n'a pas besoin d'insinuation, & cite plusieurs Auteurs, qui rapportent des arrêts du Parlement de Paris, qui l'avoient jugé de même; mais outre que cette opinion étoit contraire à la disposition indéfinie de l'article LVIII de l'ordonnance de Moulins, qui comprend toutes les donations, d'ailleurs l'article II de l'édit du mois de Décembre 1703, a nommément assujetti à l'insinuation les donations des meubles, de même que la donation des immeubles, & notre article XXII confirme à cet égard l'édit de 1703, en n'exceptant que les meubles, dont il y aura une tradition réelle, & les donations qui n'excéderont pas la somme de 1000 livres, une fois payable. Elle veut donc que toutes les autres donations, quoique des choses mobiliaires, soient insinuées; cela est encore clairement décidé par l'article XXIII de notre ordonnance, qui prescrit la forme de l'insinuation des donations des choses mobiliaires. ¶

La deuxieme exception est lorsque les donations n'excedent pas la somme de 1000 livres, une fois payée. (Ce terme est ajouté pour exclure les donations d'une rente en deniers à prendre sur les biens du donateur.) Par cette exception on a suivi en partie le droit Romain, qui vouloit que les donations qui n'excédoient pas la somme de cinq cens écus, fussent valables sans insinuation; *L.* 34, §. 1, *cod. de donat.*

Sur quoi il peut se présenter quelques difficultés, la discussion desquelles donne un entier éclaircissement à notre article. La premiere, si cette deuxieme exception doit avoir lieu seulement lorsque la donation est d'une somme d'argent, ou s'il faut l'appliquer à toute sorte de donations, lorsque la valeur des biens donnés n'excede pas la somme de 1000 livres. La deuxieme, si la donation étant faite d'une somme excédant 1000 livres, elle vaudra à concurrence de cette somme, en la déclarant nulle pour le surplus, ou si elle doit être rejettée pour le tout, faute d'insinuation. La troisieme, s'il faut que la somme soit actuellement payée, ou si la donation vaut, quoique la somme ne soit pas délivrée lors de la donation. Et la quatrieme, qui regarde la premiere exception, si dans les mots, *choses mobiliaires*, on peut comprendre les actions & les parties, lorsqu'elles sont réputées meubles par les usages des lieux.

Sur la premiere difficulté, il semble qu'on doit entendre notre article de toute sorte de donations, lorsque

BIU Cujas

la valeur des biens donnés n'excede pas la somme, parce qu'il a été tiré du droit Romain, selon lequel toutes les donations étoient bonnes, lorsque les biens donnés n'excédoient pas la valeur d'une certaine somme, aux termes de la loi 36, §. dernier *cod. de donat.* & de la novelle 162, *chap.* 1; & quand la donation étoit d'autre chose que d'une somme en argent, il falloit estimer la chose, pour savoir si elle excédoit la somme prescrite, selon *Peresius, sur le titre du cod. de donationib. n°. 29*, afin de la faire valoir à concurrence de cinq cens écus; mais il faut décider le contraire, parce que les mots, *une fois payée*, déterminent clairement qu'il faut, afin que la donation vaille, qu'elle soit faite d'une somme payable une seule fois; ce qui est d'autant plus indubitable, que *l'article VII de la déclaration du 17 Février* 1731 ayant ordonné que les donations qui n'excéderoient la somme de 1000 livres, seroient bonnes sans insinuation: Sa Majesté ayant compris la difficulté qui pourroit être mue, a ajouté à notre article les mots, *une fois payées*, pour lever la difficulté que la déclaration du 17 Février 1731 laissoit subsister.

Sur la deuxieme difficulté, on peut dire que le droit Romain, en la loi 35, §. 3, *cod. de donationib.* veut que la donation vaille à concurrence de la somme pour laquelle l'insinuation n'est pas requise; & par conséquent il faut dire la même chose dans les cas de notre article, qui doit être interprété par la loi Romaine, d'où il a été pris. Toutefois le contraire paroît plus conforme à l'intention du Législateur, qui a déclaré par *l'article XX* de la présente ordonnance, que toutes les donations seront sujettes à l'insinuation; & s'il a excepté celles qui n'excedent pas la somme de 1000 livres une fois payée, l'exception ne peut s'appliquer qu'aux donations qui sont d'une somme de 1000 livres, ou au-dessous, & celles qui excedent cette somme & dont le payement n'a pas été fait actuellement lors de la donation, se trouvent compriſes dans la regle générale, qui exige l'insinuation, à peine de nullité, sans compter que l'Acte étant indivisible, la nullité d'une partie influe sur le tout par l'argument de *l'article XV suprà.*

Que si les donations qui excédoient la somme fixée par les loix Romaines, valoient à concurrence de la somme pour laquelle l'insinuation n'étoit pas nécessaire, c'étoit parce que la loi l'avoit ainsi décidé en termes exprès, ce que notre ordonnannce n'a pas fait; or, si

BIU Cujas

le Législateur l'avoit entendu de même, il l'auroit ordonné ; ainsi on ne peut pas dire qu'aux termes de la présente ordonnance, la donation d'une somme qui excede 1000 livres, vaille à concurrence de cette somme ; mais elle sera nulle pour le tout, faute d'insinuation.

A l'égard de la troisieme difficulté, il faut décider que la donation qui n'excede pas la somme de 1000 liv. est bonne sans insinuation, soit que la somme donnée ait été payée ou non, & que le donataire peut en demander le payement, lorsque le terme sera échu ; la raison en est, parce que l'article VII de la déclaration du 17 Février 1731, qui a été faite pour expliquer l'ordonnance du même mois, ne distingue pas si la somme donnée est payée ou non lors de la donation ; & que dans le cas de la donation des choses mobiliaires, l'article exige une tradition réelle ; au lieu que dans le cas de la donation d'une somme qui n'excede pas 1000 livres, notre article n'exige pas de même la tradition réelle ; ce qu'il n'auroit pas manqué d'expliquer, si telle avoit été l'intention du Législateur ; que si le payement actuel étoit nécessaire, aux termes de notre article, sa seconde disposition auroit été inutile, parce que le payement est une véritable tradition qui devroit être comprise dans la premiere partie de l'article, ¶ sans compter que la particule, *on*, mise entre les deux dispositions, fait comprendre que la deuxieme est différente de la premiere, & cette différence consiste en ce que la tradition est nécessaire à l'égard des choses mobiliaires ; au lieu qu'elle ne l'est pas à l'égard de la donation d'une somme non excédant 1000 livres ; c'est une figure que les Grammairiens appellent *en allage*, payées pour payables, comme dans la loi 87, *13*, § 2, *ff. de pignorib.* il est dit *solutorum* pour *solvendorum*. ¶ On peut encore ajouter que le droit Romain veut que la donation vaille à concurrence de la somme pour laquelle l'insinuation n'est pas requise, soit que la somme ait été payée ou non, comme il paroît des loix ci-dessus rapportées ; c'est même l'esprit de la déclaration du Roi du 17 Février 1731, article VII, qui ne distingue point si la somme de 1000 livres, ou au-dessous, a été payée ou non.

La raison de douter touchant la quatrieme difficulté, est prise de ce que l'article exige une tradition réelle pour la validité de la donation des choses mobiliaires, sans insinuation ; ce qui ne peut pas se vérifier à l'égard des actions & des parties, qui sont des droits incor

BIU Cujas

porels, incapables par conséquent de tradition ; *l.* 43 §. 1, *ff. de acquir. rerum Dominio.* Cependant il faut tenir le contraire, parce que les mots, *choses mobiliaires*, employés dans cet article, comprennent généralement tout ce qui tient le rang des meubles, au nombre desquels on doit mettre les actions & les parties, selon les usages des lieux, comme je l'ai observé sur l'article XV *suprà* ; & quoique les droits incorporels ne soient pas susceptibles de tradition réelle & corporelle, ils sont néanmoins susceptibles de tradition par la signification de la donation que le donataire fait faire au débiteur ; laquelle signification saisit le donataire, suivant *l'article* 108 *de la coutume de Paris ; & Ferrieres, sur cet article*, §. 1 ; & par conséquent elle opere une tradition feinte, qui équipolle à la tradition corporelle des meubles corporels ; mais pour cela il faut que la donation soit signifiée aux débiteurs ; autrement elle seroit nulle, si elle n'étoit pas insinuée, à cause du défaut de tradition requise par notre article, & qu'elle excédât 1000 livres ; car autrement la tradition n'y est pas nécessaire.

Enfin il faut observer que si la même personne fait plusieurs donations en différens tems, en faveur du même donataire, qui n'excedent pas la somme de 1000 livres chacune, elles seront toutes valables sans insinuation, parce que chaque donation est une libéralité séparée, & un acte distinct, qui vaut du moment qu'il est fait ; voilà pourquoi on ne peut pas joindre ensemble le montant de toutes ces donations, afin de les rendre inutiles, en ce qu'elles excedent la somme pour laquelle l'insinuation n'est pas nécessaire ; *L. Sancimus* 34, §. *Si quis* 3, *cod. de donationibus.*

¶ *Ou quand elles n'excéderont pas la somme de* 1000 *livres une fois payée.*] Il semble d'abord que ces paroles de notre texte doivent s'entendre des choses mobiliaires, parce que le pronom relatif, *elles*, est plus proche des mots, *choses mobiliaires*, que du mot, *donations*, & que *ad proxima facienda est relatio*, *Glos.* 5, *æquè* 2, *verb. istæ quoque actiones*, *instit. de actionib.* Mais il faut dire le contraire, & rapporter le pronom, *elles*, au mot *donations*, soit parce que les paroles qui suivent, le déterminent clairement aux donations qui n'excéderont la somme de 1000 livres ; ce qui est évident par les mots, *une fois payée*, qui ne peuvent point se rapporter aux choses mobiliaires ; mais bien à la somme de 1000 livres, qui fait la matiere de la donation, soit parce que, selon

BIU Cujas

Dumoulin, sur la coutume de Paris, §. 20, *Glos.* 7, *n°.* 8, *& la Glos. sur la loi derniere*, §. *Titia quæ duos*, *ff. de liberat. lege*, *in dubio relatio debet fieri non ad immediatum verbum, seu ad qualitatem, seu accessionem, sed ad principalem dispositionem*; & il s'agit principalement des donations, & non des choses mobiliaires; je crois même qu'il faut entendre les paroles de notre texte, non-seulement des sommes non excédant 1000 livres, à prendre sur les biens du donateur, mais encore des dettes actives, à prendre sur un débiteur, par les raisons que j'ai touchées en examinant la quatrieme difficulté, & que les expressions de notre ordonnance sont indéfinies.

Au surplus, les paroles dont notre texte est conçu, font comprendre que la donation vaut sans insinuation, soit qu'elle ait été faite d'une somme fixe, non excédant 1000 livres, ou qu'elle soit comme en termes indéfinis, lorsque l'émolument n'excede pas la somme de 1000 liv. parce que la même raison milite dans l'un & l'autre cas. ¶

BIU Cujas

ARTICLE XXIII.

Dans quels Lieux l'Insinuation des Donations doit être faite.

Dans tous les cas où l'Insinuation est nécessaire, à peine de nullité, les Donations d'immeubles réels, ou de ceux qui, sans être réels, ont une assiette, selon les Loix, Coutumes ou Usages des Lieux, & ne suivent pas la personne du Donateur, *seront insinuées, sous ladite peine de nullité*, au Greffe des Bailliages ou Sénéchaussées Royales, ou autre Siege Royal, ressortissant nuement en nos Cours, tant *du domicile du Donateur*, que du lieu dans lequel les biens donnés sont situés, ou ont leur assiette; *& à l'égard des donations des immobiliaires qui n'ont point d'assiette, & suivent la personne*, l'Insinuation s'en fera seulement au Greffe du Bailliage ou Sénéchaussée Royale, ou autre Siege Royal, ressortissant nuement en nos Cours, du domicile du Donateur. Défendons de faire aucunes Insinuations dans d'autres Juridictions Royales ou dans les Justices Seigneuriales, même dans celles des Pairies; & en cas que le Donateur y ait son domicile, ou que les biens donnés y soient situés, l'Insinuation sera faite au Greffe du Siege qui a la *connoissance des cas Royaux*, dans le lieu dudit domicile, ou de la situation des biens donnés, *le tout à peine de nullité.*

OBSERVATIONS.

Cet article explique clairement dans quels lieux l'insinuation des donations doit être faite à l'avenir; ses dispositions sont prises en partie des anciennes ordonnances; il y déroge en partie, & y ajoute par des nouvelles dispositions. Comme cette matiere a été extrêmement sujette à variation, il ne sera pas indifférent de connoî-

BIU Cujas

tre ce qui a été ordonné dans les différentes occasions, & sur-tout dans les derniers temps, touchant les lieux où l'insinuation devoit être faite ; parce que cela donne lieu à plusieurs procès qui doivent être terminés, selon les loix qui étoient en vigueur, lorsque les donations ont été faites. ¶ La loi 25, *cod. de donationib.* en imposant la nécessité de l'insinuation des donations entre-vifs, se borne à dire qu'elle doit être faite *apud Judicem vel Magistratus ubi hàc leges expostulant ;* la loi 30 du même titre, veut que les donations qui étoient faites dans la ville de Constantinople, fussent insinuées *apud Magistrum censûs* ; mais celles qui étoient faites dans les Provinces, pouvoient être insinuées *apud Rectorem Provinciæ, sivè apud Magistratus, sivè apud Defensorem cujuscumque*, au choix du donateur ; mais cela fut changé dans la suite par la loi 32 du même titre, qui ôte ce choix au donateur, & veut que l'insinuation se fasse *apud Magistrum censûs tantummodò.* ¶

Pour ce qui est de notre droit, l'ordonnance la plus ancienne est celle de 1539, qui, dans *l'article CXXXII*, veut que les donations soient insinuées & enrégistrées aux Cours Royales & Juridictions ordinaires des parties & des choses données ; ce qui ayant fait douter si les Justices Seigneuriales étoient compriſes sous les termes de l'ordonnance de 1539, cette difficulté fut levée par la déclaration de 1549, & par *l'article LVIII* de l'ordonnance de Moulins, qui veulent que l'insinuation des donations soit faite aux Greffes des Sieges Royaux ordinaires de l'assiette des choses données, & du domicile des parties.

L'insinuation devoit donc être faite devant les Juges Bannerets, & non devant les Sénéchaux, à moins que les parties ne fussent nobles ; auquel cas l'insinuation pouvoit être faite aux Greffes des Sénéchaux, qui, selon l'édit de Cremieu, est le Juge ordinaire des nobles, comme l'a remarqué *M. Dolive, liv. 4, ch. 2.*

Il y eut encore du doute pour savoir si dans les villes où il y avoit Bailliage, ou Sénéchaussée & Prévôté, ou autre Judicature Royale, l'insinuation devoit être faite devant le premier Juge Royal ordinaire, ou devant le Baillif ou Sénéchal ; sur quoi la déclaration du 17 *Décembre* 1612, accorda la permission de faire l'insinuation devant le Baillif & Sénéchal, ou devant le premier Juge Royal de la même ville, indifféremment & sans distinction ; & ordonna que les donations & autres dispositions

BIU Cujas

ne pourroient être débattues par le défaut de l'insinuation qui seroit faite en l'un ou en l'autre de ces deux Sieges dans la même ville, soit qu'il s'agît des personnes ou biens nobles ou roturiers. *Voyez Henris, tom. 1, liv. 4, quest. 50; & M. Dolive, liv. 4, ch. 2.*

Les choses resterent dans cet état jusqu'à l'édit du mois de Décembre 1703 qui ordonna par *l'article IX*, que *toutes donations d'immeubles entre-vifs ou à cause de mort, seroient insinuées & enrégistrées aux registres des Greffes des insinuations, tant du lieu du domicile des donateurs, que de ceux où les immeubles seront situés, sans préjudice de la publication des substitutions prescrites par les ordonnances;* par où l'insinuation qui devoit être faite aux Greffes des Juges Royaux, fut supprimée.

Il est porté par *l'article XIX* du même édit de 1703, qu'il ne sera établi dans les villes où il y a Bailliage & Prévôté, ou autre Justice Royale ordinaire, qu'un seul Greffe des insinuations, auquel les donations & autres contrats seront insinués; & au cas que les parties se trouvent domiciliées, ou que les biens soient situés dans l'étendue des Justices appartenant à des Seigneurs particuliers, l'insinuation sera faite aux Greffes qui seront établis dans les Bailliages, Sénéchaussées & autres Justices Royales, où ressortissent ces Justices; & en cas qu'elles ressortissent aux Cours de Parlement, aux Greffes des insinuations des Bailliages & autres Sieges Royaux, à qui la connoissance des cas Royaux appartiendra dans l'étendue desdites Justices.

Le 19 Juillet 1704, il fut donné une déclaration, qui porte à *l'article XXII*, que *tous les actes sujets à l'insinuation, en conséquence de nos édits des mois de Décembre 1703, & Mars 1704, & des présentes, seront insinuées & enrégistrées ausdits Greffes; (c'est-à-dire, des Insinuations laïques) sans le ministere des Juges ni des Procureurs, & sans que les Greffiers en chef de nos Cours, & Juges Royaux, puissent s'y immiscer, ni porter aucun trouble aux Greffiers des insinuations; lesquels signeront seuls les actes des insinuations. Permettons audit Miger, chargé de la vente desdits offices de Greffier des insinuations, ses Procureurs & Commis, & autres ayant ses droits, & aux pourvus desdits offices, de commettre, sur leurs simples procurations, à l'exercice d'iceux, pour la facilité du public dans le ressort du Siege de leur établissement, un, ou plusieurs Commis, dont ils demeureront civilement responsables, lesquels auront serment en Justice, dérogeant à cet égard à l'article XIX de notre édit du mois de Décembre 1703.*

BIU Cujas

1703. Il faut observer que cette dérogation se rapporte seulement à la permission d'établir des Commis pour faire les insinuations dans les Justices Seigneuriales, & non à la faculté de faire les insinuations au Bureau principal du Bailliage ou Sénéchaussée ; car le pouvoir du Commis ne doit pas exclure celui du commettant. ¶ La forme de cette insinuation étoit de représenter au Greffier ou Commis une expédition de l'acte de donation, pour être enrégistrée par extrait seulement, en conformité de l'article III de l'édit du mois de Décembre 1703, comme il est porté par l'article I de la déclaration du 19 Juillet 1704. ¶

Dans la suite on fit naître la difficulté, si les insinuations faites dans les bureaux établis aux lieux dépendans des Justices Seigneuriales, appellés arrondissement, en conséquence de la déclaration du 19 Juillet 1704, étoient valables : le Parlement de Paris n'ayant pas voulu la décider, & ayant ordonné que les parties se retireroient devers Sa Majesté pour leur être pourvu ; ce fut pour lever cette difficulté, & pour assurer la validité des insinuations faites & à faire aux bureaux des insinuations laïques, que la déclaration du 30 Novembre 1717, ordonna que toutes les insinuations qui avoient été faites jusques alors, ou qui le seroient à l'avenir aux bureaux établis en conséquence de la déclaration du 19 Juillet 1704, seroient aussi valables que si elles avoient été faites dans les Justices Royales ; & cette déclaration a été confirmée par celle du 25 Juin 1729, dont la teneur a été rapportée à la fin des observations sur l'article XXI.

Il paroît des édits & déclarations du Roi dont je viens de parler, 1°. Que l'insinuation des donations devoit être faite, tant dans les bureaux de la situation des immeubles donnés, que dans ceux du domicile du donateur, & que l'insinuation à l'un ou à l'autre ne suffit pas. 2°. Qu'il n'étoit pas nécessaire que l'insinuation fût faite dans le chef-lieu de l'exercice du Greffe des insinuations, & que l'insinuation faite aux bureaux de l'arrondissement des Justices Seigneuriales, ou des Villes Royales, par le Commis, en vertu de la déclaration du 19 Juillet 1704, étoit bonne & valable, quoiqu'il soit vrai que l'insinuation faite au Greffe du chef-lieu, c'est-à-dire, du Bailliage ou Sénéchaussée où ressortissent les Justices dans l'étendue desquelles les biens donnés, & les personnes des donateurs étoient situés, fussent éga-

BIU Cujas

lement bonnes & valables, suivant l'édit de 1703, qui a été confirmé par la déclaration du 25 Juin 1739. 3°. Que l'insinuation faite dans les lieux dépendans des Justices des Seigneurs particuliers, appellés arrondissement, étoient aussi valables que si elles avoient été faites dans les Greffes des Justices Royales. 4°. ¶ Qu'il n'étoit pas nécessaire de transcrire tout au long l'acte de donation, il suffisoit de l'enrégistrer par extrait; c'est-à-dire, en faisant mention du donateur, du donataire, des choses données, & du nom du Notaire qui avoit retenu l'acte de donation, ainsi que l'usage avoit expliqué l'édit de 1703, & la déclaration de 1704. ¶ 5°. Que l'insinuation devoit être faite dans les bureaux de l'arrondissement du domicile du donateur, & de chacun des immeubles donnés, & non à d'autres bureaux, excepté celui du Bailliage ou de la Sénéchaussée.

Cette derniere observation a été autorisée par un arrêt du Parlement de Toulouse, en cette espece : le sieur Chevalier de Tournon, dans le contrat de mariage d'entre le sieur Vendries, & la Demoiselle d'Aurout, du 16 Septembre 1716, fit donation à la Demoiselle d'Aurout sa niece, de la moitié de la terre de Tournon, avec ses appartenances : ce contrat de mariage fut insinué au bureau des insinuations laïques de la ville de Mirande, où le donateur ne faisoit point sa résidence, les biens donnés n'y étoient pas situés, & ce n'étoit pas le bureau de l'arrondissement.

Postérieurement, & les 2 & 7 Novembre 1724, le sieur de Castelbajac, qui avoit signé le contrat de mariage contenant donation, acheta du sieur Chevalier de Tournon, son oncle, les mêmes biens compris dans la donation contractuelle, au prix de 12000 livres, dont il rapportoit des quittances.

Cet acquéreur forma instance devant le Sénéchal d'Auch, contre le sieur d'Aurout & le sieur Vendries pere, mari de la donataire, en délaissement des biens par lui acquis : on lui opposa la donation insinuée au bureau de Mirande, qui devoit équipoller à l'insinuation faite aux Greffes des Juges Royaux, suivant *l'article I de la déclaration du 30 Novembre 1717*, & qu'ayant signé la donation, il en avoit une connoissance personnelle, qui faisoit que l'insinuation n'étoit pas requise à son égard, suivant *Coquille, sur la coutume de Nivernois, tit. des donations, article 8, & dans sa question 165; Boniface, tom. 1, liv. 7, tit. 2, ch. 14; & Theveneau, sur les ordonnances, liv. 2, tit. 6, article 3, verb. autrement seront nulles.*

BIU Cujas

Au contraire l'acquéreur disoit que l'insinuation étoit nulle & inutile pour n'avoir pas été faite dans les bureaux de l'arrondissement du domicile du donateur, & de la situation des biens donnés, conformément aux édits dont j'ai parlé, & que la déclaration du 30 Nov. 1717, étant relative à celle du 19 Juillet 1704, & celle-ci étant aussi relative à l'édit de 1703, afin que l'insinuation pût lui être opposée, il auroit fallu qu'elle eût été faite aux bureaux du domicile du donateur, & de la situation des biens donnés.

Pour ce qui est de la signature du contrat, il disoit qu'elle ne faisoit rien, parce que la connoissance personnelle qu'on peut avoir d'une donation, n'empêche pas qu'on ne puisse opposer le défaut d'insinuation, par les raisons qui sont expliquées par *Ricard, des donations, tom. 1, part. 1, n°. 1252.*

Sur ces contestations, le Sénéchal d'Auch rendit Sentence le 5 Février 1726, qui débouta l'acquéreur de sa demande; mais en ayant appellé au Parlement de Toulouse, il fut rendu arrêt le 24 Mai 1728, en la deuxieme Chambre des Enquêtes, au rapport de M. de Bousquet, Magistrat respectable à tous égards, par lequel la sentence fut réformée, & le sieur de Castelbajac, acquéreur, fut maintenu aux biens acquis, nonobstant la donation antérieure.

Cet arrêt a donc jugé deux questions importantes. La premiere, que l'insinuation faite hors du lieu de l'arrondissement, ne peut pas être opposée à un tiers-acquéreur. Et la deuxieme, que la connoissance que l'acquéreur peut avoir de la donation, pour y avoir été présent, & l'avoir signée, n'équipolle pas à l'insinuation, & n'empêche pas la validité des ventes faites postérieurement par le donateur. ¶ Toutefois si le donataire avoit opposé l'exception de dol & de fraude, & s'il s'étoit pourvu en cassation de la vente, comme faite en fraude de la donation, il auroit fallu, en cassant la vente, laisser subsister la donation, & adjuger les biens au donataire; car c'étoit une Jurisprudence certaine au Parlement de Toulouse, attestée par *M. d'Olive, liv. 4, ch. 28*, & par les autres Auteurs, autorisée par la déclaration du Roi du 17 Novembre 1690, que la donation, quoique non-insinuée, étoit bonne, par rapport au donateur, & à ses héritiers & donataires postérieurs. Or, la validité de la donation faisoit que le donateur ne pouvoit point y donner atteinte directement ni indirectement, sans faire fraude à la donation; en sorte que l'acquéreur qui avoit

BIU Cujas

connoissance de la donation, ayant participé à la fraude; ç'auroit été le cas de casser la vente frauduleuse; *leg. 10, & tot. tit. ff. quæ in fraud. cred. leg. 1, §. 3, & tot. tit. ff. quid in fraud. patroni*, la fraude étant un vice plus essentiel, & qui affectoit plus la vente, que le défaut d'insinuation n'affectoit la donation, qui, suivant la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, ne laissoit pas de valoir; au lieu que tout ce qui est fait en fraude est nul, & doit être révoqué; car, selon les regles du for intérieur & du for extérieur, on ne peut pas acheter valablement une chose que l'on connoît n'appartenir pas au vendeur: *Silvester in summâ, verbo, emptio, n°. 5, & verb. restitutio 2, Rebellus de obligat. justitiæ, lib. 9, quæst. 17, section. 3, n°. 26; Molina, de justitia & jure, tractat. 2, disput. 308, n°. 17; & Navarre, dans son Manuel, cap. 17, n°. 10.* Or, la donation qui est valable entre le donateur & le donataire, étant un titre capable de transférer la propriété, celui qui achete les biens donnés, connoissant la donation, achete de mauvaise foi de celui qu'il connoît n'être pas le propriétaire, en fraude du donateur; voilà pourquoi il est obligé à la restitution dans le for intérieur, & son achat est nul, quant au for extérieur, *omne autem quodcumque in fraudem patroni gestum est revocatur, leg. 1, §. 3, ff. si quid in fraudem patroni.* ¶

Depuis est survenu la déclaration du 17 Février 1731, registrée au Parlement de Toulouse le 7 Avril de la même année, qui veut que *les donations soient insinuées; savoir, celles d'immeubles réels ou d'immeubles fictifs, qui ont néanmoins une assiette aux bureaux établis pour la perception des droits d'insinuations, près les Bailliages ou Sénéchaussées Royales, ou autre Siege Royal, ressortissant aux Cours de Parlement, tant du lieu du domicile du donateur, que de la situation des choses données; & celles des meubles ou des choses immobiliaires qui n'ont point d'assiette, aux bureaux établis près lesdits Bailliages, Sénéchaussées ou autre Siege Royal, ressortissant nuement aux Cours du lieu du domicile du donateur seulement; & au cas que le donateur eût son domicile, ou que les biens donnés fussent situés dans l'étendue des Justices Seigneuriales, l'insinuation sera faite aux bureaux établis près le Siege qui a la connoissance des cas Royaux dans l'étendue desdites Justices; le tout dans le temps, & sous les peines portées par l'ordonnance de Moulins, & la déclaration du 17 Novembre 1690.* Elle porte encore: *Déclarons nulles, & de nul effet, toutes les insinuations qui seroient faites à l'avenir en d'autres Jurisdictions, dérogeant à tous édits & déclarations à ce contraires.*

BIU Cujas

Lorſque notre Ordonnance, quoique poſtérieure à la déclaration du 17 Février 1731, puiſqu'elle en fait mention dans *l'article XXV*, ¶ parle de l'inſinuation qui doit être faite au regiſtre des Greffes des Bailliages, Sénéchauſſées, & autres Sieges Royaux, déſignés par l'article XXIII, elle ne déroge pas à la déclaration du 17 Février 1731, qui a ordonné que l'inſinuation ſeroit faite aux bureaux des inſinuations laïques, près les Bailliages & Sénéchauſſées Royales, parce que ce regiſtre eſt celui des Bailliages & Sénechauſſées, où il doit être remis, & dont le Commis prête le ſerment entre les mains d'un Officier du Bailliage ou Sénéchauſſée.

Ainſi cet article, de même que l'article XXIV, s'exécutent aujourd'hui en cette forme: le regiſtre dans lequel l'inſinuation doit être faite, eſt coté & paraſé par le Lieutenant-Général, Juge-Mage des Sénéchauſſées, ou par le premier Officier des Bailliages Royaux; il eſt enſuite remis à un Commis au Bureau des inſinuations laïques de la Ville où eſt le Siege du Bailliage ou Sénéchauſſée, auquel on fait prêter le ſerment; & c'eſt ſur ce Regiſtre que doivent être tranſcrites les donations en la forme expliquée par l'article XXIV: ce regiſtre doit être dépoſé au Greffe du Bailliage ou Sénéchauſſée, quand il eſt rempli: en obſervant cette forme, on eſt diſpenſé de faire faire la publication & enrégiſtrement devant les Officiers du Bailliage ou Sénéchauſſée, & la ſeule tranſcription dans le regiſtre dont on a parlé, qui eſt le véritable regiſtre du Greffe du Bailliage ou de la Sénéchauſſée, ſuffit pour la validité des donations; c'eſt ainſi que l'on a entendu la déclaration du 17 Février 1731, & l'article XXIV de la préſente ordonnance; il faut même prendre garde que les inſinuations qui ſeroient faites en d'autres Juriſdictions, ſont déclarées nulles, avec dérogation expreſſe à tous édits & déclarations à ce contraires, par l'article I de la déclaration du 17 Février 1731; ainſi l'inſinuation faite au véritable Greffe du Bailliage ou Sénéchauſſée, dans tout autre regiſtre que celui qui eſt deſtiné à cet effet, ſeroit nulle, du moins depuis l'arrêt de Réglement du Parlement de Toulouſe, du 3 Juin 1740, qui paſſe l'éponge pour le paſſé ſur les inſinuations faites aux regiſtres des Greffes des Sénéchaux. On joint ici la copie d'une lettre écrite par M. le Chancelier à M. Lemazuyer, Procureur-Général au Parlement de Toulouſe, du 10 Septembre 1739, qui confirme les réflexions ci-deſſus.

BIU Cujas

MONSIEUR,

Les plaintes de la Dame de Partanaix, dont vous m'avez rendu compte par votre lettre du 2 de ce mois, ſont bien fondées ; & j'en porte le même jugement que vous.

Les donations ne ſont ſujettes qu'à l'inſinuation, & il n'y a que les ſubſtitutions qui exigent néceſſairement la ſolemnité de la publication ; ainſi les Officiers des Sénéchauſſées de Toulouſe & de Caſtelnaudary, n'ont pu obliger la Dame de Partanaix à faire faire une publication inutile ; & ils doivent d'autant plus reſtituer les droits qui leur ont été payés à cette occaſion, que, comme vous le remarquez fort bien, il ne leur en ſeroit dû aucuns, quand même la publication auroit été néceſſaire ; * c'eſt ce que je vous prie de faire ſavoir aux Juges-Mages de ces deux Sénéchauſſées ; & il convient que ce ſoit par vous qu'ils ſoient informés du jugement que j'ai porté ſur leur conduite en cette occaſion.

Au ſurplus, le doute que vous me propoſez ſur le lieu où les donations peuvent être inſinuées, n'eſt pas difficile à réſoudre : il n'y a point de doubles inſinuations à faire, par rapport aux donations ; la déclaration du 17 Février 1731 eſt très-claire ſur ce point, & il n'y a qu'à ſuivre ſa diſpoſition littérale : il eſt vrai que ſuivant l'article XXIV de l'ordonnance de 1731, ſur les donations, elles doivent être inſinuées dans les Bailliages ou Sénéchauſſées, & la déclaration du 17 Février n'y a porté aucun changement ; elle a ſeulement expliqué plus en détail la maniere de faire cette inſinuation, pour concilier ſur ce point les regles de la juſtice, avec les établiſſemens qui y ont été faits dans des vues de finance. Comme ſuivant ces dernieres vues il y a un Bureau d'inſinuation établi auprès de chaque Bailliage ou Sénéchauſſée, on a voulu que ce fût le commis de ce Bureau qui tînt le regiſtre, dans lequel les donations ſeroient enrégiſtrées ; mais il n'agit en cela que comme repréſentant le Greffier du ſiege ; & c'eſt pour cette raiſon qu'il a été ordonné par l'article II de la déclaration, que les commis des Bureaux dont il s'agit ſeroient tenus de prêter ſerment par devant le Lieutenant-Général du Bailliage ou de la Sénéchauſſée, par lequel le regiſtre des inſinuations ſeroit coté & paraphé. C'eſt auſſi dans le même eſprit qu'il eſt porté par l'article IV de la

* *Article VIII de l'Edit des Epices de* 1673.

BIU Cujas

même déclaration, que les regiſtres des inſinuations ſeront clos & arrêtés à la fin de chaque année par le Lieutenant-Général, ou par l'Officier qui le repréſente en ſon abſence, & que quatre mois après, ces regiſtres ſeront remis au greffe du ſiege; à quoi faire les commis des Bureaux ſeront contraints par corps, à la diligence des ſubſtituts des Procureurs-Généraux.

Ainſi, d'un côté l'inſinuation doit ſe faire aux Bailliages ou Sénéchauſſées. De l'autre, ce ſont les commis des Bureaux établis auprès de ces ſieges qui doivent faire l'inſinuation ou l'enrégiſtrement; mais comme ayant prêté ſerment au premier Officier de ces ſieges, & ſur des regiſtres qui ont été cotés & paraphés par lui, & qui doivent être dépoſés à la fin de chaque année au greffe des mêmes ſieges; en ſorte qu'il ne doit jamais y avoir qu'une ſeule inſinuation, ou un ſeul enrégiſtrement dans la forme que je viens d'expliquer; & je ne comprends pas ſur quoi a pu être fondée l'opinion de ceux qui ont cru qu'il devoit y avoir un double enrégiſtrement, ou une double inſinuation, quoique rien ne ſoit plus contraire à l'article XXIV de l'ordonnance ſur les donations, ſoit à la lettre ou à l'eſprit de la déclaration du 17 Février 1731. Leur erreur eſt venue apparemment de ce qu'ils n'ont pas compris que dans cette matiere, le Bureau des inſinuations ne devoit être conſidéré que comme une ſuite & acceſſoire du greffe du Bailliage ou de la Sénéchauſſée; parce que, comme je l'ai déja dit, le commis du Bureau ne fait qu'exercer la fonction que le Greffier rempliroit, ſi l'on n'avoit point établi les Bureaux d'inſinuation.

J'ai cru devoir m'expliquer avec quelque étendue ſur ce ſujet, non-ſeulement pour faire ceſſer dans votre eſprit un doute, dont il m'a paru que vous étiez frappé juſques à un certain point, mais pour vous mettre en état de faire connoître dans tout votre reſſort la regle qu'on doit ſuivre dans cette matiere, & d'empêcher que l'on n'abuſe de l'ignorance des parties, pour les engager à faire faire des doubles enrégiſtremens, & payer auſſi des doubles droits.

Je ſuis,

MONSIEUR,

Votre affectionné Serviteur,
DAGUESSEAU, *ſigné.*

A Paris, le 10 *Septembre* 1739. ¶

BIU Cujas

Dans tous les cas où l'insinuation est nécessaire, à peine de nullité.] La regle établie par *l'article XX*, est que l'insinuation est nécessaire pour la validité de toute sorte de donations, excepté pour celles qui en sont dispensées, & dont j'ai fait le détail dans mes observations sur *l'article XX*: les termes, *à peine de nullité*, que l'on trouve dans cet endroit de notre article, ont été ajoutés relativement aux *articles XXI & XXII suprà*, & à la déclaration du 17 Février 1731, qui exigent l'insinuation des conventions matrimoniales aux Bureaux Laïques, & des choses mobiliaires, quand il y a tradition réelle, ou quand la donation n'excede pas 1000 livres, une fois payées, sans pourtant que le défaut d'insinuation emporte nullité, & pour éviter la contrariété entre cet article & celui que j'explique.

Les donations des immeubles réels.] Il y a de deux sortes d'immeubles réels; savoir, ceux qui sont proprement immeubles; c'est-à-dire, qui ne peuvent pas être transportés d'un lieu à un autre, comme sont les champs. Et les autres, qui à la vérité, peuvent être transportés; mais en les détruisant, comme les maisons & bâtimens: les maisons & édifices sont des immeubles réels, parce que *solo cedunt*, & font partie du fonds auquel ils sont attachés. Selon *Ferrieres*, *sur la coutume de Paris*, *article 326*, *glos. 1*, §. 1, n°. 2, les véritables immeubles sont les héritages de quelque nature qu'ils soient, compris sous ces mots, *prædia rustica & urbana.*

Ou de ceux qui sans être réels, ont une assiette.] La déclaration du 17 Février 1731 s'exprime plus laconiquement, en les appellant fictifs. Les immeubles par fiction, sont les biens qui ne sont pas véritablement immeubles, mais qui en ont la qualité; ce qui arrive par deux causes. La premiere, lorsque ce qui n'est pas véritablement immeuble, a du rapport à l'immeuble. La deuxieme, par convention ou stipulation; *Ferrieres*, au lieu préallégué, ou par coutume.

Notre article suppose qu'il y a des immeubles fictifs qui suivent la personne du donateur, & d'autres qui ne la suivent pas; & ceux-ci ont une assiette réelle, ou par fiction. Les immeubles fictifs corporels ont assiette réelle; ceux qui sont incorporels ne peuvent avoir d'assiette que par fiction, & autant qu'ils sont censés attachés à un immeuble réel: comme le nombre de ces immeubles fictifs est presque infini, & qu'il n'est pas possible d'en faire une énumération exacte, à cause des

BIU Cujas

différentes coutumes, il suffira d'en donner quelques exemples.

On peut mettre au nombre des immeubles fictifs qui ont une assiette réelle, les bestiaux servant à la culture des terres, parce qu'ils font partie du domaine à la culture duquel ils sont destinés; *L. 4, ff. de servit. prædior. rusticorum; M. Dolive, liv. 5, ch. 21; & Henris, tom. 2, liv. 4, quest. 45.* Les grandes cuves ou tonnes appellées *tines* en Languedoc, qui sont réputées immeubles, & faire partie du Cellier; *M. Dolive*, au lieu préallégué; le pressoir construit dans une maison; les ustensiles tenant à fer ou à clou, ou avec plâtre; les artilleries, fauconneaux, & autres choses destinées à la défense d'un Château, ou maison forte; *l'Homeau, dans sa Jurisprudence Françoise, article 31*; les ornemens de la chapelle d'un Château; *Automne, sur la loi 2, cod. de rescind. venditione.* Le fonds ou cabal de marchandise, qui est réputé immeuble, suivant *Ferron, sur la coutume de Bourdeaux, lib. 2, tit. 5, §. 3; & Geraud, des droits Seigneuriaux, liv. 2, chap. 4, nº. 27; la loi cùm tabernam 34, ff. de pignor.* ne décide pas le contraire, quoique Mornac, dans son commentaire sur cette loi, l'ait cru. Sur cette matiere, il faut avoir recours aux coutumes, & sur-tout à celle de Paris, depuis l'article 88, jusques à l'article 96; au commentaire de Me. Claude de Ferrieres, qui a pris soin de traiter les questions, & d'indiquer les Auteurs: il faut encore voir *la coutume de Normandie, & les observations de Basnage, depuis l'article 504, jusqu'à l'article 621; & Pontanus, sur celle de Blois, tom. 2, pag. 81, & suiv.*

Mais les navires & autres vaisseaux de Mer, les moulins flottans, & les bateaux qui sont sur les rivieres, sont-ils réputés immeubles? Par un Edit du mois d'Octobre 1666, rapporté par *Boniface, tom. 4, pag. 691*, les navires, fregates, bateaux & autres vaisseaux, de quelque grandeur, nature & qualité qu'ils puissent être, étoient censés & réputés meubles, & susceptibles d'hypotheques, sans pouvoir être saisis, vendus ou adjugés, ni les deniers qui en proviendroient, distribués d'autre façon ni maniere que ceux qui proviennent de la vente des autres meubles; mais cela a été changé en partie par l'ordonnance de la Marine, du mois *d'Août* 1681, *liv. 1, tit. 14*, où il est déclaré que tous les navires & autres vaisseaux pourront être saisis & décrétés par autorité de justice, & les formalités de ces décrets

BIU Cujas

ſont preſcrites dans les articles de ce titre. Le Commentateur ſur l'article I du même titre, dit que les navires ſont réputés meubles & choſes mobiliaires; & néanmoins ils ſont cenſés immeubles, quant à la forme de le faire vendre par décret. *Voyez Brodeau, ſur M. Louet, lettre M, ſommaire 13.*

Selon *M. de Catellan, liv. 5, ch. 33; & Graverol, ſur M. Larroche, verb. hypotheque, article 5,* les bateaux ſur les rivieres ſont réputés meubles : pour ce qui eſt des moulins à nef, les Auteurs uſent de diſtinction, que l'on peut voir dans *Brodeau, ſur M. Louet, lettre M, ſommaire 13; Mornac, ſur la loi 1, §. 1, ff. de tributoria; Automne, ſur la coutume de Bourdeaux; Chopin, & pluſieurs autres.*

Les immeubles fictifs qui ne ſuivent pas la perſonne, quoiqu'ils ſoient incorporels, ſont entr'autres les rentes foncieres, parce qu'elles ſont cenſées attachées aux fonds qui les doivent, ſuivant *Ferrieres ſur la coutume de Paris, article 284, gloſ. 2, §. 4, n°. 11.* Voilà pourquoi dans le Languedoc où les tailles ſont réelles, ces rentes ſont compéſiées & miſes à la taille quand elles ſont roturieres; *M. Philippi, in ſumma munerum, n°. 75;* les dîmes inféodées & toute ſorte de droits perpétuels, comme ſont les péages, paſſages, pontanages, & autres droits ſemblables; *Gregorius-Toloſanus, in ſintagmata Juris, lib. 1, cap. 9, n°. 11,* parce que ces droits ont leur aſſiette aux endroits où ils ſont perçus.

Seront inſinuées ſous ladite peine de nullité.] Les donations des immeubles réels ou fictifs doivent être inſinuées aux Greffes des Bailliages ou Sénéchauſſées Royales, tant du domicile des donateurs, que de la ſituation ou aſſiette des choſes données; & il ne ſuffiroit pas de faire l'inſinuation dans l'un ou l'autre des deux endroits; que ſi les donateurs ou les biens donnés ſont ſitués dans pluſieurs Bailliages ou Sénéchauſſées, il faudra faire l'inſinuation dans les Greffes de tous les Bailliages ou Sénéchauſſées Royales, autrement elles ne pourront ſubſiſter que pour les biens ſitués dans les Sénéchauſſées où l'inſinuation a été faite, quoiqu'il fût queſtion de pluſieurs Seigneurs, & que la principale fût ſituée dans la juriſdiction où l'inſinuation a été faite, ſelon *M. Maynard, liv. 2, ch. 56, liv. 6, ch. 65; M. de Cambolas, liv. 4, ch. 21; & M. Dolive, liv. 4, ch. 1 : toutefois Ricard, tom. 1, partie 1, n°. 1217; & Ferrieres, ſur la coutume de Paris, article 284, gloſ. 2, §. 4, n°. 14 & 15,* ſemblent être d'un ſentiment contraire; mais ils ne le

BIU Cujas

ſont pas en effet, ils diſent ſeulement que quand il s'agit d'une Seigneurie, de laquelle dépendent pluſieurs domaines, l'inſinuation faite dans la juriſdiction où le principal manoir ſe trouve ſitué, ſert pour toutes les dépendances, quoique ſituées dans une autre juriſdiction où l'inſinuation n'a pas été faite; ce qui eſt vrai.

La peine de nullité eſt indite, lorſque l'inſinuation eſt faite devant le Juge incompétent; ainſi elle doit être conſidérée, tout de même que s'il n'y en avoit point, par la raiſon de la loi 6, *ff. qui ſaltidare coguntur. Godefroi, ſur la loi* 32, *cod. de donat.* remarque que l'inſinuation faite devant un Juge incompétent, eſt inutile, & les arrêts du Parlement de Paris rapportés par *Chopin, ſur la coutume de Paris, liv.* 2, *tit.* 3, *n°.* 16; *& par Ricard, des donations, tom.* 1, *part.* 1, *ch.* 4, *ſect.* 3, *gloſ.* 5, *l'avoient jugé de même.*

¶ *Du domicile du donateur.*] Ceci doit s'entendre du véritable domicile d'habitation, & non de celui d'honneur, ou à raiſon de quelque charge ou office, parce que notre texte entend parler du domicile réel, & non du fictif; que ſi le donateur avoit deux ou pluſieurs domiciles de réſidence ſucceſſive; c'eſt-à-dire, qu'il demeurât partie de l'année dans un lieu, partie dans un autre, il devroit ſuffire que l'inſinuation fût faite au Greffe du Bailliage ou Sénéchauſſée de l'un ou de l'autre, par l'argument de la *loi* 5, *& de la loi* 6, §. 2, *ff. ad municipalem & de incolis;* le plus sûr eſt néanmoins de faire l'inſinuation au Sénéchal du domicile déclaré par le donateur dans l'acte de donation; mais ſi le donateur a changé de domicile depuis la donation, où faudroit-il faire l'inſinuation? Selon *Ferrieres, ſur l'article* 284 *de la coutume de Paris, gloſ.* 2, §. 4, *n°.* 8, il faut ſe régler par rapport au domicile du donateur, au tems de l'inſinuation, qui ſeroit nulle, ſi elle étoit faite ailleurs; *Ricard, tom.* 1, *part.* 1, *n°.* 1212, uſe de diſtinction; ou l'inſinuation eſt faite dans les quatre mois, auquel cas on doit ſuivre le domicile que le donateur avoit au tems de la donation; mais ſi c'étoit après les quatre mois, l'inſinuation devroit être faite au nouveau domicile. Il me ſemble que ces opinions ſont également mal fondées, & que, ſelon l'eſprit de notre article, il ſuffit que l'inſinuation ſoit faite au domicile que le donateur avoit lors de la donation. S'il en étoit autrement, il pourroit arriver que le donataire, ignorant le changement du domicile, feroit inſinuer de bonne foi au premier domi-

BIU Cujas

cile, sous la foi des ordonnances; cependant la donation seroit nulle par une espece de cas fortuit; ce qui ne seroit pas juste, parce que dans le doute il faut faire valoir l'acte; & il suffit qu'on ait satisfait à la formalité, eu égard à l'état où étoient les choses au tems de la donation, qui est le véritable point fixe.

On peut demander encore, si lorsque la donation est de tous les biens présens & à venir, l'insinuation faite dans le Bailliage ou Sénéchaussée du domicile du donateur, & de la situation des biens existans lors de la donation, vaut pour les biens acquis postérieurement, qui sont situés dans une autre Juridiction; *Brodeau, sur M. Louet, lettre D, Somm.* 10, *n°.* 4, rapporte deux arrêts des 12 Août 1600, & 30 Mars 1620, qui ont jugé que la donation étoit nulle pour les biens acquis, si elle n'étoit insinuée dans la Juridiction où ils étoient situés; mais *Bacquet, des droits de Justice, ch.* 21, *n°.* 384, en rapporte un autre, qui a jugé que l'insinuation faite au domicile du donateur, & au lieu où les biens présens étoient situés, étoit suffisante, même pour les biens acquis postérieurement, quoique situés dans une autre Juridiction. Notre ordonnance décide cette difficulté, selon l'opinion de Baquet; en effet, 1°. Elle permet les donations des biens à venir, quand elles sont faites en contrat de mariage, en faveur des conjoints ou de leurs descendans. 2°. Elle veut que l'insinuation se fasse dans les quatre ou les six mois, suivant la distinction des anciennes ordonnances. 3°. Elle donne à entendre que l'insinuation faite dans les quatre mois est valable pour tout le contenu en la donation, & par conséquent il ne faut point de nouvelle insinuation, quoique le donateur acquiere d'autres biens situés dans une Juridiction différente; cela est même fondé en raison; car puisque la donation est censée connue par l'insinuation faite aux Juridictions du domicile du donateur, & de la situation des biens présens, elle est censée connue de même, par rapport aux biens à venir, qui sont compris dans ce même acte; ainsi toute autre insinuation est superflue. *V. Ferrieres sur l'article* 284 *de la coutume de Paris, Glos.* 2, §. 4, *n°.* 17. ¶

Et à l'égard des choses mobiliaires, même des immobiliaires qui n'ont point d'assiette, & suivent la personne.] Il suffit que l'insinuation soit faite au Greffe du Bailliage ou Sénéchaussée Royale où le donateur a son domicile, lorsque la donation est des choses mobiliaires, soit qu'il

BIU Cujas

s'agiſſe des meubles corporels ou incorporels, même d'une ſomme de deniers à prendre ſur les biens du donateur, quand elle excede 1000 livres, & que la ſomme n'eſt pas délivrée lors de la donation ; ce qui corrige la déciſion de pluſieurs auteurs qui avoient cru que dans ce cas il falloit inſinuer la donation d'une ſomme devant le Juge où étoient ſitués les biens qui étoient hypothéqués pour le payement de la ſomme donnée.

La même choſe doit être obſervée, quoiqu'il s'agiſſe des immeubles fictifs qui n'ont point d'aſſiette, & qui ſuivent la perſonne, comme ſont les deniers immobiliſés par convention, ou les rentes conſtituées dans les pays où elles ſont miſes au rang des immeubles, comme le décide *Ferrieres ſur la coutume de Paris, article 284, Gloſ. 2, §. 4, n°. 12*, parce que l'action perſonnelle que ces rentes produiſent, prévaut ſur l'hypotheque. Voilà pourquoi elles ſe réglent par la coutume du lieu où réſide le créancier, & non par celle où les héritages, hypotheques ſont ſitués, ſuivant *Charondas, liv. 11, réponſe 42, liv. 12, réponſe 27 ; Mornac, ſur la loi 50, §. 2, ff. de judiciis ; l'Auteur du Journal des Audiences, tom. 1, liv. 1, ch. 55*, & tous les Auteurs du pays coutumier. Toutefois dans la coutume de Toulouſe, lorſqu'il s'agit de régler la ſucceſſion de la mere ſur les biens de ſon fils, on conſidere les dettes actives, & les rentes conſtituées, eu égard au lieu du domicile du débiteur, & non par rapport à celui du créancier, ſuivant *Ferrieres, ſur la queſt. 341 de Guipape ; & M. Dolive, liv. 5, ch. 33* ; mais notre article renferme un argument bien formel contre cette Juriſprudence du Parlement de Toulouſe, puiſqu'il ſuppoſe que les meubles, & même les immeubles fictifs, qui n'ont point d'aſſiette, ſuivent la perſonne du donateur ; ce qui eſt conforme, à l'égard des meubles, au ſentiment *d'Argentré, ſur la coutume de Bretagne, article 447, Gloſ. 4, n°. 7 ; & Chopin, ſur celle de Paris, lib. 1, tit. 1, n°. 4 ; & Baſnage, ſur celle de Normandie, article 249*, & on l'obſerve de même au Parlement de Toulouſe, en matiere d'inſinuation, ſelon *M. de Catellan, liv. 5. ch. 9.* ¶ Il eſt facile de comprendre par la diverſité des arrêts que le Parlement de Toulouſe a rendus ſur cette queſtion, qu'il s'eſt arrêté plutôt à la faveur de la mere, pour l'admettre à la ſucceſſion de ſon fils, conformément au droit commun, & pour reſſerrer la coutume de Toulouſe, qui l'exclud, que ſur quelqu'autre principe déciſif ; puiſqu'on voit d'un côté

BIU Cujas

que les arrêts rapportés par *M. Dolive* ont adjugé à la mere, comme succédant à son fils, les dettes actives, dont les débiteurs étoient habitans hors du district de la coutume de Toulouse; & que d'autre part *M. de Cambolas*, *liv. 6*, *ch. 47*, rapporte un arrêt du 7 Septembre 1633, qui a adjugé aussi à la mere, comme succédant à son fils domicilié hors de cette coutume, les dettes actives, quoique les débiteurs fussent habitans dans Toulouse; par cette raison que les dettes actives suivent la personne du créancier, & se réglent par la loi ou la coutume de son domicile. Ainsi la Jurisprudence de ce Parlement a adopté, tantôt le principe qui fixe la situation des dettes actives au domicile du créancier; tantôt il a pris le contrepied, selon que son équité y a été mue par la faveur de la mere, pour se conformer au droit commun, & pour modérer la rigueur de la coutume. ¶

La distinction faite par notre article entre les immeubles réels ou fictifs qui ont une assiette, & les choses mobiliaires ou les immeubles fictifs qui n'ont point d'assiette, est fort remarquable, parce qu'elle résoud en peu de mots plusieurs questions qui naissoient de la disposition ambigue des anciennes ordonnances, & qui avoient partagé les Auteurs, pour savoir en quel cas il suffisoit, ou non, d'insinuer les donations devant le Juge du domicile du donateur; sur quoi on peut voir *M. Leprêtre*, *Centurie 1*, *ch. 44*; *Ricard*, *tom. 1*, *Partie*, *1*, *ch. 4*, *Sect. 3*, *Glos. 5*; *& Ferrieres*, *sur la coutume de Paris*, *article 284*, *Glos. 2*, §. *4*.

Même dans celles des Pairies.] Il est défendu par notre article, à peine de nullité, de faire l'insinuation des donations dans d'autres Juridictions que celles qui y sont exprimées, soit Royales ou Seigneuriales, même dans les Juridictions des Pairies; en quoi l'on a suivi l'esprit des anciennes ordonnances, qui ne permettent pas d'insinuer les donations dans les Justices Seigneuriales; *Ricard*, *des donations*, *tom. 1*, *part. 1*, *ch. 4*, *Sect. 3*, *Glos. 5*, rapporte plusieurs arrêts du Parlement de Paris, qui ont jugé que les insinuations ne pouvoient pas être faites dans les Justices Seigneuriales, même des Pairies. ¶ Mais dans les lieux qui dépendent d'un Sénéchal & d'un Juge d'Appeaux Royal, comme Castres, qui est dans le ressort de la Sénéchaussée de Carcassonne, quoiqu'il y ait un Juge d'Appeaux, qui ressortit sans moyen au Parlement, ou faudra-t-il faire l'insinuation? A bien

BIU Cujas

examiner notre texte, & les ordonnances, édits & déclarations antérieures, on ne trouve pas le cas décidé, & il n'a pas été prévu; il me semble que, tant le Sénéchal, que le Juge d'Appeaux, étant de la qualité requise par cet article, l'insinuation faite à l'un ou à l'autre de ces deux Juges, devroit être bonne; car y ayant des raisons pour l'un & pour l'autre, il faut interpréter la chose du côté qui fait valoir l'acte, *ut potiùs valeat quàm pereat*, suivant la regle établie par les loix: il est vrai que par un arrêt de réglement du Parlement de Toulouse, de l'année 1678, renouvellé par un postérieur, il est ordonné que les causes des Nobles, & celles dont il y aura Appel des premiers Juges, seront portées devant les Juges d'Appeaux de Castres, sauf quand il s'agira des matieres préfidiales; auquel cas les causes des Nobles, & les causes d'Appel seront portées au Préfidial de Carcassonne; mais ces réglemens n'expliquent point devant quel de ces deux Tribunaux l'insinuation doit être faite. Voilà pourquoi étant vrai que les lieux qui sont dans la Juriſdiction du Juge d'Appeaux de Castres, sont également dans celle du Sénéchal de Carcassonne, & ces deux Tribunaux se trouvant de la qualité exprimée dans notre article, il faut décider que l'insinuation faite dans l'un ou dans l'autre, doit être également valable. ¶

Qui a la connoissance des cas Royaux.] Si le donateur a son domicile, ou si les biens sont situés dans l'étendue des Juriſdictions des Pairies ou autres Justices Seigneuriales, ressortissant nuement au Parlement, l'insinuation devra être faite au Bailliage, Sénéchaussée, ou autre Siege Royal ressortissant immédiatement au Parlement, auxquels la connoissance des cas Royaux appartient dans l'étendue des Justices des Pairies, ou autres Juriſdictions Seigneuriales; cela avoit été ainsi réglé par l'édit de 1703, & par la Déclaration du 17 Février 1731, avec cette différence, que, suivant cet édit & cette Déclaration, l'insinuation devoit être faite au Greffe des Insinuations, établi près les Bailliages ou Sénéchaussées; au lieu que notre article veut que l'insinuation soit faite, non à ces Greffes des insinuations, mais bien aux Greffes des Bailliages ou Sénéchaussées; même suivant l'esprit des anciennes ordonnances.

Notre article ne fait aucune différence entre les donations faites par les personnes Nobles ou Roturieres, ni si les biens sont Nobles ou Roturiers; & sans aucune

BIU Cujas

distinction, les donations doivent être insinuées devant les Sénéchaux ou autres Sieges Royaux ressortissant immédiatement au Parlement ; au lieu que, selon *M. Dolive*, les donations des biens Nobles, ou qui avoient été faites par des personnes Nobles, pouvoient être insinuées devant les Sénéchaux, & celles qui comprenoient des biens roturiers, ou qui avoient été faites par des personnes roturieres, devoient être insinuées devant les Juges Royaux ordinaires ; il abroge aussi la Déclaration du Roi du 17 Décembre 1612, qui, selon le sentiment de *Ricard*, au lieu préallégué, avoit ordonné indistinctement que les donations fussent insinuées devant les Juges Royaux ordinaires, soit que les personnes ou les biens fussent Nobles ou Roturiers ; sauf quand les biens étoient situés, & le donateur avoit son domicile dans une Ville où il y avoit Prévôté, ou autre Judicature Royale ordinaire, & Bailliage ou Sénéchaussée ; auquel cas on avoit le choix de faire l'insinuation dans l'une ou l'autre de ces Jurisdictions.

Le tout à peine de nullité.] Notre article répete ici la peine de nullité qu'il avoit déja déclarée plus haut, pour faire comprendre que l'insinuation & la donation sont nulles en cas de contravention au présent article : on peut voir dans *Ricard, tom.* 1, *partie* 1, *ch.* 4, *Sect.* 3, *Glos.* 6 ; & dans *Ferrieres, sur la coutume de Paris, article* 284, *Glos.* 2, §. 4, les autres questions qui peuvent servir à l'interprétation de notre article.

ARTICLE

BIU Cujas

ARTICLE XXIV.

De la forme en laquelle l'Insinuation des Donations doit être faite.

SERA tenu à l'avenir dans chaque Bailliage ou Sénéchaussée Royale, un Regiſtre particulier, *qui ſera coté & paraphé à chaque feuillet*, par le premier Officier du Siege, clos & arrêté à la fin de chaque année par ledit Officier; *dans lequel Regiſtre ſera tranſcrit* en entier l'Acte de Donation, ſi elle eſt faite par un Acte ſéparé; ſinon la partie de l'Acte qui contiendra la Donation, ſes charges ou conditions, ſans en rien omettre; à l'effet de quoi *la groſſe ou expédition dudit Acte ſeront repréſentés*, ſans qu'il ſoit néceſſaire de rapporter la minute.

OBSERVATIONS.

Dans ſa premiere partie, notre article preſcrit la forme que doit avoir le regiſtre particulier, dans lequel les donations doivent être inſinuées & enrégiſtrées. Et dans la ſeconde, il marque la forme de l'enrégiſtrement, qui conſiſte uniquement à faire tranſcrire dans ce regiſtre l'acte de donation tout au long, & ſans rien omettre, ſi elle eſt faite par un acte qui ne contienne autre choſe que la donation, avec ſes charges ou conditions; que ſi l'acte qui contient la donation, renferme d'autres diſpoſitions ou conventions, il ſuffira de tranſcrire la clauſe de la donation, avec ſes charges ou conditions, ſans en rien omettre; il faudra auſſi tranſcrire la date de l'acte, les noms des donateurs & des donataires, avec la clauſe de l'acceptation, le nom des Témoins & du Notaire, & les autres formalités de l'acte, afin qu'on puiſſe voir s'il eſt dans les regles, en conformité *des Articles I & II* de la préſente ordonnance, & afin que l'extrait que *l'article XXV* permet au Greffier ou dépoſitaire du regiſtre de délivrer aux perſonnes intéreſſées, puiſſe leur ſervir

BIU Cujas

de même que la groſſe ou l'expédition qui ſeroit délivrée par le Notaire recevant ; ce qui ne ſe pourroit pas, ſi on n'avoit pas tranſcrit ſur le regiſtre des inſinuations toutes les formalités dont l'acte qui contient la donation eſt revêtu.

Rien n'eſt plus ſimple que cette forme d'inſinuer, puiſqu'elle ne requiert que le ſeul enrégiſtrement ou la tranſcription ; il n'eſt donc pas néceſſaire que l'inſinuation des donations ſe faſſe à l'Audience, ni même en préſence du Juge, ni d'aucun Officier du Bailliage ou Sénéchauſſée, autre que le Greffier qui fera la tranſcription ou enrégiſtrement ; il n'eſt pas non-plus néceſſaire par conſéquent que les Procureurs interviennent pour requérir l'inſinuation, ni pour y conſentir. Toutes ces formalités ſont préſentement abrogées par notre article, de même que le droit Romain, en ce qu'il auroit pu exiger l'autorité ou la préſence du Juge, comme l'avoient penſé *Bartole, Balde, & les autres Auteurs cités par Schneidewin, ſur le §. Sequens diviſio 2, n°. 23, aux Inſtitutes de interdictis. Voyez Boniface, tom. 1, liv. 7, tit. 2, Chap. 2.*

¶ Avant cette ordonnance, & la déclaration du 17 Février 1731, rapportée *infrà* ſur *l'article XXV*, l'inſinuation ſe faiſoit à l'Audience, les plaids tenant, les Gens du Roi ouis, & requérant les Procureurs des parties ; les Juges, Procureurs, ou Avocats du Roi, étoient dans l'uſage de prendre des épices pour la publication & inſinuation ; ils le pratiquent de même pour la publication & inſinuation des teſtamens, & des ſubſtitutions ; cependant l'article VIII des épices, de 1673, défend aux Juges de prendre des épices dans ce cas ; l'article XIII défend pareillement aux Avocats & Procureurs du Roi de prendre aucuns droits pour les concluſions d'Audience ; & M. le Chancelier, dans ſa lettre du 10 Septembre 1739, écrite à M. le Procureur-Général au Parlement de Toulouſe, déclare que les Officiers des Sénéchauſſées ne pourroient prendre aucunes épices pour l'inſinuation des donations, quand même elle devroit être faite dans leur ſiege.

Qui ſera coté & paraphé à chaque feuille.] L'article II de la déclaration du 17 Février 1731, avoit ordonné que le regiſtre ſéparé, qui devoit être tenu par les commis des Bureaux des inſinuations, ſeroit coté & paraphé par le Lieutenant-Général, ou par le premier ou plus ancien Officier du Siege en ſon abſence : le même article II fixe les droits qui peuvent être pris pour le paraphe.

BIU Cujas

Dans lequel regiſtre ſera tranſcrit.] L'article II de la déclaration du 17 Février 1731, veut pareillement que les actes de donation, ſi elles ſont faites par un acte ſéparé; ſinon la partie de l'acte qui contiendra la donation, avec toutes ſes charges ou conditions, ſoient inſérés & enrégiſtrés tout au long dans le regiſtre ſéparé.

Notre article, non plus que la déclaration du 17 Février 1731, ne prononcent pas la peine de nullité, en cas que la forme de l'inſinuation qu'ils preſcrivent n'ait pas été exactement obſervée; & par conſéquent il ne faut pas croire que l'inſinuation fût nulle, quand on auroit omis quelque formalité particuliere; mais il ſuffira que l'enrégiſtrement ou la tranſcription ſoient faits dans le regiſtre des inſinuations; car s'ils étoient faits dans un autre regiſtre, la donation ne devroit pas valoir, du moins contre les créanciers ou tiers-acquéreurs, comme ayant eu une juſte cauſe d'ignorer la donation & l'inſinuation qui ne ſe trouveroit pas dans le regiſtre deſtiné à cet effet. ¶ L'inſinuation ſeroit également nulle, ſi elle avoit été faite ſur une feuille volante, comme le décide *Ricard, des donations, tom.* 1, *part.* 1, *n°.* 1182, conformément à un arrêt du Parlement de Paris du 27 Février 1656; ce qui eſt fondé ſur l'eſprit des Ordonnances, & ſur le motif qui fait introduire l'inſinuation; en effet, les ordonnances veulent que les donations ſoient enrégiſtrées; c'eſt-à-dire, qu'elles ſoient tranſcrites ſur un regiſtre. On ne ſatisfait donc pas à la formalité, en les tranſcrivant ſur une feuille volante; d'autre part, c'eſt principalement pour rendre les donations publiques, qu'on a introduit la néceſſité de l'inſinuation; & lorſqu'on les fait tranſcrire ſur une feuille volante, qui peut être facilement détournée, elles demeurent auſſi cachées, que ſi elles n'avoient pas été inſinuées. ¶

La groſſe ou expédition dudit acte ſeront repréſentés.] La groſſe ou expédition en forme, délivrée par le Notaire recevant, eſt donc ſuffiſante pour que l'inſinuation & l'enrégiſtrement puiſſent être faits, ſans qu'il ſoit néceſſaire de rapporter la minute ou l'original de la donation, qui doit demeurer au pouvoir du Notaire.

Notre article ne dit pas qu'il faille tranſcrire ſur le regiſtre des inſinuations la procuration générale ou ſpéciale, quand la donation aura été faite au donataire abſent, pour lequel un Procureur-Général ou ſpécial aura accepté; il n'exige pas non plus qu'on enrégiſtre la procuration faite par le donateur, pour donner à ſon nom;

BIU Cujas

ainsi ces formalités ne sont pas nécessaires, l'enrégistrement du seul acte qui contient la donation étant suffisant, & l'on doit s'en tenir à cet égard aux énonciatives contenues dans l'acte de donation. ¶ Et l'on doit dire la même chose à l'égard de l'acte d'autorisation, consenti par le mari, séparément de la donation, en faveur de la femme, en pays coutumier, pour la rendre capable de donner; mais il en est autrement de l'acceptation faite après coup par le donataire, & de la ratification faite par le donataire, de l'acceptation faite par un tiers, qui n'avoit point de pouvoir, ainsi que je l'ai remarqué sur l'article XX, après *Ricard & Brodeau, sur M. Louet, lettre D, somm. 4, nº. 8 & 9;* la raison est, parce qu'avant l'acceptation, la donation est imparfaite, & que ceux qui verront l'insinuation, connoîtront bien la donation; mais ils la connoîtront imparfaite & inefficace. Cependant il ne faut pas insinuer l'Etat ou inventaire des meubles ou effets mobiliers qui ont été donnés, parce que notre article ne l'ordonne point; ce qu'il n'auroit pas manqué de faire, s'il avoit voulu introduire cette formalité; & comme les loix veulent qu'on prenne le parti qui fait valoir l'acte, préférablement à celui qui le détruit, *ut potiùs valeat quàm pareat*, il ne faut pas être ingénieux à introduire des formalités que la loi n'exige pas expressément. ¶

ARTICLE XXV.

Obligations du Dépositaire des Regiſtres des Insinuations.

LE Dépositaire dudit Regiſtre sera tenu *d'en donner communication*, toutes les fois qu'il en sera requis, & sans Ordonnance de Justice; même d'en délivrer un extrait signé de lui, si les Parties le demandent; le tout *sauf son salaire raisonnable*, & ainsi qu'il est réglé par notre Déclaration du 17 du présent mois.

OBSERVATIONS.

D'en donner communication.] Le regiſtre des insinuations est une piece publique; ainsi celui qui en est dépositaire est obligé de le communiquer, & d'en faire l'exhibition toutes & quantes fois qu'il en sera requis; *L. 2, cod. de*

BIU Cujas

edendo. Il n'eſt pas néceſſaire que les parties ſe retirent devers le Juge pour demander cette exhibition, parce que notre article les en diſpenſe expreſſément; que ſi le dépoſitaire de ce regiſtre en refuſoit la communication, ce ſeroit le cas de ſe retirer devant le Juge, pour y faire contraindre le Greffier ou autre dépoſitaire; auquel cas la contrainte par corps pourroit être décernée, comme s'agiſſant d'un dépôt public.

Même d'en délivrer un extrait ſigné de lui.] Le dépoſitaire du regiſtre des inſinuations peut être contraint, non-ſeulement d'exhiber ou communiquer le regiſtre, mais encore de délivrer une ſimple note abrégée, ou bien un extrait au long de la donation, s'il lui eſt demandé: cet extrait, quoique fait ſans autorité de juſtice, & ſans appeller la partie, eſt authentique & en forme probante, parce que le regiſtre duquel il eſt tiré, eſt public & authentique, & que le dépoſitaire eſt une perſonne publique, & il ſuffit que l'extrait ſoit fait par le dépoſitaire du regiſtre: ceci eſt une exception de la regle, qui veut que les extraits des actes tirés ſur d'autres extraits, ne faſſent foi que quand ils ont été faits d'autorité de juſtice, & partie appellée, ſuivant la loi *Sancimus*, *cod. de diverſis reſcriptis*; & Dumoulin, ſur la coutume de Paris, §. 8, *n°.* 33; car quoique le regiſtre ſoit un extrait du groſſoyé de l'acte de donation, qu'ainſi l'extrait ſoit un extrait d'extrait; néanmoins les extraits qui ſont tirés ſur ce regiſtre par le dépoſitaire, doivent faire foi, tout de même que s'ils avoient été faits ſur l'original de la donation, ¶ ſuivant *la novelle 127*, *ch. 2*, & la *loi derniere de re jud.* quoiqu'en diſe *Brodeau*, de la preuve par témoins, *part. 1*, *chap. 11*, qui fait des diſtinctions, dont l'uſage eſt abrogé par la forme en laquelle l'inſinuation doit être faite en vertu de cette ordonnance, & de la déclaration du 17 Février 1731. C'eſt ainſi qu'on le pratique par rapport aux inſinuations eccléſiaſtiques; & l'on n'a jamais révoqué en doute que les extraits tirés des regiſtres des actes inſinués, ne faſſent la même foi que les originaux, ou les expéditions délivrées par le Notaire recevant; ¶ car autrement il auroit été inutile que notre article eût permis aux parties de demander au dépoſitaire un extrait ſigné de lui, ſi cet extrait n'étoit pas un acte digne de foi.

Sauf ſon ſalaire raiſonnable.] Pour la fixation de ce ſalaire, notre article s'en rapporte à la déclaration du 17 Février 1731, qui porte à l'article III, *leſdits Commis*

BIU Cujas

ſeront tenus de communiquer leſdits regiſtres, ſans déplacer, à tous ceux qui le demanderont, & de fournir des extraits ou des expéditions en papier, ſuivant qu'ils en ſeront requis, des actes y inſérés, & ne ſera pris que dix ſols pour le droit de recherche dans chaque regiſtre, & pareille ſomme pour chaque extrait délivré; & en cas qu'ils fuſſent requis de délivrer des expéditions entieres des actes enrégiſtrés, il leur ſera payé par rôle de groſſe le même droit qui ſe paye pour les expéditions en papier au Greffe du Siege, près leſquels ils ſeront établis.

Comme notre article veut que la déclaration du 17 Février 1731 ſoit exécutée à l'égard des Greffiers ou dépoſitaires des regiſtres des inſinuations, on doit obſerver que ces Greffiers ont trois ſortes de droits. Le premier, celui de recherche, qui eſt fixé à dix ſols pour la perquiſition faite dans chaque regiſtre. Le ſecond, eſt une pareille ſomme de dix ſols pour l'extrait; c'eſt-à-dire, pour la note abrégée qu'il délivrera. Et le troiſieme, le droit de groſſe pour les expéditions qu'il fera des actes en entier, & tels qu'ils ſont tranſcrits ſur le regiſtre des inſinuations, lequel droit eſt le même que celui que les Greffiers des Bailliages ou Sénéchauſſées peuvent prendre par rôle de groſſe des expéditions en papier, des Sentences & autres actes judiciaires.

DÉCLARATION
DU ROI,

Du dix-ſept Février mil ſept cens trente-un;

CONCERNANT LES INSINUATIONS,

Avec l'Arrêt de Regiſtre, du 7 Avril 1731.

LOUIS, par la grace de Dieu, Roi de France & de Navarre: A tous ceux qui ces Préſentes Lettres verront, SALUT. Le feu Roi notre très-honoré Seigneur & Biſayeul, ordonna par Edit du mois de Décembre 1703, que toutes donations entre-vifs, ſoit de meubles & immeubles, à l'exception de celles qui auroient été faites en ligne directe par contrat de ma-

BIU Cujas

riage, seroient insinuées & enrégistrées ès regiſtres des Greffiers des insinuations laïques, créés par le même Édit, dans le tems, & sous les peines portées par les anciennes ordonnances; & par la déclaration du 19 Juillet 1704, il accorda à ceux qui avoient acquis lesdits offices de Greffiers des insinuations laïques, la faculté de commettre à l'exercice d'iceux, dans le ressort du Siege de leur établissement. En conséquence de cette disposition, Nous avons déclaré par l'article premier de notre déclaration du 30 Novembre 1717, que toutes les insinuations qui avoient été faites jusques alors, & celles qui seroient faites dans la suite aux Bureaux établis dans les justices des Seigneurs particuliers, seroient aussi valables que si elles avoient été faites dans les Justices Royales; mais ayant reconnu depuis que la liberté d'insinuer les donations, soit dans les Juriſdictions Royales qui ne ressortissent pas nuement en nos Cours, soit dans les Justices des Seigneurs, pouvoit être sujette à plusieurs inconvéniens, & faciliter en quelques occasions les moyens d'en dérober la connoissance aux parties intéressées. Nous avons jugé nécessaire de rappeller les dispositions des anciens réglemens à cet égard, & même de fixer d'une maniere encore plus précise qu'il n'a été fait jusqu'à présent, les Bureaux dans lesquels les insinuations des donations entre-vifs doivent être faites. A CES CAUSES & autres, à ce nous mouvans, de l'avis de notre Conseil, & de notre certaine science, pleine puissance & autorité Royale, Nous avons dit, déclaré & ordonné, & par ces Présentes, signées de notre main, disons, déclarons & ordonnons, voulons & nous plaît.

ARTICLE PREMIER.

Qu'à compter du jour de l'enrégistrement des Présentes, toutes donations entre-vifs, des meubles ou immeubles, mutuelles, réciproques, remunératoires, onéreuses, même à la charge de services & fondations, en faveur de mariage, & autres faites en quelque forme & maniere que ce soit, à l'exception de celles qui seroient faites par contrat de mariage en ligne directe, soient insinuées; savoir, celles d'immeubles réels ou d'immeubles fictifs, qui ont néanmoins une assiette, aux Bureaux établis pour la perception des droits d'insinuation, près les Bailliages ou Sénéchaussées Royales, ou autre Siege Royal, ressortissant nuement en nos Cours, tant

BIU Cujas

du lieu du domicile du donateur, que de la situation des choses données; & celles des meubles ou des choses mobiliaires qui n'ont point d'assiette, aux Bureaux établis près les Bailliages, Sénéchaussées, ou autre Siege Royal, ressortissant nuement en nos Cours, du lieu du domicile du donateur seulement; & au cas que le donateur eût son domicile, ou que les biens donnés fussent situés dans l'étendue des Justices Seigneuriales, l'insinuation sera faite aux Bureaux établis près le Siege qui a la connoissance des cas royaux dans l'étendue desdites justices; le tout dans les tems, & sous les peines portées par l'ordonnance de Moulins, & la déclaration du 17 Novembre 1690; déclarons nulles & de nul effet toutes les insinuations qui seroient faites à l'avenir en d'autres Juridictions, dérogeant à tous Édits & Déclarations à ce contraires.

Article II.

Voulons qu'à commencer au premier Juillet prochain, les Commis établis dans chacun desdits Bureaux, lesquels seront tenus de prêter serment pardevant le Lieutenant-Général des Sieges ci-dessus nommés, tiennent un registre séparé, coté & paraphé par ledit Lieutenant-Général, ou par le premier ou plus ancien Officier du Siege, en son absence; dans lequel les actes de donation, si elles sont faites par un acte séparé, sinon la partie de l'acte qui contiendra la donation, avec toutes ses charges ou conditions, seront insérés & enrégistrés tout au long; pour le paraphe desquels registres, il sera pris dix sols pour ceux de cinquante feuillets & au-dessous, vingt sols pour ceux de cent feuillets, & trois livres pour ceux qui contiendront plus de cent feuillets.

Article III.

Lesdits Commis seront tenus de communiquer lesdits registres, sans déplacer, à tous ceux qui le demanderont, & de fournir des extraits ou expéditions en papier, suivant qu'ils en seront requis, des actes y insérés; & ne sera pris que dix sols pour le droit de recherche dans chaque registre, & pareille somme pour chaque extrait délivré; & en cas qu'ils fussent requis de délivrer des expéditions entieres des actes enrégistrés, il leur sera payé par rôle de grosse le même droit qui se paye

BIU Cujas

pour les expéditions en papier au Greffe du Siege, près lequel ils seront établis.

ARTICLE IV.

Lesdits regiſtres seront clos & arrêtés à la fin de chaque année par le Lieutenant-Général, ou le premier ou plus ancien Officier du Siege, en son absence, & quatre mois après seront mis au Greffe de la Juriſdiction, à quoi faire lesdits Commis seront contraints par corps, à la diligence des subſtituts de nos Procureurs-Généraux; & sera dreſſé Procès-Verbal par le Lieutenant-Général, ou par le premier ou plus ancien Officier du Siege, de l'état des regiſtres, au bas duquel le Greffier de la Juriſdiction s'en chargera pour en donner communication, toutes fois & quantes, même en fournir des extraits *gratis* à nos Fermiers ou à leurs Commis, en lui rembourſant les frais de papier timbré ſeulement, à peine de cent livres d'amende, qui ſera encourue ſur le ſimple Procès-Verbal deſdits Commis.

ARTICLE V.

Lesdits Greffiers seront pareillement tenus de communiquer lesdits regiſtres ſans déplacer, à tous ceux qui les demanderont, & de fournir des extraits ou expéditions, auſſi en papier, ſuivant qu'ils en seront requis, des actes y inſérés. Leur défendons de prendre pour raiſon de ce, d'autres droits que ceux qui ſont attribués aux Commis par l'article CXI des Préſentes.

ARTICLE VI.

N'entendons déroger à l'article III de la déclaration du 20 Mars 1708, en ce qu'il ordonne l'inſinuation des donations par forme d'augments ou contre-augments, dons mobils, engagemens, droits de rétention, agencemens, gains de nôces ou de ſurvie dans les pays où ils ſont en uſage. Voulons que lesdits actes ſoient inſinués conformément à ladite déclaration, & les droits payés ſuivant le tarif, en même-tems que ceux du contrôle, dans les lieux où le contrôle eſt établi, & dans ceux où le contrôle n'a pas lieu, dans les quatre mois du jour & date deſdits actes, ſans néanmoins que le défaut d'inſinuation deſdits actes puiſſe emporter la peine

BIU Cujas

de nullité ; & ce conformément à notre déclaration du 25 Juin 1729 ; lesquels droits, lorsqu'ils auront été payés en même-tems que ceux du contrôle, appartiendront aux Fermiers qui auront insinué lesdits actes, sans répétition.

ARTICLE VII.

Voulons pareillement que ladite peine de nullité ne puisse avoir lieu à l'égard des donations des choses mobiliaires, quand il y aura tradition réelle, ou quand elles n'excéderont la somme de mille livres, au cas qu'elles n'eussent pas été insinuées conformément à l'article premier des Présentes. Voulons que les parties qui auroient négligé de les faire insinuer, soient seulement sujettes à la peine du double droit, & que les droits desdites donations soient payés conformément à ce qui est prescrit par l'article précédent. Voulons au surplus que les ordonnances, édits & déclarations enrégistrées en nos Cours, concernant les insinuations, soient exécutés suivant leur forme & teneur, dans toutes les dispositions auxquelles il n'est pas dérogé par ces Présentes. Si donnons en Mandement à nos amés & féaux les Gens tenans notre Cour de Parlement de Toulouse, que ces Présentes ils aient à faire enrégistrer, & le contenu en icelles garder & observer selon leur forme & teneur, nonobstant tous édits, déclarations, ordonnances, réglemens, & autres choses à ce contraires, auxquelles Nous avons dérogé & dérogeons par ces Présentes; CAR tel est notre plaisir : en témoin de quoi nous avons fait mettre notre scel à cesdites Présentes. DONNÉ à Versailles le dix-septieme jour de Février, l'an de grace mil sept cens trente-un, & de notre regne le seizieme. *Signé*, LOUIS : *Et plus bas ;* Par le Roi, PHELYPEAUX. Vu au Conseil, ORRY.

Registré à Toulouse le sept Avril mil sept cens trente-un.

BIU Cujas

ARTICLE XXVI.

L'insinuation faite dans les délais, a un effet rétroactif au jour de la donation; que si elle est faite après les délais, la donation n'a effet que du jour de l'insinuation.

LORSQUE l'insinuation aura été faite *dans les délais portés par les ordonnances, même après le décès du donateur ou du donataire, la donation aura son effet du jour de sa date*, à l'égard de toutes sortes de personnes. Pourra néanmoins être insinuée après lesdits délais, même après le décès du donataire, pourvu que le donateur soit encore vivant; mais elle n'aura effet en ce cas que du jour de l'insinuation.

OBSERVATIONS.

L'article veut, 1°. que les donations qui auront été insinuées dans les délais prescrits par les ordonnances, aient leur effet contre toute sorte de personnes, du jour de leur date. 2°. Que dans les mêmes délais elles puissent être insinuées, nonobstant le décès du donateur ou du donataire. 3°. Qu'elles puissent être insinuées après les délais prescrits par les ordonnances; auquel cas elles ne peuvent avoir effet que du jour de l'insinuation. 4°. Que le décès du donataire ne puisse pas empêcher que les donations ne soient insinuées après les délais; mais il en seroit autrement si le donateur étoit décédé; auquel cas elles seroient nulles.

Dans les délais portés par les ordonnances.] C'est-à-dire, dans quatre mois, à compter du jour & date des donations, à l'égard des biens & des personnes qui sont dans le Royaume, suivant *l'article LVIII de l'ordonnance de Moulins*, à laquelle notre article se rapporte, en parlant des délais.

Même après le décès du donateur ou du donataire. Ceci doit s'entendre dans les délais de six ou quatre mois, suivant

BIU Cujas

la distinction marquée dans *l'article LVIII* de l'ordonnance de Moulins ; car si l'insinuation n'étoit pas faite dans les quatre ou les six mois, il faudroit distinguer. Le décès du donateur rendroit à la vérité la donation nulle ; ce qui devroit avoir lieu, quand même elle seroit faite à une femme mariée, quoique non séparée de son mari, parce que les donations faites aux femmes mariées sont sujettes à l'insinuation, de même que celles qui sont faites aux autres personnes, suivant *l'article XXVIII* de cette ordonnance, comme je l'expliquerai sur cet article ; mais le décès du donataire n'empêcheroit pas la validité de la donation, & l'insinuation pourroit être faite par ses héritiers pendant la vie du donateur ; c'est ce que désignent les termes de notre article, *même après le décès du donataire, pourvu que le donateur soit encore vivant* : en quoi l'on a abrogé la Jurisprudence des arrêts rapportés par *Ricard, tom. 1, des donations, part. 1, n°. 1275 ; & Ferrieres, sur l'article 284 de la coutume de Paris, Glos. 2, §. 2, n°. 6*, qui avoient jugé que la donation ne pouvoit pas être insinuée après les quatre mois, lorsque le donataire étoit mort.

Lorsque notre article veut que les donations puissent être insinuées dans les délais prescrits par les ordonnances, nonobstant le décès du donateur ou du donataire, on s'est conformé à un projet d'ordonnance, insérée par *M. Brisson* dans le code Henry, *liv. 6, tit. 4, article 2*, où il est dit, *si dedans ledit tems ledit donant & donataire décedoient, pourra néanmoins ladite insinuation être faite dedans ledit tems, à compter du jour du contrat. Voyez Ferrieres, sur la coutume de Paris, article 284, Glos. 2, §. 2 ; Charondas, en ses Pandectes, liv. 2, ch. 21.* ¶ Et les articles IX & X de l'Edit du mois de Juillet 1707, pour le Parlement de Besançon, rapporté par Neron, de l'Edit de 1720, *tom. 2, pag. 389.*

En conférant ce que je viens de dire, avec ce que j'ai remarqué dans la question 7, on s'appercevra qu'il y a différence entre l'insinuation & l'acceptation, puisque d'un côté l'insinuation peut être faite dans les délais, nonobstant le décès du donateur ou du donataire, & quand même l'un & l'autre seroient décédés, parce que la même raison milite dans ce cas ; que même l'insinuation peut être faite après les délais, nonobstant le décès du donataire ; au lieu qu'en matiere d'acceptation, dès que le donateur ou le donataire est décédé, on n'est plus à tems à accepter, & la donation est nulle

BIU Cujas

& caduque. Cela eſt fondé ſur ce que les motifs de l'inſinuation & de l'acceptation ſont différens. L'inſinuation eſt requiſe principalement pour rendre la donation publique ; & le décès du donateur ou du donataire ne ſont pas un obſtacle à cette publication ; mais l'acceptation eſt requiſe, afin que le droit ſoit acquis au donataire ; & pour cela il faut que le conſentement de l'un & de l'autre concoure, & ſe combine, pour donner à l'acte ſa perfection & ſa validité ; ce qui n'eſt plus poſſible, quand l'un ou l'autre eſt décédé. ¶

Il eſt remarquable que notre article, en permettant d'inſinuer les donations, nonobſtant le décès du donataire, n'a pas entendu porter du préjudice au droit de retour, dans le cas où il a lieu, ſelon les uſages des pays ; ainſi on doit l'entendre toujours ſans préjudice du droit de retour, qui appartient au donateur ſurvivant.

La donation aura ſon effet du jour de ſa date.] L'inſinuation faite dans les délais preſcrits par les ordonnances, doit avoir un effet rétroactif au jour & date des donations, contre toute ſorte de perſonnes, même contre les créanciers ou tiers-acquéreurs ; cela eſt conforme à la Déclaration du Roi du 25 Novembre 1690, regiſtrée au Parlement de Toulouſe le 8 Janvier 1691, qui veut que les donations qui auront été inſinuées dans les quatre mois, ayent leur effet contre les créanciers qui ont contracté entre la donation & l'inſinuation ; en quoi l'on s'eſt conformé à la Juriſprudence du Parlement de Paris, atteſtée par *M. Louet, lettr. J, ſomm.* 1, & par *Ricard, part.* 1, *n°.* 1277, & l'on a abrogé celle du Parlement de Toulouſe, qui jugeoit que, quoique l'inſinuation eût été faite dans les quatre mois, elle n'avoit un effet rétroactif au jour & date de la donation contre les créanciers intermédiaires, parce que ces créanciers n'avoient pas pu avoir connoiſſance de la donation qui n'étoit pas encore inſinuée, ſelon *M. Maynard, liv.* 2, *ch.* 53 ; *& M. de Catellan, liv.* 5, *ch.* 9.

Afin que l'inſinuation ait un effet rétroactif, il faut qu'elle ait été faite dans le délai preſcrit, qui ſe compte du jour du contrat, ſuivant l'ordonnance de Moulins, même à l'égard des donations conditionnelles, comme ſont celles qui ſont faites en contrat de mariage, qui renferment la condition tacite, *ſi nuptiæ ſecutæ fuerunt*, ſelon *Ferrieres, au lieu préallégué, n°.* 3 ; *& Ricard, tom.* 1, *part.* 1, *n°.* 1255 ; & cela doit avoir lieu à l'égard des femmes mariées, même dans les pays coutumiers,

BIU Cujas

où elles ſont en la puiſſance de leurs maris, ſoit qu'elles ſoient ſéparées ou non, comme on peut l'induire de notre article, & du 28e. de la préſente ordonnance; en quoi l'on a dérogé à l'ordonnance de 1629, & à la Juriſprudence du Parlement de Paris, rapportée par *M. Louet*, au lieu préallégué, comme je l'expliquerai dans mes Obſervations ſur *l'article XXVIII.*

Il en doit être de même des donations faites aux pupilles, mineurs, interdits, à l'Egliſe, ou autres Lieux pieux, leſquelles ne peuvent valoir que du jour de l'inſinuation, à moins qu'elle ne ſoit faite dans les délais preſcrits, à compter de la date du contrat, ſans pouvoir demander d'être reſtitués en entier, ſuivant *l'art. XXXII* de cette ordonnance.

Mais ſi la donation avoit été faite à un abſent, & qu'elle eût été acceptée quelque tems après le délai pour inſinuer, afin que l'inſinuation eût un effet rétroactif, devroit-il courir du jour de la donation, ou bien depuis l'acceptation? Selon Ferrieres, au lieu préallégué, *n°. 2*; & *Ricard*, *n°. 1274*, le délai pour inſinuer ne doit courir que depuis l'acceptation, parce que c'eſt dès ce moment que la donation eſt parfaite; mais nonobſtant le ſentiment de ces Auteurs, il y a lieu de diſtinguer; car ou il s'agit de la faculté d'inſinuer, quoique le donateur ſoit décédé; dans ce cas on devroit ſuivre le ſentiment de *Ferrieres* & de *Ricard*; mais s'il s'agiſſoit du préjudice des créanciers ou tiers-acquéreurs intermédiaires, il faudroit entendre à la lettre l'ordonnance de Moulins, à cauſe que les créanciers ſont plus favorables que les donataires, parce que *certant de damno vitando*, & que, ſelon les regles, l'effet rétroactif ne peut pas avoir lieu au préjudice du droit acquis dans le tems intermédiaire, d'autant que *extrema non ſunt habilia*, comme je l'ai obſervé ailleurs.

BIU Cujas

ARTICLE XXVII.

Quelles personnes peuvent opposer le défaut d'Insinuation.

LE défaut d'Insinuation des Donations *qui y sont sujettes, à peine de nullité*, pourra être opposé, tant par les tiers-acquéreurs & créanciers du Donateur, que par ses héritiers, *Donataires postérieurs* ou légataires, & généralement par tous ceux qui y auront intérêt, *autres néanmoins que le Donateur*; & la disposition du présent Article aura lieu, encore que le Donateur se fût chargé expressément de faire insinuer la Donation, à peine de tous dépens, dommages & intérêts; laquelle clause sera regardée comme nulle & de nul effet.

OBSERVATIONS.

Selon la disposition de cet article, toute sorte de personnes intéressées, à l'exception du seul donateur, peuvent opposer le défaut d'insinuation des donations entre-vifs, dans les cas où elle est requise, à peine de nullité; en quoi l'on s'est conformé à l'esprit du droit Romain, à l'ordonnance de 1539, *article CXXXII, & à l'article LVIII* de celle de Moulins, qui déclarent les donations nulles par le défaut d'insinuation, tant à l'égard des créanciers, que des héritiers du donateur; mais en faisant l'énumération des personnes qui peuvent opposer le défaut d'insinuation, & en n'exceptant que la seule personne du donateur, on a décidé plusieurs difficultés qui étoient agitées auparavant, pour connoître les personnes qui pouvoient se prévaloir du défaut d'insinuation; en sorte qu'à présent le défaut d'insinuation peut être opposé généralement par toute sorte de personnes intéressées qui tiennent leur droit du donateur à titre onéreux, ou purement gratuit, comme l'avoit décidé *Ricard, des donations, tom. 1, part. 1, n°. 1175*; & l'on ne peut à cet égard admettre aucune autre exception

BIU Cujas

que celles qui ſont faites par cette ordonnance aux articles XXX, XXXI, XXXIII & XLVI, ſans bleſſer la diſpoſition de notre article, qui ne ſauroit être conçu en termes plus généraux ni plus étendus, & qui ne laiſſent aucune équivoque.

Ainſi il a dérogé à la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe, atteſtée par *M. Dolive, liv. 4, ch. 4 & 28; & par M. de Catellan, liv. 5, ch. 9*, & à la Déclaration du 25 Novembre 1690, qui faiſoient valoir les donations non-inſinuées à l'égard du donateur & de ſes héritiers ou autres ſucceſſeurs à titre gratuit, & ne permettoient qu'aux créanciers & aux tiers-acquéreurs d'oppoſer le défaut d'inſinuation, excepté que la donation n'eût été faite par une perſonne étrangere, au préjudice des enfans du donateur.

Qui y ſont ſujettes, à peine de nullité.] Il y a des donations qui ſont abſolument diſpenſées de la néceſſité de l'inſinuation. Telles ſont celles dont il eſt parlé dans *l'article XIX ſuprà*; il y en a d'autres qui ſont ſujettes à l'inſinuation laïque, ſans que le défaut emporte nullité. Telles ſont celles dont il eſt fait mention dans les *articles XXI & XXII*; & la regle générale établie par l'article XX, eſt que toutes les donations ſont ſujettes à la formalité de l'inſinuation, à peine de nullité; il y a pourtant des exceptions dont j'ai fait mention ſur *l'article XX ſuprà*; on ne peut donc point diſtinguer ſur la validité ou invalidité des donations non-inſinuées, comme on faiſoit autrefois, entre les créanciers ou tiers-acquéreurs & les donataires, légataires ou héritiers du donateur; mais les donations qui ſont ſujettes à l'inſinuation, ſeront nulles indiſtinctement, quand elles n'auront pas été inſinuées; au lieu qu'elles vaudront indiſtinctement, quand elles ſeront diſpenſées de la formalité de l'inſinuation, ou que le défaut d'inſinuation n'emportera point de nullité.

¶ *Donataires poſtérieurs.*] On peut former cette queſtion, ſi le donateur peut faire une ſeconde donation avant l'inſinuation de la premiere; il ſemble d'abord qu'il ne le peut pas, & que la premiere donation, quoique inſinuée après l'inſinuation, la ſeconde doit prévaloir, parce que le donateur ne peut pas venir contre ſon propre fait pendant ſa vie, & que la premiere donation pouvant être inſinuée, tandis que le donateur vit, ſuivant l'article précédent, elle doit avoir ſon effet contre la deuxieme, en quelque tems que la premiere ait été

BIU Cujas

été insinuée pendant la vie du donateur. Mais nonobstant ces raisons, il faut user de distinction; ou la seconde donation est faite & insinuée dans les quatre ou six mois de la date de la premiere, ou après. Au premier cas, elle doit être postposée, pourvu que l'insinuation de la premiere soit faite dans les délais prescrits, & dont nous avons parlé sur l'article XX *suprà*, parce que l'insinuation faite dans les délais, a un effet rétroactif au jour de la donation. Au second cas, la donation postérieure doit être préférée, parce que la premiere ne peut valoir, & avoir son effet que du jour de l'insinuation, suivant l'article précédent, & que les donataires postérieurs peuvent, suivant notre article, opposer le défaut d'insinuation, sans distinguer si le donateur est mort ou en vie, lorsque l'on dispute sur la préférence des deux donations. *V. Ferrieres, sur l'article 284 de la coutume de Paris, Glos. 2, §. 1, n°. 19.*

Peu importe de dire que le donateur ne peut pas révoquer la donation non-insinuée, comme je le dirai bientôt; car autre chose est révoquer simplement la donation, afin que les biens demeurent au donateur; autre chose est qu'il en fasse une seconde donation, ou qu'il les aliene; car alors de tierces personnes étant intéressées, elles ont le droit d'opposer le defaut d'insinuation, à moins que la seconde donation ne fût compliquée de fraude; auquel cas elle seroit nulle, & la premiere donation devroit prévaloir, si elle avoit été insinuée pendant la vie du donateur; autrement elle seroit absolument nulle; le dol & la fraude étant une exception de toutes les regles, suivant la remarque des Auteurs. V. les observations sur *l'article XXIII suprà.* ¶

Autres néanmoins que le donateur.] Le donateur est le seul des intéressés qui ne puisse pas opposer le défaut d'insinuation; voilà pourquoi la donation est irrévocable à son égard, & l'insinuation peut être faite pendant sa vie, quand même le donataire seroit décédé, suivant l'article précédent; par où l'on a dérogé au droit Romain, qui déclaroit nulles les donations non-insinuées, en ce qu'elles excédoient la somme de cinq cens écus; & au sentiment de *M. Maynard, liv. 2, ch. 60*, & des autres Auteurs qui croyoient que le donateur avoit la liberté de révoquer la donation après les quatre mois, quand elle n'avoit pas été insinuée dans ce délai; *M. Frerot* l'avoit cru de même, & l'avoit ainsi décidé dans un projet d'ordonnance, inséré *dans les Basiliques, liv.*

BIU Cujas

6, *tit.* 4, *article* 1 ; mais le Parlement de Paris avoit jugé le contraire ; c'eſt-à-dire, que le donateur ne pouvoit pas ſe prévaloir du défaut d'inſinuation, ni révoquer la donation ſous ce prétexte, comme le remarque *Theveneau, ſur les ordonnances, liv.* 2, *tit.* 4, *article* 1 ; *Ricard, tom.* 1, *part.* 1, *n°.* 1231, *& ſuivans* ; *& Ferrieres, ſur la coutume de Paris, article* 284, *Gloſ.* 2, §. 1, *n°.* 17.

Et cette Juriſprudence a été confirmée par notre article, laquelle d'ailleurs étoit fondée ſur *l'article LVIII de l'ordonnance de Moulins*, qui déclaroit la donation non-inſinuée nulle ſeulement à l'égard du créancier, & de l'héritier du donateur.

Notre article ne diſtinguant point entre les créanciers, tiers-acquéreurs, héritiers, donataires ou légataires, & autres perſonnes intéreſſées, qui n'ont pas connu la donation, d'avec ceux qui l'ont connue, ſoit qu'ils y aient été préſens, ou non, on ne peut pas recevoir le ſentiment de *Coquille dans ſa queſtion* 165, *& ſur la coutume de Nivernois, des donations, article* 8, *ni celui de Boniface, tom.* 1, *pag.* 428 ; *& Theveneau, liv.* 2, *tit.* 6, *article* 3, qui avoient cru que le défaut d'inſinuation ne pouvoit pas être oppoſé par ceux qui avoient une connoiſſance perſonnelle de la donation, à cauſe de la regle, *qui certus eſt amplius certiorari non debet* ; mais il faut décider que le défaut d'inſinuation peut être oppoſé par toutes les perſonnes mentionnées dans notre article, ſoit qu'elles aient connu ou ignoré la donation, ſuivant *Ricard, tom.* 1, *part.* 1, *n°.* 1252 ; *& Ferrieres, ſur la coutume de Paris, article* 284, *Gloſ.* 2, §. 1, *n°.* 20 ; le Parlement de Toulouſe l'a jugé de même à l'égard d'un tiers-acquéreur, par l'arrêt que j'ai rapporté ſur l'article XXIII de cette ordonnance. ¶ Toutefois ſi la vente ou la ſeconde donation étoit attaquée, comme compliquée de fraude, & que la caſſation en fût demandée par le premier donataire qui avoit fait inſinuer la donation pendant la vie du donateur, mais poſtérieurement à l'aliénation en fraude faite par le donateur, à laquelle l'acquéreur ou ſecond donataire auroit participé, il faudroit caſſer la donation ou vente frauduleuſe, comme nulle, parce que la fraude affecte eſſentiellement tous les contrats qui en ſont compliqués ; ce qui devroit avoir lieu principalement, s'il étoit prouvé que le ſecond donataire ou l'acheteur avoient incité le donateur à vendre, ou donner de nouveau les biens donnés, au préjudice & en fraude de la premiere donation ; ſur quoi il faut voir nos obſervations ſur l'article XXIII *ſuprà*. ¶

BIU Cujas

Encore que le donateur se fût chargé expressément de faire insinuer la donation.] Le défaut d'insinuation peut être opposé à toute sorte de donataires par les personnes intéressées, quoique le donateur se fût chargé expressément de faire insinuer la donation, à peine de tous dépens, dommages & intérêts; laquelle clause sera regardée comme nulle & de nul effet. La raison est, parce qu'une telle clause tendroit à rendre inutile la disposition de la Loi; ce qui n'est pas permis, *L. 55 ff. de leg.* 1; car si la stipulation des dommages & intérêts étoit valable, le donataire auroit, par cette voie indirecte, autant que la donation pourroit monter; ce qui seroit faire fraude à la Loi, ¶ & la stipulation des dommages & intérêts se trouvant dans un acte de donation, nul par le défaut d'insinuation, toutes les clauses qui sont dans cet acte sont pareillement nulles, parce que si le principal est emporté, tous les accessoires tombent par voie de conséquence; *Leg.* 129, §. 1, *leg.* 178, *ff. de regulis juris*, & que toutes les clauses d'un contrat nul sont annullées, suivant *Dumoulin*, *sur la loi* 1, §. *Si quis ita*, n°. 117, *ff. de verbor. obligat.* ou, comme dit la *Glos. sur la loi* 3, §. *Patronum* 2, *ff. quid in fraud. Patroni cùm rescindit principales, id est, donatum ergo accessorium ut pactum evictionis*; ¶ d'ailleurs il n'est pas permis au donateur de renoncer à la formalité de l'insinuation, parce qu'elle est de droit public, & qu'elle a été introduite par des motifs qui intéressent d'autres personnes, de même que le donateur, comme le remarque *Peresius dans ses prélecons*, *sur le titre du code de donationibus*, n°. 37; le donateur ne peut pas même renoncer avec serment à la formalité de l'insinuation, parce qu'elle est de la substance de l'acte: *Gregorius-Tolosanus*, *in syntagmata juris*, *lib.* 28, *cap.* 13, n°. 18; *Charondas*, *en ses Pandectes*, *liv.* 2, *chap.* 21; *Argentré*, *sur la coutume de Bretagne*, & *plusieurs autres.*

BIU Cujas

ARTICLE XXVIII.

Le défaut d'Insinuation peut être opposé à la femme mariée.

LE *défaut d'Insinuation pourra pareillement être opposé à la femme commune en biens, ou séparée d'avec son mari*, & à ses héritiers, *pour toutes les Donations faites à son profit, même à titre de dot, & ce dans tous les cas où l'insinuation est nécessaire, à peine de nullité, sauf à elle ou à ses héritiers d'exercer leur recours*, s'il y écheoit, contre le mari ou ses héritiers, *sans que sous prétexte de leur insolvabilité*, la Donation puisse être confirmée en aucun cas, nonobstant le défaut d'Insinuation.

OBSERVATIONS.

Le défaut d'insinuation pourra pareillement être opposé à la femme.] L'article LVIII de l'ordonnance de Moulins ayant assujetti toute sorte de donations entre-vifs à l'insinuation, pour être faite dans les délais de quatre ou de six mois, sans excepter celles qui étoient faites aux femmes mariées, il y eut difficulté dans le Pays coutumier, pour savoir si les délais portés par l'ordonnance de Moulins, couroient contre la femme mariée, parce qu'étant en la puissance de son mari, elle ne pouvoit pas agir pour faire l'insinuation; voilà pourquoi il paroissoit juste que le tems ne courût pas pendant le mariage, à cause de la maxime *contra non valentem agere non currit præscriptio*. Sur quoi les arrêts avoient décidé diversement la question, comme le remarque *Charondas, sur le code Henry, liv. 6, tit. 4, article 1.*

Pour faire cesser cette difficulté, il fut ordonné par l'article CXXXI de l'ordonnance de 1629, *que les quatre mois pour l'insinuation des donations faites aux femmes par contrat de mariage, ne commenceront à courir que du jour du décès des maris.*

Quoique cette ordonnance eût été enrégistrée sans

BIU Cujas

modification au Parlement de Toulouse, elle n'y étoit pas observée, & l'on n'avoit pas cru qu'on dût faire une regle particuliere, à l'égard des femmes mariées, parce qu'elles n'y sont pas en la puissance de leur mari; & comme l'ordonnance de 1629 n'avoit d'autre objet que d'empêcher que les donateurs ou leurs héritiers & successeurs à titre gratuit, ne pussent pas opposer à la femme le défaut d'insinuation, comme on le pouvoit, suivant les anciennes ordonnances, & qu'on y jugeoit que le défaut d'insinuation ne pouvoit être opposé que par les créanciers ou tiers-acquéreurs, on confondoit les donations faites aux femmes mariées, avec celles qui étoient faites aux autres personnes; voilà pourquoi les donations faites aux femmes mariées étoient bonnes sans insinuation à l'égard du donateur & de ses successeurs à titre gratuit; mais elles ne pouvoient pas nuire aux créanciers ou tiers-acquéreurs, à moins qu'elles n'eussent été causées pour dot ou augment, selon *M. de Catellan, liv. 5, chap. 9.*

On ne suivoit pas non plus au Parlement de Paris l'article CXXXI de l'ordonnance de 1629, à l'égard des donations faites à la femme par tout autre que le mari; mais si le mari avoit fait la donation, le délai de quatre mois ne commençoit de courir que du jour de la mort du mari ou de la séparation, selon l'usage de ce Parlement, attesté par *M. Louet & Brodeau, lett. J, somm. 1; Ricard des donations, tom. 1, part. 1, n°. 1238; & Ferrieres, sur la coutume de Paris, article 284, Glos. 2, §. 1, n°. 38 & 39*; mais notre article a retranché cette distinction, en ordonnant que le défaut d'insinuation pourroit être opposé à la femme mariée, commune en biens ou séparée, pour toutes les donations faites à son profit indistinctement, même à titre de dot, dans tous les cas où l'insinuation est nécessaire, à peine de nullité, suivant les articles précédens.

¶ *Commune en biens, ou séparée d'avec son mari.*] Ces termes donnent lieu à une difficulté considérable, qui consiste à savoir si le présent article n'entend parler que des femmes qui sont communes en biens, ou qui l'ont été, mais qui sont séparées d'avec leurs maris; c'est-à-dire, des femmes qui sont dans les pays coutumiers, où la société conjugale a lieu; ou bien s'il comprend généralement les donations faites aux femmes, même dans les pays du droit écrit. A ne consulter que la lettre & les termes de notre article, il faudroit décider qu'il ne

BIU Cujas

parle que des femmes du pays coutumier où la communauté des biens eſt en uſage ; puiſqu'il dit par une ſeule & même période, *le défaut d'inſinuation pourra pareillement être oppoſé à la femme commune ou ſéparée d'avec ſon mari* ; ainſi la femme commune, & non celle qui ne l'eſt pas, eſt le ſeul objet de l'article, ſelon ces paroles ; cependant il y a lieu de croire que l'intention du Légiſlateur a été que le défaut d'inſinuation pourroit être oppoſé à la femme dans les pays du droit écrit, où la ſociété conjugale n'a pas lieu, tout comme celle du pays coutumier : cela paroît de l'eſprit général de l'ordonnance, dont l'objet a été d'établir une Juriſprudence uniforme dans tout le Royaume, & qui a adopté les principes du droit coutumier, dans ce cas où ces principes étoient obſervés dans une plus grande étendue de pays que ceux du droit Romain, & *vice-verſâ* ; voilà pourquoi je penſe que cet article doit être entendu de maniere que les mots, *commune en biens ou ſéparée d'avec ſon mari*, contiennent une extenſion ; & pour mettre la femme commune au niveau de celle du droit écrit, en faiſant ceſſer l'ancienne Juriſprudence du pays coutumier, ſuivant laquelle les délais pour faire inſinuer les donations faites aux femmes mariées dans le pays coutumier, ne commencent de courir que depuis la diſſolution du mariage ; & ce qui confirme mon opinion, c'eſt que l'article XXIX *infr.* qui eſt relatif à celui-ci, parle généralement de toutes ſortes de femmes, même de celles du droit écrit, où elles peuvent avoir proprement des biens parafernaux. Cette explication peut être appuyée ſur la *novelle* 107, *ch.* 2, qui diſpenſe de l'inſinuation les conventions matrimoniales qui ſont en faveur de la femme, parce que c'eſt au mari à les faire inſinuer ; qu'ainſi on ne peut oppoſer à la femme aucune négligence : *viris enim*, dit ce texte, *habentibus poteſtatem inſinuare donationes pro non inſinuatis periculum mulieribus imminere ineptum nobis eſſe videtur.* ¶

Pour toutes les donations faites à ſon profit.] Il faut obſerver à l'égard des donations faites par le mari à ſa femme en contrat de mariage, que le mari ni ſes héritiers ne peuvent pas oppoſer le défaut d'inſinuation, ſuivant l'eſprit de *l'article XXX infrà* ; comme auſſi on doit excepter les dons mutuels, & autres donations faites entre mari & femme, autrement que par les contrats de mariage, qui ne ſont point compriſes dans la diſpoſition de la préſente ordonnance, comme le porte *l'article XLVI*;

BIU Cujas

mais tous les intéreſſés, autres que le mari, ſes héritiers ou ayant cauſe, peuvent oppoſer à la femme le défaut d'inſinuation des donations faites par le mari à la femme en contrat de mariage, dans les cas où l'inſinuation eſt requiſe, à peine de nullité; c'eſt ce qui réſulte de la diſpoſition générale de notre article, l'exception propoſée par *l'article XXX* ne pouvant avoir lieu que pour le cas particulier qui s'y trouve excepté.

Même à titre de dot.] Ceci contient une dérogation au droit commun, qui diſpenſoit la dot de la néceſſité de l'inſinuation, ſuivant *la loi 31, cod. de jure dot.* & les Auteurs que j'ai rapportés ſur *l'article XX*; à quoi étoit conforme la Juriſprudence de preſque tous les Parlemens du Royaume; mais préſentement la donation à titre de dot eſt aſſujettie à cette formalité par notre article, & le défaut d'inſinuation peut être oppoſé à la femme, excepté que la conſtitution ne fût faite par un aſcendant en contrat de mariage, ſuivant *l'article XIX.* de cette ordonnance, comme je l'ai remarqué ſur *l'article XX.* ¶ On s'eſt conformé dans cette nouvelle Loi à l'eſprit des anciennes ordonnances, qui, par leur diſpoſition générale, avoient compris la dot, & l'avoient aſſujettie à la néceſſité de l'inſinuation, comme l'a remarqué M. Cujas, ſur la novelle 119, qui dit; *ex conſtitutionibus regum noſtrorum optimorum & feliciſſimorum, & dos & omnis contractus inſinuantur ut falſitatis occaſio nulla ſit. Gregorius-Toloſanus, in ſintagmata juris, lib. 28, cap. 13, n°. 17,* l'a penſé de même; la raiſon en eſt, parce que la dot eſt toujours une libéralité de la part du conſtituant; *leg. ult. cod. de donat. ante nupt. & leg. 25, §. 1, ff. quæ in fraudem creditor.*

La nouvelle Juriſprudence, introduite par cet article, eſt beaucoup plus exacte & plus juſte que ne l'étoit celle qui avoit diſpenſé la donation, à titre de dot de la néceſſité de l'inſinuation; car à la ſuivre à la rigueur, il auroit fallu diſpenſer de l'inſinuation toutes les donations faites à une femme mariée, qui ſe feroit conſtituée tous ſes biens préſens & à venir, parce que du moment de la donation, les biens donnés deviennent dotaux, & par conſéquent non ſujets à l'inſinuation; ce qui auroit porté beaucoup de préjudice à ceux qui auroient contracté avec le donateur, en lui prêtant, ou en achetant de lui, ſans connoître la donation antérieure. ¶

Mais le défaut d'inſinuation de la dot peut-il être oppoſé au mari de même qu'à la femme? Il ſemble d'abord

BIU Cujas

qu'il faut décider pour l'affirmative, parce qu'il ne faut pas séparer l'intérêt du mari de celui de la femme; & puisque le défaut d'insinuation peut être opposé à la femme pour la dot à elle constituée, il peut être également opposé au mari qui tient son droit tacitement ou expressément de sa femme, en considération de laquelle la dot a été constituée au mari; *l.* 9, §. *Similique modo, cod. de pact. convent. & Dumoulin, de donationibus in contractu matrimonii factis, nº.* 67 *&* 68, & qui est d'ailleurs garant du défaut d'insinuation, selon notre article.

Mais nonobstant ces raisons, il faut tenir le contraire. Premiérement, parce que, selon le droit & la Jurisprudence des Parlemens, la dot n'avoit pas besoin d'insinuation, & que notre article ne décidant autre chose, sinon que le défaut d'insinuation pourra être opposé à la femme, même pour les donations à titre de dot, il ne touche pas au droit du mari, à l'égard duquel l'insinuation n'a jamais été nécessaire. Secondement, qu'à l'égard du mari, la dot n'est pas une donation ni un titre gratuit, mais bien un titre onéreux; les loix le considerent comme créancier ou acheteur; *leg. ult. ff. de dotis collat. L.* 19, *ff. de oblig. & act. l.* 8, §. 13, *ff. quibus mod. pign. vel hypotheca solvitur*; *& Dumoulin*, au lieu préallégué, *nº.* 67. Troisiémement, que la convention qui attribue au mari la propriété ou la jouissance de la dot, est un gain de survie, ou un contre-augment, qui est dispensé de la nécessité de l'insinuation, suivant *l'article XXI* de cette ordonnance; il faut donc distinguer l'intérêt du mari d'avec celui de la femme, l'insinuation n'étant requise qu'à l'égard de celle-ci, & non à l'égard de l'autre; & par conséquent le constituant, quel qu'il soit, ni ses successeurs, ni même ses créanciers, ou tiers-acquéreurs, ne pourront pas opposer le défaut d'insinuation au mari, pour ce qui concerne la dot constituée; voilà pourquoi le mari, quoique son contrat de mariage n'ait pas été insinué, aura les mêmes droits sur les biens dotaux, que si l'insinuation avoit été faite, & il pourra opposer le défaut d'insinuation à un second donataire, quoiqu'il soit un des enfans du donateur, si la donation n'a pas été faite en contrat de mariage, suivant *Graverol, sur M. Laroche, liv.* 6, *tit.* 40, *article* 12, contre la nouvelle Jurisprudence des arrêts rapportés par M. de *Catellan, liv.* 4, *ch.* 66, qui a été suivie par ceux qui ont été rendus depuis, laquelle se trouve abro-

BIU Cujas

gée par la présente ordonnance, attendu que le défaut d'insinuation peut être opposé à toute sorte de donations, autres que celles qui sont exceptées, & que le droit du mari sur la dot est irrévocable, indépendamment de l'insinuation; ainsi quand la donation non-insinuée seroit antérieure à la constitution de dot, elle ne pourroit pas nuire au mari, à moins qu'elle ne fût du nombre de celles qui sont dispensées de l'insinuation.

¶ *Et ce dans tous les cas où l'insinuation est nécessaire, à peine de nullité.*] C'est-à-dire, selon les dispositions de la présente ordonnance, qui a assujetti toute sorte de donations entre-vifs à la formalité de l'insinuation, suivant *l'article XX suprà*, à l'exception de celles qui sont faites en ligne directe par contrat de mariage, comme le porte *l'article XIX suprà.* ¶

Sauf à elle ou à ses héritiers d'exercer leur recours.] L'article ne fait que réserver le recours à la femme ou à ses héritiers contre le mari ou ses héritiers, le cas y échéant, & ne décide rien sur ce point; mais la question est nettement décidée par *Ricard*, *tom.* 1, *part.* 1, *n°.* 1241, qui observe que par la Jurisprudence coutumiere, la femme est absolument *in sacris mariti*, que le mari est maître de la communauté & de l'administration de tout ce qui appartient à sa femme, laquelle n'a pas même des biens paraphernaux, comme chez les Romains; en sorte qu'elle ne peut accepter les donations qui lui sont faites, que sous l'autorité de son mari; c'est pourquoi étant obligée de se reposer sur sa conduite, & n'ayant pour sa part que le soin de la famille & du ménage, c'est au mari à veiller aux affaires, puisqu'il a l'intendance pour partage: si bien que lorsqu'il ne s'acquitte pas de sa charge, il est juste qu'il demeure responsable, n'étant pas raisonnable que la femme souffre de la faute ou négligence de son mari. Après quoi le même Auteur conclut, que le mari est responsable, s'il a manqué de faire insinuer la donation faite à sa femme, durant leur mariage, par toute autre personne.

Le même Ricard, au nombre 1243, excepte deux cas auxquels le mari n'est pas responsable, quoiqu'il ait négligé de faire insinuer la donation faite à sa femme. Le premier, lorsque la femme a accepté la donation en qualité de femme autorisée par Justice, sur le refus du mari, parce que le mari s'est déchargé, en refusant d'autoriser sa femme, du péril qu'il pouvoit encourir à raison de la donation. Le second, lorsque la femme est séparée

BIU Cujas

en biens, parce qu'ayant la direction de son bien & de ses affaires, c'est à elle de veiller à ce qui est nécessaire pour donner la perfection à la donation.

Pour ce qui est du droit écrit, les héritiers du mari devroient être responsables, faute par le mari d'avoir fait insinuer la donation faite à sa femme pour cause de dot, selon l'esprit de l'article suivant, qui est en cela conforme au droit Romain, parce que les actions pour cette nature de biens, appartiennent au mari & non à la femme; *L. doce ancillam, cod. de rei vindicatione.* Voilà pourquoi le mari qui laisse prescrire le fonds dotal, est responsable de sa valeur envers sa femme; *leg. Si fundum* 16, *ff. de fundo dotali*: ce qu'il faut néanmoins entendre lorsqu'il y a faute ou négligence de sa part; ce qui ne peut pas arriver, quand le mari a ignoré la donation, ou qu'il y a eu quelque légitime empêchement, comme je l'ai observé sur *l'article XIV suprà.*

Sans que sous prétexte de leur insolvabilité.] L'article XIV *suprà* a ordonné la même chose au sujet de l'acceptation; le défaut d'insinuation peut donc être opposé à la femme mariée, commune en biens ou séparée de son mari, soit qu'elle puisse ou ne puisse pas exercer son recours contre son mari ou ses héritiers, à cause de leur insolvabilité; il en doit être de même lorsqu'elle ne peut pas exercer ce recours, à cause qu'il n'y a point de faute ni de négligence; mais dans tous ces cas, la donation sera nulle, parce que la validité de la donation ne dépend pas de la question si la femme pourra ou ne pourra pas exercer son recours; & cela est conforme à la Jurisprudence des nouveaux arrêts du Parlement de Toulouse, rapportés par *M. de Catellan, liv. 4, ch. 45*, qui ont jugé que la prescription pour les sommes dotales, a son effet en faveur des débiteurs, quoique la femme ne puisse pas avoir son recours contre son mari à cause de son insolvabilité.

BIU Cujas

ARTICLE XXIX.

Le recours ne peut être exercé quand la Donation eſt faite à la femme pour bien paraphernal, à moins que le mari n'en eût eu l'adminiſtration.

N'ENTENDONS néanmoins *qu'en aucun cas ledit recours puiſſe avoir lieu*, quand il s'agira de Donations faites à la femme pour lui tenir lieu de bien paraphernal, ſi ce n'eſt ſeulement *lorſque le mari aura eu la jouiſſance* de cette nature de biens, du *conſentement exprès ou tacite de la femme.*

OBSERVATIONS.

Notre article refuſe à la femme & à ſes héritiers, en toute ſorte de cas, le recours contre ſon mari & ſes héritiers, pour le défaut d'inſinuation, lorſque la donation aura été faite à la femme pour lui tenir lieu de bien paraphernal, à l'exception ſeulement lorſque le mari aura eu la jouiſſance de cette eſpece de biens, par le conſentement exprès ou tacite de ſa femme.

Qu'en aucun cas ledit recours puiſſe avoir lieu.] La femme ayant la pleine propriété & la libre diſpoſition de ſon paraphernal ; *leg. 8, cod. de pactis conventis*, c'eſt à elle à veiller à la conſervation de cette nature de biens ; voilà pourquoi il ſeroit injuſte de rendre le mari reſponſable pour n'avoir pas fait inſinuer les donations faites à ſa femme à titre de paraphernal, parce qu'il n'a rien à voir ſur l'adminiſtration de ce bien, à moins que la femme ne la lui accorde.

Lorſque le mari aura la jouiſſance.] Cette exception eſt fondée ſur la diſpoſition de la *loi 11, cod. de pactis conventis*, qui veut que le mari ſoit reſponſable de ſon dol ou de ſa négligence dans l'adminiſtration du paraphernal, qui lui a été commiſe par ſa femme, & qu'il répare le dommage qu'il peut avoir cauſé pour n'avoir pas eu le même ſoin du bien de ſa femme, que du ſien propre : *Dùm autem*, dit la loi, *apud maritum remanent eædem cautiones, & dolum & diligentiam maritus circa eas præſtare de-*

BIU Cujas

bet, qualem & circa ſuas res habere invenitur : ne ex ejus mâ-lignitate vel deſidia, aliqua mulieri accedat jactura ; quod ſi evenerit, ipſe eandem de proprio reſarcire compellatur.

Puiſque le mari eſt reſponſable de ſa négligence, pour n'avoir pas fait inſinuer la donation faite à ſa femme pour biens paraphernaux, lorſqu'il en a la jouiſſance du conſentement de ſa femme, à plus forte raiſon doit-il être reſponſable d'une pareille négligence, lorſque la donation eſt faite pour dot, ou quand la femme s'étant conſtituée tous ſes biens préſens & à venir, reçoit quelque libéralité *conſtante matrimonio*, quoiqu'elle ne ſoit pas qualifiée pour dot ; parce que les biens donnés deviennent dotaux à cauſe de la conſtitution générale, puiſque, comme je l'ai remarqué ſur l'article précédent, les actions dotales réſident ſur la tête du mari ; il doit donc y apporter toute la diligence pour en empêcher la perte, & afin que la femme n'en ſouffre pas ; autrement il doit réparer le dommage qu'il a cauſé, comme le décide la *loi 11, cod. de pactis conventis*, à l'égard des biens paraphernaux, ſur leſquels le mari n'a pas un droit ſemblable à celui qu'il a ſur les biens dotaux.

Du conſentement exprès ou tacite de la femme.] Que le conſentement de la femme ſoit exprès ou tacite touchant la jouiſſance du mari, il doit produire le même effet, ſuivant notre article ; ce qui eſt fondé ſur ce que le ſimple conſentement tacite de la femme étant ſuffiſant pour diſpenſer le mari de rendre compte des fruits, comme étant préſumés avoir été employés *in uſum promiſcuum familiæ*, ainſi que la *loi 11, cod. de pactis conventis*, le permet ; il faut également que la jouiſſance fondée ſur le conſentement tacite de la femme, ſuffiſe pour le rendre reſponſable de ſa négligence, parce que *ubi eſt emolumentum, ibi onus eſſe debet.*

D'ailleurs, ſi le conſentement tacite ne ſuffiſoit pas pour produire un mandat, le mari jouiſſant ou adminiſtrateur des biens paraphernaux, devroit être regardé comme *negotiorum geſtor ;* & en cette qualité, il ſeroit tenu d'un ſoin & d'une diligence encore plus exacte que le mandataire ; car, ſelon le §. 1, *aux Inſtit. de obligationibus quæ ex quaſi-contractu naſcuntur*, le *negotiorum geſtor* eſt tenu *ad exactiſſimam diligentiam*, & il n'en ſeroit pas quitte en employant le même ſoin qu'à ſes propres affaires ; & par conſéquent le conſentement tacite de la femme ne doit pas moins opérer que le conſentement exprès.

Mais lorſque le mari n'a pas joui des biens donnés, il

BIU Cujas

ne doit pas être reſponſable du défaut d'inſinuation, quoiqu'il ait joui des autres biens paraphernaux de ſa femme, comme je le ferai voir ſur l'article ſuivant.

ARTICLE XXX.

Le mari ni ſes héritiers, ou ayant-cauſe, ne peuvent point oppoſer à la femme le défaut d'Inſinuation, à moins que la Donation ne ſoit faite pour bien paraphernal dont elle ait joui.

LE *mari, ni ſes héritiers ou ayant-cauſe*, ne pourront en aucun cas, *& quand même il s'agiroit de Donation faite par d'autres que par le mari*, oppoſer le défaut d'Inſinuation *à la femme commune ou ſéparée*, ou *à ſes héritiers ou ayant-cauſe, ſi ce n'eſt que ladite Donation eût été faite* pour tenir lieu à la femme de bien paraphernal, & qu'elle en eût eu la libre jouiſſance & l'adminiſtration.

OBSERVATIONS.

Le mari ni ſes héritiers.] La diſpoſition de notre article doit avoir lieu dans les pays coutumiers où la femme eſt en la puiſſance de ſon mari, pour toute ſorte de donations, même faites par d'autres que le mari, ſoit que les biens donnés ſoient dotaux ou non, lorſque les coutumes ne permettent pas à la femme d'avoir des biens paraphernaux; & en pays de droit écrit, lorſqu'il s'agit de la donation faite pour cauſe de dot, ou que les biens donnés deviennent dotaux par la conſtitution générale faite par la femme; la raiſon eſt, parce que le mari étant obligé lui-même de faire faire l'inſinuation, à peine d'être reſponſable envers ſa femme, comme il a été dit ſur l'article précédent, il ne ſeroit pas raiſonnable que lui ou ſes héritiers puſſent oppoſer un défaut dont le mari ſeroit coupable, comme le décident *M. Louet, lettre D, ſommaire 4; & Ricard, des donations, tom. 1, part. 1, n°. 1239*, & ſuivans.

BIU Cujas

Ou ayant-cauſe.] A titre gratuit ſans diſtinction, & même à titre onéreux, lorſqu'on ſe trouve dans un cas auquel la femme peut exercer ſon recours contre le mari ou ſes héritiers, ou ayant-cauſe: la raiſon eſt, parce que la femme doit avoir une hypotheque légale pour ce recours du jour de la donation, en vertu de laquelle hypotheque elle pourroit agir contre les tiers-poſſeſſeurs des biens de ſon mari, après avoir diſcuté les héritiers; & par conſéquent ceux qui ont droit & cauſe du mari, même à titre onéreux, poſtérieurement à la donation, ne peuvent pas oppoſer à la femme le défaut d'inſinuation, parce qu'ils en ſont eux-mêmes garans, ſuivant la maxime *quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio.* Ce qui ne paroît pas ſuſceptible de difficulté dans le pays du droit écrit, où la femme a une hypotheque tacite & légale pour tout ce qui concerne la dot; *L. unica*, §. 1, *cod. de rei uxor. actione*, laquelle hypotheque remonte au jour du contrat de mariage dans les pays où la loi *Aſſiduis*, *cod. qui potiores in pignor. habentur*, n'eſt pas en uſage. Au Parlement de Toulouſe, où cette loi eſt obſervée, la femme a un privilege qui la fait préférer à tous les créanciers, même antérieurs. Voyez Bretonier, ſur Henris, tom. 2, liv. 5, queſtion 12, où il traite la queſtion, de quel jour le fidéicommiſſaire doit avoir hypotheque ſur les biens de l'héritier grevé qui n'a pas fait inſinuer la ſubſtitution.

Quand même il s'agiroit de donation faite par d'autres que par le mari.] Quoique le mari ou ſes héritiers fuſſent intéreſſés à impugner la donation, comme s'ils avoient contracté poſtérieurement, ou ſuccédé au donateur; ce qui eſt fondé ſur la maxime, *quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio*, & ſur les autres raiſons que j'ai rapportées dans la précédente obſervation.

A plus forte raiſon le mari, ſes héritiers ou ayant-cauſe, peuvent-ils moins oppoſer le défaut d'inſinuation pour les donations faites à la femme par le mari même, ſuivant *M. Louet & Ricard*, aux endroits cités; & *Baſnage*, *ſur l'article 448 de la coutume de Normandie.* ¶ Ce qui a lieu, quand même la donation devroit tenir lieu à la femme de bien paraphernal, parce que les premieres paroles de notre article font comprendre que la donation faite par le mari à la femme, ne peut, en aucun cas, être attaquée, à cauſe du défaut d'inſinuation par le mari, ſes héritiers ou ayant-cauſe; qu'ainſi l'exception de la donation, qui doit tenir lieu de bien paraphernal, ne doit s'ap-

BIU Cujas

pliquer qu'à la donation faite par d'autres que par le mari. ¶

A la femme commune ou séparée.] Il ne faut pas distinguer la femme commune en biens avec celle qui est séparée de son mari; la raison est, parce que la séparation ne résout pas la puissance maritale, comme je l'ai remarqué ailleurs. ¶ Du reste, les mots, *à la femme commune ou séparée*, ne doivent pas être entendus de maniere qu'ils renferment une limitation à celles qui sont dans le pays coutumier, où la communauté conjugale a lieu, & qu'elle ait exclu de la disposition du présent article celles du droit écrit, & cet article doit être expliqué de la même façon que le 28e. *supr.* par les raisons que nous y avons rapportées; il y a même une raison particuliere, lorsque c'est le mari qui a fait la donation à sa femme dans leur contrat de mariage; elle est prise de ce que par la *novelle* 127, *ch.* 2, l'obligation d'insinuer le contrat de mariage, regarde le mari; il ne doit donc pas être permis d'opposer un défaut, dont il est seul la cause par sa négligence, & par conséquent il en doit être de même à l'égard de ses héritiers, comme le Parlement de Toulouse l'a jugé par arrêt rendu en la Grand-Chambre, au rapport de M. de Pegueiroles, le 23 Août 1734, en faveur de la Dame de Pasquerie, contre les Dames d'Esperon & de Lasplaignes, héritieres *ab intestat* du Sieur d'Esperon, Seigneur de Goux, leur frere; je rapporte l'arrêt en forme, avec la clause du contrat de mariage, & les motifs qui ont été donnés par M. le Rapporteur. ¶

Ou à ses héritiers.] Parce que les héritiers de la femme représentent sa personne; ainsi on ne peut pas leur opposer le défaut d'insinuation, tout de même qu'on n'auroit pas pu l'opposer à la femme de son vivant.

Ou ayant-cause.] Soit à titre gratuit ou onéreux, général ou particulier, par la raison que je viens de toucher, & que les exceptions réelles passent au successeur particulier.

Pour tenir lieu à la femme de bien paraphernal.] Notre article pose une exception à la regle qu'il a établi au commencement; savoir, que le défaut d'insinuation peut être opposé à la femme ou à ses héritiers, par le mari, ses héritiers ou ayant-cause, lorsque la donation est faite pour tenir lieu à la femme de bien paraphernal dont elle a joui. La raison est, parce que le mari n'est pas chargé dans ce cas de faire insinuer la donation faite à la femme, & que n'étant pas responsable du défaut d'insi-

BIU Cujas

nuation, on ne peut pas lui opposer, ni à ses successeurs, la maxime *quem de evictione tenet actio, &c.* qui sert de fondement à la regle établie par cet article.

Et qu'elle en eût eu la libre jouissance.] C'est-à-dire, des biens donnés par la donation non insinuée. Mais si le mari avoit la jouissance des autres biens paraphernaux de sa femme par son consentement exprès ou tacite, suivant l'article précédent, devroit-il être responsable du défaut d'insinuation de la donation faite, avec rétention d'usufruit, & dont la femme ni son mari n'auroient pas pu jouir? Il semble d'abord qu'on doive décider pour l'affirmative; parce que le mari qui jouit des biens paraphernaux de sa femme, doit veiller à la conservation même de ceux qui lui adviennent, à cause du mandat exprès ou tacite qui doit s'étendre sur tous les biens de cette nature; qu'ainsi il doit être tenu de sa négligence, suivant la *loi 13, cod. mandati.* Cependant il paroît plus raisonnable de soutenir que le mari ne seroit pas responsable du défaut d'insinuation, parce que le mandat de la femme ne peut se rapporter qu'aux biens administrés par le mari, & non aux autres, dont la femme ne l'a point encore chargé, auxquels le mari n'a rien à voir; *L. 8, cod. de pactis conventis;* sans compter que les peines ne doivent pas être étendues d'un cas à l'autre: de plus, notre article le décide de même, en ce que quand il dit, *& qu'elle en eût eu la libre jouissance & administration*, il se rapporte aux biens compris dans la donation; ainsi, afin que le mari puisse être déclaré responsable du défaut d'insinuation, il faut qu'il ait joui des biens donnés, en vertu du consentement exprès ou tacite de sa femme; & c'est ainsi qu'il faut expliquer l'article précédent.

¶ *Si ce n'est que la donation n'eût été faite.*] Cette disposition, qui contient une exception, ne peut se rapporter qu'à la donation faite à la femme, par autre que par le mari; ce qui résulte des mots, *ladite donation*, qui se rapportent à l'ampliation qui précéde, & non à la donation faite par le mari à sa femme, parce qu'en aucun cas, le mari ni ses héritiers, ne peuvent opposer à la femme, ni à ses héritiers, le défaut d'insinuation, à raison des donations faites par le mari, même en faveur de sa femme, parce que, comme il a été dit, c'est au mari à faire insinuer le contrat de mariage; qu'ainsi il seroit injuste que lui ou ses héritiers pussent opposer le défaut d'insinuation, dont la négligence du mari est la cause.

ARREST

BIU Cujas

ARREST
DE LA COUR
DU PARLEMENT
DE TOULOUSE,
Du 23 Août 1774,

RENDU en conſéquence des Articles XX, XXI, XXVII, XXVIII, XXIX & XXX de l'Ordonnance du mois de Février 1731, concernant les Donations;

Avec les motifs ſur leſquels ledit Arrêt a été rendu.

LOUIS par la grace de Dieu, Roi de France & de Navarre: Au premier notre Huiſſier ou Sergent ſur ce requis. Comme en l'inſtance pendante en notre Cour de Parlement de Toulouſe entre Dame Jeanne Paſquerie, veuve de Noble Jean-Baptiſte d'Eſperon, Sieur de Laſplaignes, impétrant nos Lettres du 27 Juin 1734, en appel de la Sentence du 29 Janvier 1734, rendue par Mes. Pierre Latour & Pierre Miramont, Avocats en notredite Cour, & Quinquiry, Sur-Arbitre, auſſi Avocat en notredite Cour, d'une part: & Dames Bertrande, Françoiſe, & Marie de Laſplaignes, & Noble Joſeph d'Eſperon de Laſplaignes, tous quatre cohéritiers de feu Noble Jean-Baptiſte d'Eſperon, Sieur de Laſplaignes, Seigneur de Goux, mari de ladite Dame de Paſquerie, défendeurs, d'autre; & encore ladite Dame de Paſquerie, veuve dudit Sieur Jean-Baptiſte d'Eſperon de Laſplaignes, demandereſſe en la cauſe renvoyée en Jugement par arrêt du 16 dudit mois de Juillet, & Suppliante par Requête de Joint, du 19 dudit

BIU Cujas

mois de Juillet, tendante à ce que disant droit en son appel, & réformant la Sentence arbitrale, en ce qu'elle a déclaré nulle la donation dont il est question, lesdites Dames Bertrande, Françoise, Marie, & Joseph de Lasplaignes, frere & sœurs, soient condamnés au payement de la somme de 4000 livres, dont il est aussi question, & aux dépens, d'une part; & lesdites Dames de Lasplaignes, & le Sieur d'Esperon de Lasplaignes, défendeurs, d'autre; & entre lesdites Dames Bertrande, Françoise & Marie de Lasplaignes, défendereſſe & suppliante par Requête du 18 Août mois courant, tendante à ce qu'il plaise à notredite Cour, sans avoir égard à l'appel & Requête de ladite Dame de Pasquerie, & l'en démettant, ordonner que ladite Sentence arbitrale sortira son plein & entier effet, & qu'elle sera exécutée devant le Commissaire qui sera nommé; & disant droit en la cause renvoyée en Jugement par l'arrêt du 16 Juillet dernier, recevant les suppliantes à corriger leur Requête de Joint au soit-montré, du 12 Juillet, renvoyée en Jugement, en ce qu'elles avoient demandé que ladite Pasquerie fût tenue de payer les grains qui existoient & étoient en nature au tems du décès dudit Sieur de Goux, sur le plus haut prix que lesdits grains ont valu pendant l'année du décès dudit Sieur de Goux; ce faisant, ordonner que ladite de Pasquerie payera ou imputera lesdits grains, de même que les effets qu'elle aura dissipés & tournés à ses usages, ou la valeur comme elle étoit au tems du décès dudit Sieur de Goux, aux dire & jugement d'Experts, conformément & relativement à ladite Sentence arbitrale, sans préjudice aux suppliantes de prouver les latitations, s'il y en a, par les voies de droit; & condamner ladite de Pasquerie aux dépens réservés par l'arrêt du 16 Juillet dernier, avec dépens, d'une part; & ladite Dame de Pasquerie, défendereſſe, d'autre. NOTREDITE COUR, Vu le procès, plaidés du 12 Juillet, & dernier arrêt de notredite Cour, du 18 Août mois courant, qui joint la cause renvoyée en Jugement par l'arrêt du 16 Juillet dernier; productions sur lesquelles ledit arrêt a été rendu; lesdites Lettres & Requêtes, contrat de mariage entre ladite Dame de Pasquerie & ledit Sieur d'Esperon de Lasplaignes, qui contient la donation dont il est question, en date du 14 Août 1732; ladite Sentence arbitrale du 29 Janvier 1734; dires pas écrit, réponses, répliques, & autres pieces mentionnées aux productions desdites parties; par son Arrêt prononcé le 23 Août 1734, disant

BIU Cujas

droit sur les demandes, fins & conclusions desdites parties, & sur la cause renvoyée en Jugement par son arrêt du 16 Juillet dernier, faisant droit sur l'appel, Lettres & Requête de ladite Pasquerie, sans avoir égard à celle desdits Joseph, Bertrande, Françoise, & Marie d'Esperon de Lasplaignes, frere & sœurs, a mis & met l'appellation de la Sentence arbitrale, dudit jour 29 Janvier 1734, & ce dont il a été appellé, au néant; & réformant, a condamné & condamne lesdits d'Esperon de Lasplaignes, successeurs audit Jean-Baptiste d'Esperon, leur frere, de payer, en ladite qualité, à ladite de Pasquerie, la somme de quatre mille livres mentionnée dans son contrat de mariage avec ledit Jean-Baptiste d'Esperon, dudit jour 14 Août 1732, ensemble les intérêts de ladite somme depuis l'introduction de l'instance, suivant la liquidation qui en sera faite devant le Rapporteur du Procès. Ordonne en outre que ladite Pasquerie ne sera tenue de compter ou imputer la valeur des grains & autres effets par elle reçus ou employés à ses usages, & qui seroient trouvés en nature au tems du décès dudit Jean-Baptiste d'Esperon son mari, qu'eu égard à leur légitime valeur au tems dudit décès, suivant l'offre insérée dans la Requête; a condamné & condamne lesdits d'Esperon de Lasplaignes, frere & sœurs, aux dépens, même en ceux réservés par ledit arrêt du 16 Juillet dernier, chacun comme les concerne, envers ladite Pasquerie, la taxe réservée; & sera l'amende restituée. NOUS, A CES CAUSES, à la requête & supplication de ladite Dame Jeanne de Pasquerie, te mandons & commandons mettre le présent arrêt à due & entiere exécution, suivant sa forme & teneur, auquel effet faire tous Exploits requis & nécessaires; ce faisant, contraindre par toutes voies dues & raisonnables lesdits Sieur d'Esperon de Lasplaignes, frere & sœurs, à payer & rembourser incontinent & sans délai, au Sieur Pasquerie, pere, en conséquence de l'ordonnance du 28 Août 1734, ou à son certain mandement, la somme de cent quatre-vingt livres seize sols huit deniers par lui fournie & avancée, tant pour le rapport intervenu au présent arrêt, frais, expéditions & sceau d'icelui. Mandons en outre à tous nos autres Officiers, Justiciers & Sujets, ce faisant, obéir. DONNÉ à Toulouse, en notredit Parlement, le 28 Août 1734, & de notre regne le 19e. Par la Cour, COLOMÉS. Collationné, BAJOU. *Monsieur DE PEGUEIROLES, Rapporteur.* Contrôlé, COURDU-

BIU Cujas

RIER. Collationné, J. SERRES. Scellé le 28 Août 1734; COLOMÉS.

Collationné par Nous Ecuyer, Conſeiller-Secrétaire du Roi, Maiſon & Couronne de France en la Chancellerie de Languedoc.

MOTIFS DE L'ARREST CI-DESSUS,

par lequel la Cour, en réformant une Sentence arbitrale du 29 Janvier 1734, a condamné les Sieurs & Dames d'Eſperon de Laſplaignes, frere & Sœurs, Succeſſeurs de Noble Jean-Baptiſte d'Eſperon de Laſplaignes, Seigneur de Goux, de payer à la Dame de Paſquerie, veuve dudit Sieur Jean-Baptiſte d'Eſperon, une ſomme de 4000 livres mentionnée dans leur Contrat de mariage du 14 Août 1732.

CEs Motifs préſuppoſent la clauſe du contrat de mariage, laquelle eſt conçue en ces termes:

Avec pacte, qu'en cas de prédécès de l'un à l'autre deſdits futurs époux, le ſurvivant jouira pour droit d'augment, à titre d'uſufruit, ſa vie durant; ſavoir, ledit Seigneur de Goux, de la ſomme de 4000 livres, & ladite Demoiſelle de Paſquerie d'une penſion annuelle & viagere de 200 livres; & au-deſſus de ce, ledit Noble d'Eſperon a donné & donne en propriété, & par donation entre-vifs, à ladite Demoiſelle de Paſquerie ſa fiancée, en cas de prédécès, la ſomme de 4000 livres, à prendre ſur ſes plus clairs effets, le cas y échéant; & ladite Demoiſelle de Paſquerie, future épouſe, du conſentement deſdits Sieur Paſquerie & Demoiſelle de Poumaret, ſes pere & mere, a donné & donne en propriété, par donation entre-vifs, audit Seigneur de Goux ſon fiancé, audit cas de prédécès, la ſomme de 1000 livres à prendre ſur ſa dot.

Les Arbitres avoient déclaré cette donation nulle au profit de la Dame de Paſquerie, par le défaut d'inſinuation, ſous prétexte de la diſpoſition de l'ordonnance du mois de Février 1731, enrégiſtrée le 14 Juillet de ladite année.

La déciſion de l'arrêt a été fondée ſur deux raiſons.

La premiere, que cette donation n'avoit pas beſoin d'inſinuation, & la ſeconde, que ſuppoſé qu'elle eût été néceſſaire, les héritiers ſucceſſeurs du mari n'auroient pas été en droit d'oppoſer ce défaut.

BIU Cujas

La premiere de ces propoſitions eſt établie ſur l'exception préciſe marquée dans l'article XXI de la même ordonnance, qui porte que *la peine de nullité par le défaut d'inſinuation, n'auroit point lieu à l'égard des dons mobils, augments, contre-augments, gains de nôces & de ſurvie, &c. à l'égard de toutes leſquelles ſtipulations ou conventions, la déclaration du 25 Juin 1729 ſeroit exécutée.*

Or c'étoit le cas de cette expédition, puiſqu'il s'agiſſoit non-ſeulement d'un don ſtipulé en contrat de mariage entre les futurs époux, mais qu'il étoit encore réciproque, & ſtipulé dans le cas de prédécès.

Il eſt vrai qu'il eſt dit dans cet article: *Dans les pays où ces gains ſont en uſage;* mais quoiqu'il n'y ait pas d'augment coutumier dans les lieux où le contrat de mariage a été paſſé, les augments & gains de ſurvie conventionnels y ſont fréquens, de même que dans tout le reſſort du Parlement de Toulouſe, dans les lieux où il n'y a point de coutume locale qui regle l'augment en propriété ou en uſufruit.

Et bien qu'il eût été ſtipulé un augment en uſufruit dans la premiere partie de la clauſe du contrat de mariage, rien n'empêche qu'il n'en ait été ſtipulé un autre en propriété dans le même contrat.

Les termes, *au-deſſus de ce*, n'ont rien de contraire, & ſemblent même ſe lier avec la premiere partie de la clauſe.

Celui de *donation entre-vifs*, ne change point de nature du don, qui eſt mutuel, & fait dans le cas du prédécès; & il ſuffit en un mot que ce don participe de la nature des gains nuptiaux, pour devoir être compris dans l'exception portée par l'article XXI de ladite ordonnance du mois de Février 1731.

L'Arrêt rapporté par M. de Catellan, liv. 5, ch. 9, par lequel il fut jugé, conformément au ſentiment de M. Maynard, que les créanciers & tiers-acquéreurs étoient en droit d'oppoſer le défaut d'inſinuation d'une donation faite par le mari & la femme, en cas de prédécès, n'a point de juſte application à l'eſpece de l'arrêt, parce que dans les cas rapportés par ces Auteurs il y avoit un augment & contre-augment ſtipulés dans le contrat de mariage; & ce fut ſur ce motif que l'on regarda la donation faite dans le même acte par le mari à la femme, quoique dans le cas du prédécès, comme diſtincte & ſéparée de l'augment & contre-augment.

La ſeconde propoſition; ſavoir, que les héritiers & ſucceſſeurs du mari ne ſont point en droit d'oppoſer à la

BIU Cujas

femme le défaut d'insinuation, est fondée sur la disposition expresse de l'article XXX de la même ordonnance du mois de Février 1731, qui est une loi générale, tant pour les pays de coutume, que pour ceux qui sont régis par le droit écrit; ce qui est confirmé par les articles XXVII & XXIX, & par l'exception qui est marquée à l'égard des biens paraphernaux à la femme. ¶

ARTICLE XXXI.

Les Tuteurs, Curateurs, Administrateurs & autres, ne peuvent opposer le défaut d'insinuation à leurs Mineurs & autres dont ils administrent leurs biens.

LES *Tuteurs, Curateurs, Administrateurs*, ou autres, qui par leur qualité, sont tenus de faire insinuer les Donations faites par eux, ou per d'autres personnes, *aux Mineurs ou autres, étant sous leur autorité, ne pourront pareillement, ni leurs héritiers ou ayant-cause, opposer le défaut d'Insinuation* auxdits Mineurs, ou autres Donataires, *dont ils ont eu l'administration, ni à leurs héritiers ou ayant-cause.*

OBSERVATIONS.

Les Tuteurs, Curateurs, &c.] Quoiqu'ils fussent intéressés à impugner la donation, soit qu'ils l'eussent faite, soit qu'ils eussent contracté avec le donateur postérieurement à la donation, ou qu'ils lui eussent succédé à titre universel ou particulier, onéreux ou gratuit.

Ou autres.] Comme sont les Syndics, Consuls des Villes & Lieux, les Marguilliers, & autres personnes qui administrent les biens des Communautés, Corps, Compagnies, Hôpitaux ou Confrairies, lesquels sont tenus à une exacte diligence, & doivent répondre des pertes qu'ils causent par leur négligence, comme je l'ai établi sur *l'article XIV suprà.* Ils doivent donc avoir le soin de

BIU Cujas

faire insinuer les donations faites aux personnes qui sont sous leur autorité, ou aux lieux dont ils administrent les biens ; autrement ils seroient tenus des dommages & intérêts, à raison de la nullité de la donation, qui seroit déclarée nulle par le défaut d'insinuation, comme l'insinue *l'article XXXII infrà*, qui réserve le recours contre les Tuteurs, Curateurs & autres Administrateurs. ¶ On peut conclure des articles XXX & XXXI, que le donataire ne peut pas se prévaloir du défaut d'insinuation, ni prétendre, lorsqu'il est attaqué par quelque créancier du donateur, que la donation est nulle & inefficace, pour n'avoir pas été insinuée, parce que la charge de faire faire l'insinuation le regarde; car si les Tuteurs, le mari, & les autres qui sont chargés de faire l'insinuation, ne peuvent pas opposer ce défaut, il est clair que le donataire ne peut pas non-plus l'opposer ; autrement il profiteroit de sa faute, ou de sa négligence ; d'ailleurs, tout comme le donateur ne peut pas opposer le défaut d'insinuation, parce qu'il ne peut pas venir contre son propre fait, on doit dire la même chose du donataire. De plus, on peut repousser l'exception du donataire par l'argument tiré de la *loi 161, ff. de reg. juris*, qui veut qu'une condition soit réputée accomplie à l'égard de celui du fait duquel il dépend qu'elle ne soit accomplie. La seule ressource qui reste à un tel donataire, est de répudier la donation, à cause qu'elle vaut par rapport à lui, & vis-à-vis des créanciers du donateur, pour l'obliger au payement des dettes passives, tandis qu'il soutient la qualité de donataire; mais non pour se dispenser de payer les dettes contractées par le donateur postérieurement à la donation, parce que le défaut d'insinuation empêche que la donation ne puisse être opposée aux créanciers. ¶

Aux mineurs ou autres, étant sous leur autorité.] C'est-à-dire, aux pupilles, interdits, furieux, fols, imbécilles, & autres personnes auxquelles l'administration de leurs biens est interdite à cause de leur incapacité, procédant du défaut de sens & de jugement, ainsi que je l'ai expliqué sur l'*article XIV* ; comme aussi aux Hôpitaux, Corps, Communautés, Églises & Confrairies, parce que l'esprit de notre article est de comprendre généralement toute sorte d'Administrateurs de quelque nom qu'ils soient appellés, & toute sorte de personnes & de lieux qui sont sujets à cette administration, comme il paroît de *l'article XXXII*, qui doit servir d'explication à celui-ci.

BIU Cujas

Ne pourront pareillement opposer le défaut d'insinuation.] Les Tuteurs, Curateurs, ou autres Administrateurs, ni leurs héritiers ou ayant-cause, ne sont pas recevables à opposer le défaut d'insinuation aux mineurs, ou autres personnes & lieux dont ils administrent les biens. Cela est fondé sur deux regles de droit. La premiere, qu'on ne doit pas profiter de son dol, ou de sa faute, *L. 1, ff. de dolo malo.* La seconde, que celui qui est garant ne peut pas impugner l'acte dont il doit garantir la validité, ni lui opposer des exceptions auxquelles il a lui-même donné lieu, par la raison de la maxime, *quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio*, tirée de la loi 14, *cod. de rei vindicatione*, & de plusieurs autres textes du droit.

Ni leurs héritiers.] La raison est, parce que les héritiers des Tuteurs & autres Administrateurs doivent rendre compte de ce que leurs Auteurs ont négligé; *L. 4, cod. de hæred. Tutor. vel Curator. in eo etiam quod Tutor vel Curator administrare debuit, nec administravit, rationem reddere eos debere non est ambigendum.* Ainsi étant eux-mêmes garans du défaut d'insinuation, ils ne sont pas recevables à l'opposer.

Ou ayant-cause.] A titre gratuit, ou bien à titre onéreux, postérieur à l'hypotheque du donataire, laquelle hypotheque doit se prendre du jour que la tutelle, ou autre administration a été décernée; *L. 20, cod. de administrat. Tutor. L. un. §. & ut plenius 1, cod. de rei uxor. actione; & Brodeau sur M. Loüet, lett. H, som. 22, n°. 3.* Il faut joindre ici ce que j'ai observé sur l'article précédent.

Dont ils ont eu l'administration.] Au temps que la donation insinuée a été faite: car autrement la charge de la faire insinuer ne pourroit pas les regarder, s'ils n'étoient devenus Administrateurs que depuis la donation, & après la mort du donateur; que s'il y a eu plusieurs Administrateurs qui se sont succédés depuis la donation inclusivement, jusques au décès du donateur, ils devroient tous être tenus du recours, parce qu'ils seroient tous en faute; auquel cas ils seroient responsables solidairement, suivant la Jurisprudence du Royaume, qui assujettit à la solidité tous les Administrateurs, comme le remarque *Bacquet, des droits de Justice, ch. 21, n°. 250*; & par conséquent aucun de ces Administrateurs, ni leurs héritiers ou ayant-cause, ne pourroient opposer le défaut d'insinuation, suivant l'esprit de notre article.

BIU Cujas

Ni à leurs héritiers ou ayant cause.] Tout comme le défaut d'insinuation ne peut pas être opposé aux donataires par les tuteurs ou autres Administrateurs, qui par leur qualité sont tenus de faire insinuer les donations faites aux Mineurs ou autres personnes qui sont sous leur autorité; on ne peut pas non plus opposer le même défaut aux héritiers qui le représentent, ni même à ceux qui ont droit à titre particulier de la part des Mineurs, sur les biens donnés, par la raison que j'ai expliquée sur l'article précédent.

ARTICLE XXXII.

Les Mineurs ni les autres personnes, ou Lieux privilégiés, ne sont pas restitués envers le défaut d'insinuation, sauf le recours contre les Tuteurs, ou autres Administrateurs.

LES Mineurs, l'Eglise, les Hôpitaux, Communautés, ou autres qui jouissent du privilege des Mineurs, *ne pourront être restitués contre le défaut d'Insinuation*, sauf le recours tel que de droit contre leurs Tuteurs ou Administrateurs, & sans que la restitution puisse avoir lieu, quand même lesdits Tuteurs ou Administrateurs se trouveroient insolvables.

OBSERVATIONS.

Cet article renferme les mêmes dispositions touchant l'insinuation, que l'article XIV *suprà*, au sujet de l'acceptation; ainsi il faut appliquer à notre article toutes les observations que j'ai faites sur l'article XIV, qu'il seroit inutile de répéter; il faut encor voir ce que j'ai remarqué sur l'article précédent.

Ne pourront être restitués contre le défaut d'insinuation.] C'étoit une question fort controversée, si les mineurs & autres qui jouissent du même privilege, pouvoient demander d'être restitués en entier envers le défaut d'in-

BIU Cujas

ſinuation des donations entre-vifs, parce qu'elle n'avoit pas été décidée nettement par le droit Romain, ni par les ordonnances.

La loi 17, *cod. de donat. ante nuptias*, avoit décidé que le défaut d'inſinuation ne pouvoit pas être oppoſé aux femmes mineures deſtituées du ſecours de leur pere, pour les donations *ante nuptias*, la loi 34, §. 1, *cod. de donat.* avoit ordonné la même choſe indiſtinctement, ſoit que les femmes euſſent leur pere en vie ou non.

Il eſt vrai que ſelon la loi 7, §. 6, *& la loi* 44, *ff. de minoribus*, les mineurs doivent être reſtitués en entier, lorſqu'ils manquent les occaſions de gagner; d'où l'on pouvoit tirer cette conſéquence, que les mineurs devoient être reſtitués envers le défaut d'inſinuation, qui étoit un obſtacle à la validité des donations à eux faites.

D'autre côté, l'ordonnance de 1539, & celle de Moulins, *article LVIII*, ayant aſſujetti à l'inſinuation toutes les donations, ſans excepter celles qui ſeroient faites aux mineurs, il ſembloit n'y avoir pas lieu de les excepter, parce que, *ubi Lex non diſtinguit, nec nos diſtinguere debemus.*

Sur ce conflit, le Parlement de Toulouſe, par les anciens arrêts, avoit pris un tempérament d'équité, en relevant les mineurs envers le défaut d'inſinuation, pour faire valoir la donation contre le donateur, & ſes héritiers ou ſucceſſeurs à titre gratuit; mais non pas pour la faire valoir contre les créanciers; *M. Maynard, liv. 2, ch. 54, & liv. 6, ch. 98*; la raiſon étoit, parce que les créanciers étant en péril de perdre, étoient plus favorables que les mineurs, qui ne tendoient qu'à gagner.

Dans la ſuite, quand le même Parlement jugea indiſtinctement que l'inſinuation n'étoit néceſſaire qu'à l'égard des créanciers & des tiers-acquéreurs, il jugea auſſi que les mineurs ne pouvoient pas être reſtitués envers le défaut d'inſinuation contre les créanciers & tiers-acquéreurs; mais ils n'avoient pas beſoin de recourir au remede de la reſtitution pour faire valoir la donation à l'égard du donateur & de ſes ſucceſſeurs à titre gratuit, ſelon *M. Dolive, liv. 4, ch. 1 & 4.*

Au Parlement de Paris, où l'on ne faiſoit pas cette diſtinction, on refuſoit au mineur la reſtitution en entier envers le défaut d'inſinuation, ſoit contre les créanciers ou tiers-acquéreurs, ſoit contre les héritiers du donateur, comme le remarquent *Ricard, des donations*,

BIU Cujas

tom. 1, *part.* 1, *ch.* 4, *sect.* 3, *Glos.* 3; *& Ferrieres, sur la coutume de Paris, article* 284, *Glos.* 2, §. 1, *n°.* 27, & suivans. On en usoit de même en Normandie, au témoignage de *Basnage, sur l'article* 448 de la coutume de cette Province, à laquelle Jurisprudence notre article s'est conformé, en décidant que les mineurs, ni les autres personnes, ou lieux privilégiés, ne doivent pas être restitués en entier envers le défaut d'insinuation; ce qui doit avoir lieu indistinctement à l'égard des créanciers ou tiers-acquéreurs; & à l'égard des donataires, légataires, héritiers, ou autres intéressés; parce que, suivant *l'article XXVII* de cette ordonnance, toutes ces personnes peuvent opposer le défaut d'insinuation.

Notre article a suivi à cet égard la Déclaration du Roi du 18 Janvier 1712, qui veut que les mineurs ne puissent pas être restitués envers le défaut d'insinuation des substitutions testamentaires ou contractuelles, quand même les tuteurs ou curateurs seroient insolvables; ce qui a été répété & étendu dans notre article à l'égard de l'insinuation des donations.

Quand même les Tuteurs ou Administrateurs se trouveroient insolvables.] On a suivi en cela le sentiment de *Ricard, des donations, tom.* 1, *part.* 1, *n°.* 1175 qui l'avoit décidé de même.

Il faut ajouter ici la disposition d'un arrêt du Conseil du 16 Septembre 1725, qui porte: *Le Roi étant en son Conseil, a ordonné & ordonne que les Déclarations des* 19 *Juillet* 1704, 18 *Janvier* 1712, *seront exécutées, non-seulement au regard des lettres de bénéfice d'âge & d'inventaire, dont l'insinuation aura été omise, & au défaut de publication & d'enrégistrement des substitutions, mais encore par rapport à tous les autres actes concernant les mineurs, dont l'insinuation n'aura pas été faite dans le délai des Réglemens. Veut Sa Majesté que les peines & amendes portées par les Réglemens, demeurent encourues en vertu du présent arrêt, sans qu'il soit besoin d'autre, par les Tuteurs & Curateurs, même par les maris, par le fait ou négligence desquels l'insinuation n'aura pas été faite, sans que les Tuteurs ou Curateurs puissent les répéter contre les mineurs, ni les maris sur les biens de leurs femmes, sous quelque prétexte que ce puisse être.*

BIU Cujas

ARTICLE XXXIII.

Exception en faveur du Parlement de Flandre, à l'égard des Articles précédens, touchant l'insinuation.

N'ENTENDONS comprendre dans les dispositions des articles précédens, qui concernent l'Insinuation, les Pays du Ressort de notre Cour de Parlement de Flandre.

OBSERVATIONS.

A l'Isle, & autres Villes de Flandre, il y a des coutumes qui prescrivent les formalités des contrats, au nombre desquels on met les donations entre-vifs; notre article ne veut pas déroger à la coutume, quant à la nécessité ou à la formalité de l'insinuation seulement. *Peresius*, dans ses Préleçons, sur le titre du code *de donationibus*, n°. 36, dit, *in Belgio spectamus quantitatem olim à jure præscriptam 300 aureorum, & si eam res donata excedat, opus est ut coram Notario fiat, vel in scriptis propriâ manu signatis, aut coram aliis publicis personis quemadmodùm & in aliis contractibus id observari jubet, edictum anni 11, art.* 19. Voyez l'article 55 de la coutume de Valencienne.

Il y a une pareille exception en faveur du pays d'Artois, par une Déclaration du Roi du 17 Janvier 1736.

BIU Cujas

ARTICLE XXXIV.

De quelle maniere les légitimes des enfans peuvent être prises sur les Donations entre-vifs.

SI *les biens que le Donateur aura laissés en mourant, sans en avoir disposé, ou sans l'avoir fait autrement que par des dispositions de derniere volonté*, ne suffisent pas pour fournir la légitime des enfans, *eu égard à la totalité des biens* compris dans les Donations entre-vifs par lui faites, & de ceux qui n'y sont pas renfermés, ladite légitime *sera prise premiérement sur la derniere Donation*, & subsidiairement sur les autres, en remontant des dernieres aux premieres; & en cas qu'un ou plusieurs des Donataires soient du nombre des enfans du Donateur, qui auroient eu droit de demander leur légitime sans la Donation qui leur a été faite, *ils retiendront les biens à eux donnés* jusques à concurrence de la valeur de leur légitime, & ils ne seront tenus de la légitime des autres que pour l'excédant.

OBSERVATIONS.

Cet article décide que les légitimes des enfans doivent être prises, premiérement sur les biens dont le défunt n'a point disposé à cause de mort ni entre-vifs, ¶ au nombre desquels on doit mettre ceux qui ont été reservés dans une donation entre-vifs, parce que le donateur en demeure propriétaire, s'ils existent au tems de sa mort. ¶ En second lieu, sur ceux dont il a disposé à cause de mort. En troisieme lieu, sur ceux dont a disposé par des donations entre-vifs. En quatrieme lieu, qu'en composant le patrimoine sur lequel la légitime doit être prise, il faut y faire entrer non-seulement les biens dont le défunt n'a pas disposé absolument, ou n'en a

BIU Cujas

diſpoſé qu'à cauſe de mort, mais encore tous ceux dont il a diſpoſé entre-vifs en faveur de quelque perſonne que la donation ait été faite; ce qui eſt conforme à la doctrine de Dumoulin, dans ſon Conſeil 35, *n°.* 23, & ſuivans. En cinquieme lieu, que quand la légitime peut être priſe ſur les donations entre-vifs, toutes celles qui ont été faites en différens tems, n'y contribuent pas enſemble, *pro modo emolumenti*; mais il faut diſcuter les dernieres avant d'en venir aux antérieures; enfin qu'il faut diſtinguer entre les donations faites en faveur d'un ou de pluſieurs enfans du donateur, & qui ont droit de prendre leur légitime ſur les biens, & celles qui ſont faites à des perſonnes qui n'ont pas droit de légitime: celles-ci, lorſqu'elles ſont poſtérieures, doivent être entiérement épuiſées avant de toucher aux antérieures; au lieu que les autres ne peuvent être retranchées qu'en ce qu'elles excedent la légitime du donataire.

Si les biens que le donateur aura laiſſés en mourant, ſans en avoir diſpoſé.] C'eſt le premier degré de diſcuſſion, ¶ dans laquelle on doit comprendre les biens ou les ſommes qui auront été réſervés par mort, parce qu'ils ſont véritablement *in bonis* du donateur, dès que la réſerve les retranche de la donation; ¶ car les légitimaires doivent commencer par diſcuter les biens laiſſés à l'héritier ou au légataire univerſel par le défunt, avant de toucher aux autres, dont le défunt a diſpoſé par des legs ou autres diſpoſitions particulieres à cauſe de mort, ſuivant *Ranchin, ſur la queſtion* 82 *de Guipape; Lebrun, des ſucceſſions, liv.* 2, *ch.* 3, *ſection* 8; *Ricard*, & pluſieurs autres. Il y a néanmoins des Auteurs qui prétendent que quand les biens légués à titre particulier ſont les plus précieux, les légitimaires ne ſont pas obligés de diſcuter l'héritier; mais ils peuvent agir *recta* contre les légataires. C'eſt le ſentiment de *Graſſus*, §. *Legitima*, *quæſt.* 18, *n°.* 5; *& de Ricard, des donations, tom.* 1, *partie* 3, *n°.* 1112; ce qui paroît fort raiſonnable.

Ou ſans l'avoir fait autrement que par des diſpoſitions de derniere volonté.] C'eſt le ſecond degré de diſcuſſion, qui doit être ſuivi par les légitimaires, leſquels, après avoir épuiſé les biens dont le défunt n'a point diſpoſé, doivent recourir ſur ceux dont il a diſpoſé à cauſe de mort, avant d'accepter les donations entre-vifs, ſuivant *Lebrun, au lieu préallégué; Ricard, n°.* 1125; *M. Maynard, liv.* 6, *ch.* 21; *& Fernand, ſur la loi in quartam, ff. ad L. falcidiam, cap.* 3, *n°.* 22.

BIU Cujas

Eu égard à la totalité des biens.] Notre article insinue bien clairement, que tous les biens ayant appartenu au défunt, & dont il n'a pas disposé par des contrats à titre purement onéreux, comme par vente, échange & autres de pareille nature, doivent être compris dans la composition du patrimoine, soit qu'il n'en ait point disposé, soit qu'il en ait disposé par donation à cause de mort, ou par donation entre-vifs, sans distinguer si c'est en faveur des enfans ou des étrangers; ce qui est conforme *à la disposition du droit en la loi* 1, *cod. de inoff. donat. à la novell.* 92, *à l'art.* 298 *de la coutume de Paris*; & au sentiment de *Ferrieres*, sur cet Article *Glos.* 2, §. 2, *N°.* 7, *& Glos.* 4, *N°.* 8, 9, 10, 11, & des autres auteurs, qui enseignent que les donations, même celles qui sont faites aux étrangers, ne peuvent pas diminuer la légitime des enfans, même selon *Ferrieres*, au lieu préallégué, *Glos.* 2, §. 3, *N°.* 7 *& 8*, le droit est acquis au Légitimaire du jour de la donation; & par conséquent il a une hypotheque sur les biens donnés, dès le moment que la donation a été faite; ainsi on ne peut pas recevoir la distinction de *Duperier*, *tom.* 1, *liv.* 1, *quest.* 2, qui prétend que les donations faites à des étrangers, ne doivent entrer dans la composition du patrimoine, que quand elles sont considérables, & non quand elles sont de peu de valeur; sur quoi l'on peut voir *Coquille sur la coutume de Nivernois, des donations, article* 7; *Ferrieres, sur l'article* 298 *de la coutume de Paris*; *Mornac, sur la loi* 32, *& sur la loi* 36, §. *dernier*, *cod. de inoff. testam. Charondas, liv.* 12, *resp.* 61; *Graffus*, §. *legitima, question* 44, *Merlinus, de legitima, lib.* 2, *tit.* 1, *quest.* 18; *Dumoulin*, & plusieurs autres.

On doit néanmoins excepter les aumônes dotales, ou l'argent qui est baillé au Monastere pour la réception du fils ou de la fille religieuse, soit parce que la chose est baillée à titre onéreux à l'égard du couvent, soit parce qu'au moyen de cet argent, le fils ou la fille religieux ne sont pas comptés pour le réglement de la légitime, parce qu'ils sont morts civilement, ou comme disent les auteurs, *non faciunt partem nec admittuntur ad partem*; qu'ainsi la légitime des autres enfans est augmentée, à cause que le nombre de ceux qui doivent concourir pour prendre la portion des biens, destinée pour les légitimes, est moindre; & c'est ainsi que le décident *Boniface, tom.* 4, *liv.* 6, *tit.* 5, *ch.* 1; *& Lebrun, des successions, liv.* 2, *ch.* 3, *sect.* 6, *N°.* 13, & leur senti-

BIU Cujas

ment doit être préféré à celui de *Dumoulin*, qui avoit cru le contraire sur *l'article* 14, *du ch.* 12, *de la coutume d'Auvergne*; aussi *Ferrieres*, sur la coutume de Paris, *article* 298, *glos.* 2, §. 2, *N°.* 5, reprouve le sentiment de Dumoulin.

¶ En composant le patrimoine pour le réglement de la légitime, il faut y faire entrer, 1°. Les biens extans. 2°. Ceux dont le pere a disposé par testament, ou par disposition. 3°. Ceux dont il a disposé entre-vifs, même en contrat de mariage, & à titre de dot, quand ce seroit en faveur des personnes étrangeres; mais on doit distraire les dettes, les frais funéraires du défunt; *leg.* 8, §. *quarta* 9, *ff de inof.* & l'augment coutumier ou conventionnel; c'est ainsi qu'on le pratique à Toulouse. Les conventions matrimoniales, qui tiennent lieu d'augment, doivent aussi y être distraites, ou du moins elles ne sont pas sujettes à la légitime; parce qu'elles ne sont pas considérées comme des libéralités; mais elles sont acquises à titre onéreux; *Ricard, des donations, tom.* 1, *part.* 3, *N°.* 1083; cependant *l'Homeau, sur l'art.* 302 *de la coutume d'Anjou*, estime que le douaire conventionnel, en ce qu'il excede le coutumier, est un don qui ne se prend qu'après les légitimes; mais *Bardet, tom.* 1, *liv.* 3, *ch.* 37; *& Renusson, au traité du douaire, chap.* 11, *N°.* 3, *& 6*, rapportent un arrêt qui a condamné cette restriction; & *Me. Berruyer, dans ses additions sur Bardet, à la fin du tom.* 1. *pag.* 593, *& suivantes*, a fait une savante dissertation pour soutenir la décision de cet arrêt; une des principales raisons de Me. *Berruyer*, est que le douaire stipulé propre aux enfans, est une espece de légitime pour eux, laquelle n'est point sujette au retranchement pour la légitime des enfans d'un second lit.

A l'égard des autres libéralités qui sont faites entre conjoints, outre l'augment, même la pension viagere qui est donnée par le mari à sa femme dans le contrat de mariage, elles doivent entrer dans la consistance du patrimoine pour régler les légitimes, *M. de Catellan, liv.* 4, *ch.* 60; enfin on doit distraire les aumônes dotales, & l'argent qui est baillé au monastere pour la réception du fils ou de la fille, comme je l'ai déja dit: pour ce qui est des legs *pro restitutione malè ablatorum*, il faut user de la distinction que j'ai faite sur l'article XXXV *infrà*. ¶

Sera prise premiérement sur la derniere donation.] Voici un

BIU Cujas

un troiſieme degré de diſcuſſion, qui oblige les légitimaires, avant de pouvoir agir contre les premiers donataires, de diſcuter ceux dont les donations ſont poſtérieures, à commencer par la derniere, & en remontant *gradatim* à celles qui viennent immédiatement; ce qui décide, conformément à l'eſprit du droit Romain, & à la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe, une queſtion fort controverſée & diverſement jugée par les arrêts du Parlement de Paris, ſur laquelle on peut voir ce que j'en ai dit dans mes queſtions. Voyez le *Journal des audiences, tom. 5, liv. 13, ch. 6; Soefve, tom. 2, centur. 4, ch. 88; Ferrieres, ſur la coutume de Paris, article 298; & Ricard tom. 1, partie 3, N°. 1115, & ſeq.*

Lorſque dans le même acte, le même donateur a fait des donations à pluſieurs perſonnes conjointement, ou par des clauſes ſéparées, ces différentes donations étant de même date, & n'ayant pas plus de privilege l'une que l'autre, quoique l'une ſoit plutôt couchée par écrit que l'autre, elles devroient néanmoins contribuer toutes à la légitime, *pro rata, & pro modo emolumenti*, parce que c'eſt toujours un même contrat, qui procede d'une ſeule & même volonté; voilà pourquoi on ne doit pas conſidérer l'ordre de l'écriture, tout comme on ne le conſidere pas dans les legs, & les donations à cauſe de mort, qui contribuent, *pro modo emolumenti*, au payement des légitimes, ſans conſidérer l'ordre des dates, parce que toutes ces diſpoſitions ſe rapportent au même inſtant; c'eſt-à-dire, à la mort du donateur ou teſtateur; *l. 12, cod. ad leg. falcid. Ferrieres, ſur la coutume de Paris, article 298, gloſ. 4, N°. 31*: notre article inſinue cette exception, en ce qu'il n'aſſujettit à la diſcuſſion, que les donations qui ont été faites en différens tems, & qui ont des dates différentes; ainſi celles qui ont la même date, ne ſont pas ſujettes à la même loi, par l'argument des contraires; mais elles doivent contribuer *pro rata*, & la diſcuſſion ne peut avoir lieu qu'à l'égard de celles qui ſont de différentes dates.

Mais comment doit ſe faire la diſcuſſion par rapport aux tiers-acquéreurs des biens qui doivent contribuer à la légitime? Il faut diſtinguer entre les aliénations qui ont été faites par l'héritier, & celles qui ont été faites par les donataires.

Au premier cas, M. le Préſident *Faber, dans ſon cod. lib. 3, tit. 19. Déf. 32*, dit que le légitimaire qui n'agit que pour le ſupplément en argent, doit diſcuter les biens

BIU Cujas

extans de l'héritier, avant d'en venir aux tiers-acquéreurs; mais il croit que cette discussion n'est pas nécessaire, lorsque le légitimaire demande sa légitime en corps héréditaires ; & *Lebrun, des successions, liv. 2, ch. 3, sect. 12, N°. 16*, est du même avis, à l'égard du dernier chef.

Au contraire, *M. Maynard, liv. 6, ch. 20. & Papon, liv. 20, tit. 7, article 8*, rapportent des arrêts qui ont jugé que les légitimaires doivent discuter les biens de l'héritier; que s'ils ne suffisent pas, les tiers-acquéreurs pourront être attaqués pour suppléer à ce qui manquera, en commençant néanmoins par les derniers; le sentiment de ces derniers auteurs me paroît plus juridique que celui *du Président Faber & de Lebrun*, parce qu'encore que la légitime soit une quote de biens, & qu'à la rigueur le légitimaire ait part à tous les effets héréditaires, néanmoins on ne souffre pas que le légitimaire demande que les biens soient morcelés, & qu'on lui baille une portion de chaque effet; mais elle doit être réglée par des Experts, comme le remarquent *Lebrun, liv. 2, ch. 3, sect. 10, N°. 9, & Grassus, §. legitima, quest. 17, N°. 1.* D'ailleurs la légitime est considérée comme une charge de l'hérédité, & non pas de chaque effet en particulier ; voilà pourquoi le légitimaire ne peut pas attaquer les tiers-acquéreurs de bonne foi, pourvu qu'il reste au pouvoir de l'héritier des biens suffisans pour remplir sa légitime ; & comme lorsqu'un des cohéritiers a aliéné de bonne foi un des effets héréditaires, on doit mettre dans son lot l'effet aliéné, afin de ne pas l'exposer à une garantie, sans que le cohéritier puisse vendiquer sa portion des mains de l'acquéreur, selon *le Président Faber, en son code, lib. 3, tit. 27, déf. 10*, il en doit être de même à plus forte raison à l'égard du légitimaire, dont le droit n'est pas si général que celui du cohéritier.

Que si les aliénations ont été faites par les donataires postérieurs, les acquéreurs n'auront pas plus de droit que leurs auteurs, suivant cette regle, *nemo plùs juris in alium transferre potest quàm ipse habet*; & parce que la condition de l'acheteur ne peut pas être meilleure que celle de son vendeur ; *l. 32, §. 1, ff. ad S. C. Velleian*; ainsi, selon notre article, le légitimaire étant obligé de discuter les dernieres donations, avant de pouvoir attaquer les précédentes, les acquéreurs du donataire postérieur pourroient bien obliger le légitimaire à discuter leur vendeur, par les raisons qui ont été expliquées ci-dessus ; mais ils ne pourront pas prétendre qu'il doive discuter les donataires antérieurs,

BIU Cujas

parce qu'on ne peut venir aux donations antérieures, suivant notre article, qu'après avoir épuisé les postérieures, lorsque les donataires ne sont pas à même-tems légitimaires, & la discussion faite du dernier donataire & de ses acquéreurs, si la légitime n'est pas remplie, le légitimaire pourra recourir pour ce qui manquera au précédent donataire & à ses acquéreurs, & ensuite aux antérieurs, jusqu'à ce que la légitime soit remplie; c'est ce qui est prescrit par notre article, lorsqu'il dit *que la légitime sera prise*, premiérement, sur la derniere donation, & subsidiairement sur les autres, en remontant des dernieres aux premieres.

Ils retiendront les biens à eux donnés.] La raison est, parce que la légitime de l'un des enfans n'est pas plus privilégiée que celle des autres, & que *in pari causa melior est conditio possidentis*; voilà pourquoi le donataire, qui est aussi légitimaire, a droit de retenir sa légitime, & sa donation ne pourra être retranchée pour la légitime des autres, qu'en ce qu'elle pourra excéder sa propre légitime; c'est ainsi que je l'avois décidé dans mes questions avant cette ordonnance.

Il faut remarquer que notre article parle généralement de toute sorte de donations; & par conséquent celles qui sont faites en contrat de mariage, sont sujettes au retranchement pour les légitimes des autres enfans: *l'article* suivant ne permet pas d'en douter, puisqu'il y assujettit la dot indistinctement; & c'est ainsi que le Parlement de Toulouse le juge, selon le témoignage de *M. de Laroche & de Graverol, liv. 6, tit. 63, article 15*; cependant il faut excepter les dots de religion, parce que ce sont des contrats onéreux; *Lebrun, des successions, liv. 2, ch. 3, section 7, n°. 18*; comme aussi les donations faites pour titre sacerdotal; *Ferrieres, sur l'article* 298 de la coutume de Paris, glos. 4, n°. 29; ce qu'il faut entendre, lorsqu'elles n'excedent pas la quantité requise par les statuts du Diocese; car le surplus devroit être retranché, comme n'ayant pas le même privilege; je crois même que cette derniere exception ne doit avoir lieu que pour la jouissance pendant la vie du Prêtre seulement, & que le titre sacerdotal devroit être retranché indistinctement après la mort du Prêtre.

BIU Cujas

ARTICLE XXXV.

Les dots ſont ſujettes au retranchement pour les légitimes des enfans du conſtituant, dans le même ordre que les donations, ſans attendre la mort du mari, & quoique la fille ait renoncé à la ſucceſſion, & que par la coutume elle en ſoit exclue, moyennant la dot.

LA dot, *même celle qui aura été fournie en deniers*, ſera pareillement ſujette au retranchement pour la légitime *dans l'ordre preſcrit par l'article précédent*; ce qui aura lieu, ſoit que la légitime ſoit demandée *pendant la vie du mari*, ou qu'elle ne le ſoit qu'après ſa mort; *& quand il auroit joui de la dot pendant plus de trente ans, ou quand même la fille dotée auroit renoncé à la ſucceſſion* par ſon contrat de mariage ou autrement, *ou qu'elle en ſeroit exclue de droit*, ſuivant la diſpoſition des loix, coutumes ou uſages.

OBSERVATIONS.

La dot.] Notre article, en décidant que la dot eſt ſujette au retranchement pour la légitime des enfans du conſtituant, s'eſt conformé au droit romain, qui l'avoit ordonné de même par *la loi unique, cod. de inoff. dotibus*, comme je l'ai montré dans mes queſtions; & cela doit avoir lieu, ſoit que la dot ait été conſtituée par un aſcendant, ou par un étranger; ce que notre article induit clairement par ſes termes indéfinis; & c'eſt auſſi le ſentiment de *Lebrun, des ſucceſſions, liv. 2, ch. 3, ſect. 7, n°.* 16. ¶ Mais ce qui a été donné pour titre ſacerdotal, peut-il être retranché pour la légitime des autres enfans? Il y a un arrêt du Parlement de Paris, du 3 Avril 1629, au journal des audiences, *tom. 1, liv. 2, ch. 41*, qui juge

BIU Cujas

la négative. On peut voir ce que nous dirons sur l'article XXXIX de la présente ordonnance, au sujet de la révocation par survenance d'enfans, de ce qui a été donné pour titre clérical, comme pouvant être appliqué à cette difficulté. ¶

Même celle qui aura été fournie en deniers.] L'argent étant réputé meuble, & par conséquent n'ayant point de suite par hypotheque, il sembloit que la dot fournie en deniers ne dût pas être retranchée pour les légitimes des autres enfans; cependant notre article décide le contraire, même selon *Ferrieres, sur la coutume de Paris, article 298, glos. 4, n°. 24; & Lebrun, des successions, liv. 2, ch. 3, sect. 7, n°. 20*, quoique la mere dote sa fille des deniers empruntés, qu'elle n'ait pas payés, néanmoins la dot est sujette au retranchement pour les légitimes des autres enfans; la raison en est, parce que c'est la mere qui en a fait la constitution, même de ses propres deniers; car les deniers empruntés deviennent propres à celui qui a reçu le prêt; voilà pourquoi cette dot est sujette au rapport de la succession & à la légitime des enfans, sans que le créancier ait aucune action contre la fille avec laquelle il n'a point contracté; & l'on devroit dire la même chose, si la constitution avoit été faite par le pere, avec des deniers par lui empruntés, n'y ayant aucune différence à faire entre le pere & la mere constituans.

Dans l'ordre prescrit par l'article précédent.] C'est-à-dire, que les enfans légitimaires qui demanderont leur légitime par voie de retranchement sur des dots constituées, devroient suivre le même ordre, & faire les mêmes discussions, que quand ils la demandent sur des donations, ainsi que je l'ai expliqué sur l'article précédent. Et puisque notre article met les dots au niveau des donations pour ce qui est du retranchement, il paroît clairement qu'il veut que si les dots concourent avec les donations, les dots qui sont postérieures devroient être discutées avant d'en venir aux donations antérieures, parce qu'à cet égard les unes ne sont pas plus privilégiées, ni plus favorables que les autres.

Pendant la vie du mari.] La question de savoir si la dot pouvoit être retranchée pendant la vie du mari, & au préjudice du droit à lui acquis, étoit fort controversée & diversement jugée. Par l'ancienne jurisprudence du Parlement de Toulouse, la dot étoit sujette au retranchement pour les legitimes indistinctement, selon *M. Maynard, liv. 4, ch. 13, & 19*: dans la suite on jugea in-

BIU Cujas

distinctement qu'elle n'y étoit point sujette, suivant *M. de Cambolas, liv. 3, ch. 44.* De ces deux opinions contraires on forma un tiers-avis, qui consistoit à assujettir la dot au retranchement pour les légitimes; mais on le différoit jusqu'à ce que le droit du mari eût été résolu, soit que la dot eût été payée ou non; cependant on n'attendoit pas la mort du mari, quand la femme étoit légitimement séparée; *M. Dolive, liv. 3, ch. 21; Graverol, sur M. Laroche, liv. 6, tit. 63, article 14; & M. de Catellan, liv. 4, ch. 65*; & cette derniere jurisprudence étoit en vigueur dans ce Parlement, lorsque la présente ordonnance a été faite.

Les Parlemens de Grenoble & Provence jugeoient indistinctement que les dots étoient retranchables pour les légitimes, sans attendre la mort du mari, selon le témoignage de *Basset, tom. 1, liv. 5, tit. 11, ch. 6, pag. 62; & de Mourgues, sur les statuts & coutumes de Provence, pag. 193, & 194.* Le Parlement de Paris le jugeoit de même, selon *l'auteur du journal des audiences; Lebrun, des successions, liv. 2, ch. 3, sect. 7, n°. 19; & Ferrieres, sur la coutume de Paris, article 298, glos. 4, n°. 22*; & c'est conformément à cette jurisprudence que notre article a décidé la question; ce qui est plein d'équité, & même fondé sur le véritable esprit de la loi Romaine, comme je l'ai prouvé dans mes questions.

Et quand il auroit joui de la dot pendant plus de trente ans. Ceci doit s'entendre d'une jouissance faite pendant la vie du constituant, sur les biens duquel la légitime est demandée, parce que le droit de légitime n'étant dû qu'à la mort du pere ou de la mere, & les enfans ne pouvant pas agir pour leur légitime pendant la vie de leurs ascendans, ni par conséquent demander le retranchement des dots inofficieuses, suivant *M. le Président Faber, dans son cod. lib. 3, tit. 20, déf. 3; & Peresius, dans ses préleçons, sur le titre du code de inoff. donat. n°. 7 & 8*, il n'est pas juste que le mari puisse leur opposer la prescription, parce que *contra non valentem agere non currit præscriptio*; & cela doit avoir lieu aussi à l'égard des donations inofficieuses, parce que *eadem ratio militat*, & que *l'article XXXVIII infrà* le décide de même.

Mais si légitimaire avoit laissé passer trente ans depuis la mort de son pere ou de sa mere, sans avoir formé l'action en retranchement de la dot ou de la donation inofficieuse, il ne seroit pas recevable, suivant la loi *sicut, cod. de præscript. 30 vel 40 annor. & l'article XXXVIII* de cette ordonnance.

BIU Cujas

Quand la fille dotée auroit renoncé à la succeſſion.] Il y avoit diverſité d'opinions pour ſavoir ſi la dot pouvoit être retranchée pour les légitimes des autres enfans, quand la fille avoit renoncé à la ſucceſſion de ſes parens, moyennant la dot; *Henris, tom. 2, liv. 6, queſtion 4; & Ricard, des donations, tom. 1, part. 3, n°. 1119 & 1120,* ont cru que dans ce cas le retranchement ne devoit pas avoir lieu, par cette raiſon principale, qu'il n'eſt pas juſte que la fille qui ne peut rien eſpérer dans la ſucceſſion de ſes parens, à cauſe de ſa renonciation, ſoit en péril de perdre ce qui lui a été conſtitué ſous une condition ſi onéreuſe; & puiſqu'elle eſt hors d'état d'avoir part à la bonne fortune de ſon pere, elle ne doit pas ſouffrir de la mauvaiſe.

Au contraire, *Lebrun, des ſucceſſions, liv. 2, ch. 3, ſect. 7, n°. 17, & liv. 3, ch. 8, ſect. 1, n°. 73; & Ferrieres, ſur la coutume de Paris, article 298, gloſ. 4, n°. 23,* ont décidé que la renonciation à la ſucceſſion ne devoit pas empêcher le retranchement. Les raiſons ſolides qui ſont rapportées par Lebrun, ont ſans doute déterminé le légiſlateur à autoriſer l'opinion favorable au retranchement.

Ou qu'elle en ſeroit exclue de droit.] Comme il n'y a point de différence à faire entre l'excluſion cauſée par la renonciation, & celle qui eſt portée par les coutumes ou uſages des lieux, & que la dot a été aſſujettie au retranchement pour les légitimes, quoique la fille dotée eût renoncé à la ſucceſſion de ſes pere & mere, il falloit également aſſujettir la dot au retranchement, quoique la fille mariée & dotée fût exclue de la ſucceſſion de ſes parens, par la diſpoſition de la coutume, parce que la même raiſon s'y rencontre: on le jugeoit de même au Parlement de Provence; & quoique les filles mariées & dotées ſoient exclues de la ſucceſſion de leurs pere & mere, lorſqu'il y a des mâles, ſuivant le ſtatut rapporté par *Mourgues, pag.* 184, néanmoins ce Parlement juge que les dots des filles doivent être retranchées pour les légitimes des autres enfans, comme il paroît des arrêts rapportés par le même auteur, *pag.* 194 & 195.

Comme la légitime eſt ſouvent appellée falcidie dans les textes du droit, on peut douter ſi les legs pieux & les donations faites à l'Egliſe ſont ſujettes au retranchement pour les légitimes, parce que la falcidie ne peut pas être priſe ſur les legs pieux; *l. ſi quis ad declinandum 49, cod. de epiſcopis & clericis, & auth. ſimiliter, cod. ad falcid.* ainſi

BIU Cujas

il ſemble qu'on doive dire la même choſe de la légitime.

Toutefois il faut décider le contraire, parce que les legs & donations pieuſes ne ſont privilégiées qu'autant que les textes du droit l'ont déclaré expreſſément; & comme ils n'ont exempté les legs pieux que de la falcidie proprement dite, qui conſiſte à retrancher le quart des legs ou des diſpoſitions à cauſe de mort, qui épuiſent l'hérédité; il n'y a pas lieu d'étendre leur diſpoſition à la légitime, qui eſt à la place des alimens dus aux enfans par leurs aſcendans, qui par cette raiſon eſt bien plus favorable que la falcidie, laquelle n'eſt introduite que par le droit civil; au lieu que la légitime due aux enfans eſt fondée ſur le droit naturel; *Novell.* 1, *in præfat.* §. 2, & par conſéquent elle doit être conſidérée avec plus de faveur que les legs pieux, & les donations faites aux Egliſes; c'eſt ainſi que le décident *Ricard, des donations, tom.* 1, *part.* 3, *n°.* 1091 & 1092; *Lebrun, des ſucceſſions, liv.* 2, *ch.* 3, *ſect.* 7, *n°.* 21; & *Ferrieres, ſur la coutume de Paris, art.* 298, *gloſ.* 4, *n°.* 27, à l'égard des legs pieux; mais il n'y a point de doute qu'il ne faille dire la même choſe des donations faites à la cauſe pie, puiſqu'elles ſont ſujettes à la révocation par ſurvenance des enfans, de même que les autres donations, comme je l'ai prouvé dans mes queſtions; j'eſtime encore, quoi qu'en ait penſé *Merlinus, de legitima, lib.* 2, *tit.* 1, *quæſt.* 10, *n°.* 10, que ſi les donations qui ſont faites à la cauſe pie, ſont poſtérieures à d'autres donations faites aux enfans, ou même à des étrangers, les donations faites à la cauſe pie, devront contribuer les premieres au payement de la légitime, ſuivant l'ordre preſcrit par l'article précédent; parce que ſa diſpoſition eſt générale, qu'elle comprend indiſtinctement toute ſorte de donations, & que celles qui ſont faites à la cauſe pie ne ſont pas exceptées; ce qui paroît d'autant plus indubitable, que le même article confond les donations faites aux enfans avec celles qui ſont faites aux étrangers, & les aſſujettit toutes également à l'ordre de la diſcuſſion; il faut donc aſſujettir à la même diſcuſſion les donations faites à la cauſe pie, qui ſont bien moins favorables, parce que les biens des peres ſont déférés aux enfans par un vœu commun de la nature & des parens, *naturæ ſimul & parentum commune votum, l. ſcripto* 7, *ff. ſi tabulæ teſtam. nullæ extab. undè liberi;* au lieu que rien n'oblige de donner à la cauſe pie. *Voyez Ricard, tom.* 1, *part.* 3, *n°.* 1093, 1094 & 1095.

Il y a une autre queſtion qui peut ſe préſenter ſur la

BIU Cujas

même matiere; savoir, si les legs ou donations faites *pro restitutione malè ablatorum*, sont sujets au retranchement pour les légitimes; il faut user de distinction, avec *Lebrun*, au lieu préallégué; ou le vol, ou bien l'usure qui sont la cause de la restitution sont établis, ou non; au premier cas, les légitimaires ne peuvent y rien prétendre; mais bien au second cas, parce qu'on ne peut considérer la qualification que comme un prétexte qui ne doit pas diminuer la légitime des enfans, laquelle ne souffre ni condition ni délai, ni autre charge, suivant les loix 30 & 32, *cod. de inoff. testamento*. Voyez *Merlin. de legitima, lib. 2, tit. 1, quest. 10, n°. 15.*

A l'égard des donations rémunératoires, elles doivent aussi être sujettes au retranchement pour les légitimes, à moins que les services ne fussent prouvés & que le donataire n'eût une action pour pouvoir les demander en justice; cela est fondé sur l'article précédent, qui n'excepte pas les donations rémunératoires, du moins autant qu'il est libre au donateur d'accorder la récompense ou non, parce que dans ce cas c'est une véritable donation dans le sens de la loi 29, *ff. de donationib.* qui dit, *donari videtur quod nullo jure cogente conceditur.* On peut ajouter ce que j'ai observé sur l'article XX *supra*. Voyez *Merlin. de legitima, lib. 2, tit. 1, quæst. 10.*

BIU Cujas

ARTICLE XXXVI.

De quelle maniere le donataire des biens préſens & à venir peut être chargé des légitimes.

DANS le cas où la Donation des biens préſens & à venir, pour le tout ou pour partie, *a été autoriſée par l'Article XVII*; ſi elle comprend la totalité deſdits biens préſens & à venir, *le donataire ſera tenu indéfiniment de payer les légitimes des enfans du donateur*, ſoit qu'il en ait été chargé nommément par la Donation, ſoit que cette charge n'y ait pas été exprimée; & *lorſque la Donation ne contiendra qu'une partie des biens préſens & à venir*, le donataire ne ſera obligé de payer leſdites légitimes au-delà de ce dont il en peut être tenu de droit, ſuivant l'Article XXXIV, *qu'en cas qu'il en ait été expreſſément chargé par la Donation, & non autrement*; auquel cas d'expreſſion de ladite charge, *le Donataire ſera tenu directement*, & avant tous les autres donataires, quoique poſtérieurs, d'acquitter leſdites légitimes pour la part & portion dont il aura été chargé dans la Donation; & *ſi ladite portion n'y a pas été expreſſément déterminée*, elle demeurera fixée à telle & ſemblable portion que celle pour laquelle les biens préſens & à venir ſe trouveront compris dans la Donation, *ſauf au donataire*, dans tous les cas portés par le préſent Article, de renoncer, ſi bon lui ſemble, *à la Donation.*

OBSERVATIONS.

Cet article peut être diviſé en deux parties. Dans la premiere, il regle de quelle maniere le donataire de tous les

BIU Cujas

biens préſens & à venir, dans le cas où une telle donation eſt permiſe, doit payer les légitimes des enfans du donateur. Dans la ſeconde, il explique de quelle maniere le donataire d'une quote de biens préſens & à venir doit contribuer au payement des légitimes; & dans ce dernier cas, il uſe de diſtinction; ou le donataire n'a pas été chargé nommément de contribuer au payement des légitimes; alors il n'en ſera tenu qu'en conformité de *l'article XXXIV ſuprà*; c'eſt-à-dire, après la diſcuſſion des autres biens du donateur, & des donations poſtérieures, ou bien le donataire d'une quote des biens préſens & à venir, a été chargé de contribuer au payement des légitimes; alors, ou la quote de la légitime eſt exprimée, ou non; au premier cas, le donataire ſera tenu de contribuer directement, & ſans qu'il ſoit beſoin de diſcuter les autres biens du donateur, ni les donations poſtérieures au payement des légitimes, par rapport à la quote dont il aura été chargé: au ſecond cas; c'eſt-à-dire, ſi la portion à raiſon de laquelle il doit contribuer à la légitime, n'eſt pas exprimée dans la donation, cette quote doit être réglée par proportion à la quote des biens qui ont été donnés, comme ſi la donation eſt de la moitié ou d'un quart, il contribuera au payement de la légitime pour la moitié ou pour un quart, ſauf au donataire à renoncer à la donation.

A été autoriſée par l'article XVII.] La donation des biens préſens & à venir n'eſt permiſe que dans un ſeul cas; ſavoir, quand elle a été faite en contrat de mariage en faveur des conjoints ou des enfans qui en naîtront; & dans tous les autres cas elle eſt prohibée, à peine de nullité de la donation, même pour les biens préſens, ſuivant les articles XV & XVII de cette ordonnance. Voyez les obſervations ſur ces articles.

Le donataire ſera tenu indéfiniment de payer les légitimes des enfans du donateur.] Le donataire de la totalité des biens préſens & à venir, eſt obligé de payer toutes les légitimes des enfans du donateur, ſoit qu'il en ait été chargé par convention expreſſe, ou non; la raiſon eſt que le donataire univerſel étant à la place de l'héritier, *l.* 128, §. 1, *ff. de reg. jur.* & d'ailleurs ayant en main tous les biens du donateur, les légitimaires ne peuvent agir que contre lui; ainſi il eſt indifférent que le donataire ait été chargé du payement de la légitime, ou qu'il n'en ait pas été chargé; parce que les biens donnés paſſent en ſa main, avec la charge de la légitime des enfans du donateur, *tacito juris intellectu.*

BIU Cujas

Mais si par la donation universelle des biens présens & à venir, le donateur s'étoit réservé un effet, ou une somme à prendre sur les biens donnés, & dont il a disposé à sa mort, le donataire universel pourroit-il obliger les légitimaires à discuter l'effet particulier, ou la somme réservée, supposé qu'elle fût suffisante pour remplir les légitimes, ou pour en acquitter une bonne partie ? Il semble qu'on doit décider pour l'affirmative; parce que, suivant *l'article XXXIV*, avant de pouvoir agir sur les donations, les légitimaires sont obligés de discuter les biens dont le donateur n'a point disposé, ou ne l'a fait que par disposition à cause de mort; que s'il en a disposé entre-vifs, on doit discuter les dernieres donations avant d'attaquer les précédentes.

Cependant il faut tenir sans difficulté pour la négative; premiérement, parce que l'article XXXIV ne regarde que les donations qui ne sont que des biens présens, ou d'une quote des biens présens, ou d'une chose particuliere, & non des donations universelles des biens présens & à venir. 2°. Le donataire universel étant à la place de l'héritier, il doit payer toutes les dettes & charges, & par conséquent les légitimes, selon *Albert, verb. donation, article* 5. 3°. Si les biens réservés devoient être assujettis au payement des légitimes, la réservation se trouveroit inutile, parce que les légitimes l'absorberoient, & par conséquent ce seroit en vain que le donateur auroit stipulé la faculté d'en disposer. 4°. Notre article le suppose de même, non-seulement lorsqu'il veut que le donataire soit tenu de payer les légitimes indéfiniment, sans distinguer s'il y a de réserve ou non, mais encore lorsqu'il réserve au donataire la faculté de renoncer à la donation; ce qui suppose aussi que la donation peut être onéreuse, soit à cause des dettes, & autres charges, soit à cause des légitimes ou des réservations faites dans l'acte de donation; ce qui n'arriveroit pas, si les biens réservés devoient être épuisés pour les légitimes, avant de toucher aux biens donnés; & ceci doit avoir lieu, soit que le donataire universel ait été chargé du payement des légitimes par convention expresse, soit qu'il n'en ait pas été parlé. ¶ Mais si le donataire des biens présens & à venir, sous une réserve, optoit la donation du jour de sa date, & qu'il renonçât aux biens à venir, il faudroit prendre les légitimes sur cette réserve, avant d'en venir à la donation réduite aux biens présens, si le donataire n'a-

BIU Cujas

voit pas été expreſſément chargé des légitimes, ſuivant l'article XXXVII *infrà*. ¶

Lorſque la donation ne contiendra qu'une partie des biens préſens & à venir.] Dans ce cas, le donataire n'eſt tenu de contribuer aux légitimes, qu'en cas d'inſuffiſance des biens reſtans; & après avoir diſcuté les autres biens dont le donateur aura diſpoſé entre-vifs poſtérieurement, ou par des diſpoſitions de derniere volonté, conformément à *l'article XXXIV*; à moins qu'il n'ait été nommément chargé du payement, ou de la contribution aux légitimes; ce qui eſt conforme à la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe, atteſtée par *M. de Cambolas, liv. 2, ch. 9; par Albert, verb. donation, article 5*, & par les autres Auteurs, qui juge que le donataire d'une quote des biens préſens & à venir, eſt tenu, ſans autre expreſſion, de payer ſa portion des dettes; mais il ne doit pas contribuer au payement des légitimes.

Qu'en cas qu'il en ait été expreſſément chargé, & non autrement.] La charge de contribuer aux légitimes, doit être expreſſément impoſée au donataire d'une quote des biens préſens & à venir, dans l'acte de donation; autrement il n'en eſt tenu que ſubſidiairement, en cas d'inſuffiſance des autres biens, comme je l'ai dit ci-deſſus: mais ſi le donataire avoit été chargé de payer ſa portion des dettes & charges, ſans qu'il eût été nommément fait mention des légitimes, le mot, *charges*, devroit-il comprendre les légitimes? Cette queſtion étoit diverſement traitée par les Auteurs, & diverſement jugée par les Parlemens. A Toulouſe on jugeoit que le mot *charges* comprenoit les légitimes, & que par conſéquent le donataire d'une quote des biens préſens & à venir, en payant une ſemblable quote des charges, devoit contribuer aux légitimes; *M. Maynard, liv. 2, ch. 93, & liv. 10, ch. 11; M. Laroche, liv. 6, tit. 40, article 1, & tit. 63, article 6; M. de Cambolas, liv. 4, ch. 7; M. Dolive, liv. 5, ch. 15; & Albert. verb. donation, article 5.* Le Parlement de Grenoble ſuivoit la même Juriſprudence, ſelon le témoignage de *Baſſet, tom. 2, liv. 4, tit. 23, ch. 2.*

Le Parlement de Paris jugeoit au contraire que le mot, *charges*, ne comprenoit pas les légitimes ni les dots, ſuivant *Henris, tom. 1, liv. 4, ch. 6, queſt. 93.*

La Juriſprudence du Parlement de Bordeaux n'étoit pas conſtante; car tantôt il jugeoit que le mot, *charges*, ne comprenoit pas les légitimes; tantôt qu'il les comprenoit, ſelon *Lapeyrere, lettre O, n°. 102.*

BIU Cujas

C'eſt pour faire ceſſer ce conflit de Juriſprudence ; que notre article a décidé que le donataire d'une quote des biens préſens & à venir, devoit être nommément & expreſſément chargé de contribuer aux légitimes ; autrement il n'en eſt tenu que ſubſidiairement, & par conſéquent il a donné la préférence à la Juriſprudence du Parlement de Paris ſur celle des autres Parlemens ; ainſi il ne ſuffiſoit pas préſentement d'impoſer au donataire la condition de contribuer aux charges, pour l'aſſujettir au payement des légitimes, mais il faut le charger nommément des légitimes, afin qu'il puiſſe en être tenu ſans diſcuſſion.

Le donataire ſera tenu directement.] En cas que la charge de contribuer aux légitimes ait été expreſſément impoſée au donataire d'une quote des biens préſens & à venir, il ſera tenu directement, & avant tous les autres donataires, quoique poſtérieurs, d'acquitter les légitimes pour la part & portion dont il aura été chargé dans la donation ; mais en ſeroit-il de même, ſi le donataire d'une quote des biens préſens & à venir, chargé d'une quote des légitimes, concouroit avec les héritiers *ab inteſtat* ?

Suppoſons donc qu'un pere, mariant ſon fils, lui donne la moitié de ſes biens préſens & à venir, à la charge de payer la moitié des légitimes ; ce pere mourant *ab inteſtat*, les autres enfans qui ſont ſes héritiers peuvent-ils demander que leur frere, donataire, contribue pour la moitié au payement des légitimes ? *M. de Cambolas, liv. 5, ch. 40*, rapporte un arrêt du Parlement de Toulouſe, qui déchargea le donataire de la contribution aux légitimes.

Henris, tom. 2, liv. 6, queſtion 17, décide le contraire ; & *Bretonnier*, dans ſes obſervations, ſur le même Auteur, uſe de cette diſtinction ; ou les enfans trouvent dans la ſucceſſion de leur pere leur légitime entiere ; dans ce cas, ils ne peuvent rien demander à leur frere, donataire ; mais s'il n'y a pas de quoi remplir leur légitime, les autres enfans ſont bien fondés à exercer leur action contre leur frere.

Le ſentiment d'Henris me paroît ſans difficulté mieux fondé, & il faut décider indiſtinctement que le donataire doit remplir la charge qui lui a été impoſée ; parce que cette charge eſt une réſervation faite au profit des autres enfans, qui retranche de la donation le montant de la moitié des légitimes, & les tranſporte aux autres

BIU Cujas

enfans, qui le prennent comme une dette dont la donation est chargée; & par conséquent le donataire ne peut pas en profiter, quel que soit l'événement au sujet de l'autre moitié restante; c'est même l'esprit de l'arrêt rapporté par *M. de Cambolas*, qui fut déterminé sur la circonstance particuliere, prise de ce que les freres & la sœur du donataire avoient transigé avec lui, ou avoient renoncé; sans laquelle circonstance, l'Auteur remarque qu'on auroit jugé le contraire; on peut même dire que notre article décide la difficulté, conformément au sentiment *d'Henris*, en ce qu'il veut que le donataire soit tenu directement d'acquitter la portion des légitimes dont il a été chargé, & par conséquent il ne faut pas discuter les biens restans, quoique le donateur n'en ait pas disposé, tout comme il n'est pas nécessaire de discuter les donataires postérieurs.

Du reste, la distinction de *Bretonnier* n'est pas considérable, parce qu'il suppose que le donataire d'une quote est tenu, même sans expression, de contribuer aux légitimes; ce qui n'est pas vrai, comme il en convient dans ses observations sur *Henris*, *tom. 1*, *liv. 4*, *question* 93. Ainsi la stipulation doit nécessairement produire son effet, parce que les paroles des actes doivent être expliquées, *ut aliquid operentur*; d'ailleurs ce seroit le cas de la maxime *expressa nocent*, *non expressa non nocent*.

Si ladite portion n'y a pas été expressément déterminée.] Ceci prouve que le donataire, dans ce cas, peut être chargé de contribuer au payement des légitimes pour une portion plus forte que n'est celle de la donation; sur quoi il faut voir les *articles XVI & XVII suprà*, avec les observations; que s'il est dit simplement que le donataire sera tenu de contribuer aux légitimes, sans en exprimer la quotité, il n'y contribuera que par proportion de la quote des biens donnés.

Sauf au donataire de renoncer à la donation.] Ce n'est pas seulement dans les cas exprimés dans le présent article, qu'il est permis au donataire de renoncer à la donation, s'il le trouve à propos; il peut aussi y renoncer dans les autres cas, comme je l'ai prouvé dans mes questions.

BIU Cujas

ARTICLE XXXVII.

De quelle maniere les légitimes doivent être payées, lorsque le Donataire s'en tient aux biens extans lors de la Donation, & qu'il renonce aux biens à venir.

SI néanmoins le Donataire par Contrat de mariage, de la totalité, ou de partie des biens préſens & à venir, *déclare qu'il opte* de s'en tenir aux biens qui appartenoient au donateur au tems de la Donation, & qu'il *renonce aux biens poſtérieurement acquis* par ledit donateur, ſuivant la faculté qui lui eſt accordée par *l'article XVII*, les légitimes des enfans ſe prendront ſur leſdits biens poſtérieurement acquis, s'ils ſuffiſent; ſinon ce qui s'en manquera, ſera pris ſur tous les biens qui appartenoient au donateur dans le tems de la Donation, ſi elle comprend la totalité deſdits biens; *& en cas que la Donation ne ſoit que d'une partie des biens*, & qu'il y ait pluſieurs donataires, la diſpoſition de *l'Article XXXIV* ſera obſervée entr'eux, ſelon ſa forme & teneur.

OBSERVATIONS.

Pour bien comprendre le ſens de cet article, il faut faire attention qu'il ſe rapporte à toutes les diſpoſitions contenues dans le précédent & qu'il n'a été ajouté que pour lui ſervir d'exception ou de limitation; que ſi on vouloit l'entendre ſéparément & indépendamment de l'autre, il renfermeroit pluſieurs difficultés qu'on auroit de la peine à réſoudre; il décide donc que ſi le donataire de tous les biens préſens & à venir par contrat de mariage, s'en tient aux biens exiſtans lors de la donation, & qu'il renonce aux biens à venir, il ne ſera tenu du payement des légitimes que ſubſidiairement, & après

BIU Cujas

après que les légitimaires auront épuisé & discuté les biens acquis par le donateur depuis la donation ; ce qui doit avoir lieu, soit que le donataire universel ait été chargé par la donation de payer les légitimes, ou qu'il n'en ait pas été chargé ; c'est l'esprit de la premiere disposition de notre article, comme je l'établirai bientôt.

Que si la donation n'est que d'une quote des biens présens & à venir, si le donataire prend la donation du jour de sa date, s'il renonce aux biens acquis postérieurement, & qu'il y ait plusieurs donataires ; dans ce cas, la disposition de *l'article XXXIV* doit être observée entre eux ; c'est-à-dire, que les biens compris dans les dernieres donations seront discutés par les légitimaires, avant de pouvoir agir sur ceux qui sont compris dans les donations antérieures : c'est l'explication littérale de la derniere disposition.

Déclare qu'il opte.] J'ai parlé dans mes Observations sur les *articles XIII & XVII* de cette option & de ses effets ; ainsi il faut rapporter dans cet endroit ce que j'ai dit sur ces deux articles.

Qu'il renonce aux biens postérieurement acquis.] Cette renonciation que notre article permet dans le cas exprimé, renferme une division réelle de la donation, & doit la faire considérer tout de même que si la donation n'étoit que des biens présens ; parce que les biens à venir qui faisoient partie de la même donation, en sont retranchés par l'option du donataire, & par sa renonciation ; ce qui peut faire naître une difficulté considérable, si notre article doit avoir lieu, lorsque le donataire de tous les biens présens & à venir, avec charge expresse de payer les légitimes, est obligé directement, & sans discussion, de remplir cette charge, quoiqu'il renonce aux biens à venir, & qu'il s'en tienne aux biens extans lors de la donation. La raison de douter est prise de *l'article XVIII suprà*, qui permet de charger le donataire des biens présens en contrat de mariage, des légitimes indéfiniment ; & de *l'article XXXVI*, qui veut que le donataire qui aura été chargé nommément de payer les légitimes, soit tenu directement d'acquitter les légitimes : d'où il semble qu'on doive conclure que quand le donataire de tous les biens présens & à venir a été chargé expressément de payer les légitimes, il ne peut pas s'en dispenser en renonçant aux biens postérieurement acquis par le donateur, parce qu'il suffit que la donation des biens présens subsiste, pour que la charge doive être ac-

BIU Cujas

complie ; qu'ainſi notre article ne doit avoir lieu que dans le cas où le donataire de tous les biens préſens & à venir n'aura pas été chargé des légitimes par convention expreſſe ; parce qu'alors il faut en revenir au droit commun, ſelon lequel les légitimes ne ſont pas une charge du donataire des biens préſens auxquels il s'en tient, mais bien de ceux qui ont été acquis poſtérieurement, qui compoſent l'hérédité du donateur, & auxquels le donataire renonce.

Je crois toutefois qu'il faut tenir le contraire par deux ou trois raiſons, qui me paroiſſent déciſives. La premiere, que notre article s'applique & ſe rapporte au précédent, ainſi que je l'ai obſervé ci-devant, comme le prouvent les mots, *ſi néanmoins le donataire*, & tout ce qui ſuit; & par conſéquent il doit néceſſairement comprendre tous les cas qui ſont rapportés dans l'article précédent, auquel celui-ci a voulu ajouter une exception qui embraſſe tous les cas particuliers décidés par l'article XXXVI.

La ſeconde, que s'il en étoit autrement, le Légiſlateur n'auroit pas manqué d'exprimer les cas auxquels l'exception devoit être appliquée ; & puiſqu'il n'eſt pas entré dans ce détail, & qu'au contraire l'exception eſt conçue en termes indéfinis, elle doit donc s'appliquer à toutes les hypotheſes de l'article précédent, auquel celui-ci ſe rapporte.

La troiſieme : notre article qui veut que le donataire univerſel renonçant aux biens à venir, ne ſoit tenu des légitimes que ſubſidiairement, lorſqu'il renonce aux biens à venir, quoiqu'il y ſoit tenu de droit & ſans convention, ſuivant *l'article XXXVI*, lorſqu'il n'y renonce pas, décide bien clairement que la charge de payer les légitimes ne regarde que l'hérédité qui eſt compoſée des biens à venir, & non le donataire des biens préſens, qui eſt un ſucceſſeur ſingulier, ſelon *Argentré, ſur la coutume de Bretagne, article 219, gloſ. 7, n°. 6*, après pluſieurs Docteurs, & par conſéquent la charge de payer les légitimes n'eſt cenſée avoir été impoſée qu'en conſidération des biens à venir ; ainſi dès que le donataire eſt reçu à renoncer à ces biens, il doit être délivré de l'obligation directe de payer les légitimes, & il ne peut en être tenu que ſubſidiairement en cas d'inſuffiſance des biens poſtérieurement acquis, à cauſe de la regle *ceſſante cauſâ, ceſſat effectus*. Voilà pourquoi la déciſion de notre article doit avoir lieu, ſoit que le donataire ait été chargé

BIU Cujas

expreſſément de payer les légitimes, ou qu'il n'en ſoit pas parlé.

Et en cas que la donation ne ſoit que d'une partie des biens, & qu'il y ait pluſieurs donataires.] La difficulté que je viens d'examiner peut ſe préſenter dans le cas du donataire d'une quote des biens préſens & à venir, tout de même qu'à l'égard des donataires univerſels; ainſi par les raiſons que j'ai rapportées, la diſpoſition de notre article doit avoir lieu, ſoit que le donataire d'une quote ait été chargé de payer les légitimes, ou non; il y a même une raiſon particuliere qui confirme mon opinion; c'eſt que l'objet de notre article a été d'égaler le donataire chargé de contribuer aux légitimes, lorſqu'il renonce aux biens à venir, au donataire qui n'y a pas été aſſujetti expreſſément; or le donataire d'une quote n'étant pas tenu de contribuer aux légitimes ſans convention expreſſe, comme je l'ai obſervé ſur l'article précédent, la renonciation aux biens à venir faite par le donataire d'une quote, ne produiroit pas ſon effet, ſi elle ne déchargeoit pas le donataire de l'obligation directe de payer les légitimes, à laquelle il a été aſſujetti par la donation.

Et quoiqu'il n'y ait point d'autres donataires en concours avec le donataire d'une quote des biens préſens & à venir, qui renonce aux biens à venir, il faut ſe régler également ſur la diſpoſition de *l'article XXXIV*, & faire la diſcuſſion des biens délaiſſés par le donateur, ſoit que le donataire qui a renoncé aux biens à venir ait été chargé du payement des légitimes, ou non, par la raiſon rapportée ci-deſſus, que la charge de contribuer aux légitimes n'eſt cenſée avoir été impoſée qu'en conſidération des biens à venir; & d'ailleurs parce qu'autrement la renonciation aux biens à venir ne produiroit pas au donataire l'avantage que le Légiſlateur y a attaché.

¶ Pour ſe réſumer en peu de mots, & ne pas confondre les différens cas que cette matiere embraſſe, il faut dire, 1°. Que la donation faite hors du contrat de mariage, ſoit de la totalité des biens préſens ou d'une quote, ne peut pas être chargée du payement des légitimes, à peine de nullité, ſuivant l'article XVI *ſuprà*. 2°. Si la donation eſt faite dans un contrat de mariage en faveur des conjoints, ou de l'un d'eux & de leurs deſcendans, le donataire peut être chargé de payer les légitimes des autres enfans indéfiniment, quand même la

BIU Cujas

donation ne ſeroit que des biens préſens ; auquel cas le donataire ſera obligé d'exécuter la charge, ſi mieux il n'aime renoncer à la donation, comme le porte l'article XVIII, par la raiſon que la donation des biens préſens ne peut pas être diviſée, & qu'il faut l'exécuter en tout, avec ſes charges, ou la répudier en tout. 3°. Si la donation en faveur de mariage eſt des biens préſens & à venir, le donataire, s'il l'eſt de la totalité des biens, ſera tenu au payement des légitimes, quoiqu'il n'en ait pas été chargé expreſſément ; mais ſi la donation n'eſt que d'une quote, il n'en ſera tenu qu'autant qu'il y aura été aſſujetti par clauſe expreſſe, article XXXVI ; ſi néanmoins le donataire par contrat de mariage, de la totalité, ou de partie des biens préſens & à venir, déclare qu'il opte de s'en tenir aux biens préſens, & qu'il renonce aux biens poſtérieurement acquis, les légitimes doivent ſe prendre ſur les biens poſtérieurement acquis, quand la donation eſt de la totalité, & le donataire n'eſt tenu qu'en cas d'inſuffiſance par voie de retranchement, quand même il en auroit été expreſſément chargé ; & ſi la donation n'eſt que d'une quote, il n'en ſera tenu que par voie de retranchement, quand même il en auroit été expreſſément chargé, article XXXVII, parce que la charge de payer les légitimes n'eſt cenſée avoir été impoſée qu'en conſidération des biens à venir, de laquelle charge le donataire demeure libéré, dès qu'il renonce aux biens à venir, & qui ont été acquis après la donation. ¶

ARTICLE XXXVIII.

De quel jour la preſcription peut courir en faveur des donataires contre les légitimaires.

La preſcription ne pourra commencer à courir en faveur des donataires contre les légitimaires, *que du jour de la mort de ceux* ſur les biens deſquels la légitime ſera demandée.

OBSERVATIONS.

La preſcription ne pourra commencer à courir.] Les enfans n'ayant aucun droit ſur leur légitime, tandis que leurs

BIU Cujas

ascendans vivent, & ne pouvant pas en former la demande, suivant les loix & le sentiment des Auteurs, & entr'autres de *Guipape*, *question 486*; *Dumoulin sur la coutume de Paris*, §. 13, *glos.* 3, n°. 4; & *Fernand*, *sur la loi in quartam*, *præfat.* 2, *cap.* 2, n°. 10, il est juste que les donataires ne puissent leur opposer aucune prescription pendant la vie de ceux sur les biens desquels la légitime peut être demandée, parce que *contra non valentem agere non currit præscriptio*; ce qui doit avoir lieu, quand même on se rencontreroit dans quelqu'un des cas rapportés par *Fernand*, au lieu préallégué, n°. 11; & par *M. Maynard*, *liv.* 7, *ch.* 23, auxquels le pere peut être obligé de représenter la légitime, parce que ce n'est que par une action extraordinaire que la légitime peut être demandée dans ces cas, & que d'ailleurs notre article ne distingue point, & n'excepte rien.

Que du jour de la mort.] Ceci doit s'entendre de la mort civile, de même que de la mort naturelle, parce que la mort civile est comparée à la naturelle, quant aux effets civils: *Lhomeau*, *liv.* 1, *de la Jurisprudence Françoise*, *sur l'article* 149 *de la coutume d'Anjou*, selon *Guipape*, *question* 547; & *Mornac*, *sur la loi derniere*, *cod. de iis qui veniam ætatis impetraverunt*: il y a trois sortes de morts civiles: *Una est*, disent ces Auteurs, *quando alicui tollitur libertas vel civitas*, *ut est minutus majori capitis diminutione*, & *ista habet effectum mortis naturalis*, *alia est quando tollitur civitas & remanet libertas*, *ut est minutus mediâ capitis diminutione*, & *ista in actibus merè civilibus & prætoriis habet effectum naturalis*. *Alia est mors civilis quando retinetur civitas & libertas*, *sed tamen velle & nolle tollitur*, & *actus civiles interdicuntur*, *ut est videre in excommunicato qui deportato æquiparatur*. Toutefois en France on ne considere pas l'excommunication comme une mort civile, mais bien celle qui est causée par la profession religieuse, suivant *Mornac*, au lieu préallégué. *Voyez Ferrieres*, *sur la question* 547 *de Guipape*; *M. Maynard*, *liv.* 5, *ch.* 80 & 81; *M. Duranti*, *question* 27; & *Duval*, *dans ses Institutes du Droit François*, *liv.* 1, *ch.* 8, qui expliquent les différens cas où l'on encourt la mort civile.

Si le donateur souffre une condamnation à quelque peine qui emporte mort civile, ses enfans pourront demander leur légitime, & convenir les donataires pour faire retrancher leurs donations à concurrence de leurs légitimes, & par conséquent les donataires pourront opposer la prescription depuis le moment que le donateur

BIU Cujas

a souffert la mort civile; parce que *contra valentem agere currit præscriptio*, *L. 1*, *Servus 25*, *ff. de stipulat. servorum*. Si les enfans de celui dont les biens sont confisqués peuvent demander leur légitime sur ses biens. Voyez *Charondas*, *en ses Pandectes*, *liv. 3*, *ch. 12*; *Ricard*, *des donations*, *tom. 1*, *part. 3*, *nº. 1102*, *& suivans*; *Ferrières*, *sur la coutume de Paris*, *article 183*, §. 4, *nº. 8*, *tom. 2*, *page 1429*; *Lebrun*, *des successions*, *liv. 2*, *ch. 3*, *section 5*, *nº. 9 & 10*; *& Fernand*, *sur la loi in quartam*, *præfat. 2*, *article 4*, *nº. 8*, *9*, *10 & 11*, où ce dernier Auteur remarque l'usage particulier du Parlement de Toulouse, qui est expliqué par *Mrs. Maynard*, *liv. 8*, *ch. 84*; *Laroche*, *verb. confiscation*, *article 5*, *Cambolas*, *liv. 1*, *ch. 4*; *& Catellan*, *liv. 2*, *ch. 98*.

Comme aussi lorsque le donateur entre en Religion, & y fait profession, suivant *Mathæus*, *sur la question 486 de Guipape*; les donataires peuvent donc depuis ce tems-là commencer à prescrire l'action en retranchement des donations pour les légitimes, par la raison que j'ai rapportée ci-dessus, que la prescription commence à courir depuis le tems qu'on a pu agir.

Mais par quel espace de tems les donataires peuvent-ils prescrire leur décharge contre les légitimaires, depuis qu'ils ont pu demander la légitime? Régulièrement l'action qui compete aux enfans pour obtenir l'adjudication de leur légitime, dure trente ans, à compter du jour que leur pere est décédé, ou qu'ils ont pu agir; mais si les enfans vivans en commun ont été nourris sur les biens de l'hérédité, la prescription ne court contre eux que depuis qu'ils ont cessé d'être nourris sur les biens de l'hérédité; parce que recevant journellement leur nourriture sur le patrimoine du défunt, ils sont censés être en possession de leur légitime, que la nature & la loi ont substitué à la place des alimens, comme le remarque *M. Dolive*, *liv. 5*, *ch. 31*.

Cependant les donataires ayant un titre légitime pour prescrire par le laps de dix ans entre présens, & de vingt ans entre absens, *L. 1*, *ff. pro donato*, *L. 1*, *cod. de usucap. pro donato*, *& l'article 113 de la coutume de Paris*, cette prescription pourra-t-elle être opposée aux légitimaires, ou faudra-t-il trente ans pour éteindre leur action?

Au Parlement de Toulouse, où l'on n'a pas reçu l'usucapion ni la prescription de dix ou de vingt ans pour l'acquisition de la propriété des immeubles ou des droits,

BIU Cujas

même avec titre & bonne foi ; mais seulement la prescription de l'action hypothécaire, pour mettre en sûreté les tiers-acquéreurs, avec titre & bonne foi, contre les hypotheques des créanciers, comme l'ont remarqué *Duval*, *dans ses Instit. du droit François*, *liv.* 2, *ch.* 4 ; *& M. de Catellan*, *liv.* 7, *ch.* 4, *pag.* 457, il n'y a point de doute que les donataires ne peuvent opposer aux légitimaires d'autre prescription que celle de trente ans, parce que l'action des légitimaires n'est pas purement hypothécaire, mais elle est personnelle, *in rem scripta*, suivant *Ricard*, *des donations*, *tom.* 1, *part.* 3, *n°.* 1163 ; *& Merlinus*, *de legitima*, *lib.* 5, *tit.* 4, *quest.* 6, *n°.* 2, qui ajoute au nombre 14, *filius succedens in legitima succedit in partem juris universalis activi*, *quod defunctus habuit tempore mortis*, *sive in corporibus*, *sive in actionibus*, *& ideò æquiparatur hæredi.* Ainsi il a droit de vendiquer sa portion des mains des donataires, & cette action n'est pas sujette à la prescription de dix ou de vingt ans, suivant l'usage du Parlement de Toulouse, qui à cet égard s'est écarté du droit Romain.

Mais dans les pays où l'on suit le droit Romain à la rigueur, & dans le district de la coutume de Paris, la prescription de dix ans entre présens, ou de vingt ans entre absens, suffiroit pour exclure les légitimaires ; parce que la donation est un titre suffisant pour servir de fondement à cette prescription, suivant les loix citées, & *Ferrieres*, sur la coutume de Paris, *article* 113, *glos.* 3, *n°.* 8.

BIU Cujas

ARTICLE XXXIX.

De la révocation des Donations par survenance des enfans.

TOUTES Donations entre-vifs faites par personnes qui n'avoient point d'enfans ou des descendans actuellement vivans dans le tems de la Donation, de quelque valeur que lesdites Donations puissent être, & à quelque Titre qu'elles aient été faites, & encore qu'elles fussent mutuelles ou rémunératoires, même celles qui auront été faites *en faveur de mariage par autres que par les conjoints* ou les ascendans, *demeureront révoquées de plein droit par la survenance d'un enfant légitime du donateur*, même d'un posthume, *ou par la légitimation d'un enfant naturel par mariage subséquent, & non par aucune autre sorte de légitimation.*

OBSERVATIONS.

Notre article, & les six qui suivent, tranchent en peu de mots plusieurs difficultés qui divisoient les Interprêtes du droit, & qui étoient diversement jugées par les Cours supérieures.

La disposition de la *loi Si unquàm, cod. de revocandis donat.* est confirmée par notre article, avec plusieurs explications considérables. Il veut que toute sorte de donations entre-vifs, à quelque titre qu'elles soient faites, même en contrat de mariage, & de quelque valeur qu'elles soient, encore qu'elles soient mutuelles ou rémunératoires, même en contrat de mariage, excepté celles qui sont faites entre conjoints ou en faveur des descendans, soient révoquées de plein droit par la naissance d'un enfant du donateur ou d'un posthume, même par la légitimation d'un enfant naturel par mariage subséquent; pourvu que le donateur n'eût aucun enfant ou descendant actuellement vivant lors de la donation; mais

BIU Cujas

aucune autre légitimation que celle qui se fait par mariage subséquent, ne peut donner lieu à la révocation de la donation.

Toutes donations entre-vifs.] Cette disposition générale comprend toute sorte de donations entre-vifs, même celles qui sont faites en faveur des Eglises, de la cause pie, du public & autres privilégiées; parce qu'il suffit qu'elles soient sujettes à la révocation prononcée par notre article; j'ai même fait voir dans mes questions, que les donations faites aux Eglises, ou à la cause pie, devoient être révoquées par la survenance d'un enfant, en vertu de la loi, *Si unquàm*, *cod. de revocandis donationibus*; cependant il faut observer que notre article ne parlant que des donations entre-vifs, ne peut pas s'appliquer aux donations à cause de mort, auxquelles la loi *Si unquàm* ne doit pas non plus avoir lieu, comme je l'ai prouvé dans mes questions; il ne comprend pas non-plus les présens qui se font manuellement, parce que communément on les fait par des motifs, qui ne seroient pas balancés par l'existence des enfans; ce que je crois devoir être entendu, lorsque ces présens ne sont pas si considérables, qu'on puisse présumer qu'ils n'auroient pas été faits, si celui qui a voulu gratifier avoit eu des enfans.

Faites par personnes.] Ceci comprend toutes les donations, par quelques personnes qu'elles ayent été faites, mâles ou femelles, suivant *l'article XI. infrà*: & c'est ainsi que l'on entendoit la loi *Si unquàm*, selon *Charondas*, *liv. 12*, *resp. 56*; ce qui fait cesser le doute qui s'étoit élevé entre les docteurs & les Interprêtes du droit, pour savoir si la loi *Si unquàm* devoit être étendue à toute sorte de personnes, ou si elle devoit être resserrée dans son espece particuliere de la donation faite par un patron en faveur de son affranchi; sur quoi il faut voir *Tiraqueau*, dans son commentaire sur cette loi; & *Jacques Godefroi*, sur cette même loi rapportée dans le code théodosien.

Qui n'avoient point d'enfans ou descendans actuellement vivans dans le tems de la donation.] C'étoit une condition essentielle requise par la loi *Si unquàm*, & que notre article exige également, que le donateur n'eût point d'enfans au tems de la donation, afin qu'elle fût revoquée par ceux qui lui surviennent; mais la loi *Si unquàm* ne s'étoit pas si clairement expliquée que notre article, qui veut non-seulement que le donateur n'ait point d'enfans au premier degré, mais encore qu'il n'ait point

BIU Cujas

d'autres descendans, comme des petits-fils, *ex filio vel filia*, des arriere-petits-fils, ou autres descendans; car s'il en avoit, à quelque degré qu'ils fussent, la survenance des autres enfans après la donation ne la feroit pas révoquer.

Il faut encore que les enfans ou descendans soient actuellement vivans lors de la donation, & il ne suffiroit pas que le donateur en eût eu, s'ils étoient morts, pour empêcher la révocation de la donation par la survenance d'enfans.

De quelque valeur que lesdites donations puissent être.] La loi *Si unquàm* n'ayant parlé que des donations de tous les biens, ou d'une partie des facultés, *bona omnia vel partem aliquam facultatum;* les interprêtes étoient en dispute pour savoir, 1°. S'il falloit que la donation fût de tous les biens ou d'une quote, afin qu'elle fût révoquée par la survenance des enfans. 2°. Si cette quote devoit être de la moitié, & si une moindre quote n'étoit pas exceptée. 3°. Si la donation d'une somme en deniers, ou d'une chose particuliere étoit sujette à révocation; mais notre article vuide toutes ces difficultés, en ordonnant que toutes les donations entre-vifs, de quelque valeur qu'elles puissent être, soient révoquées par la survenance des enfans; car les mots, *de quelque valeur que les donations puissent être*, doivent s'entendre non-seulement des donations considérables, en tout ou en partie par forme de quote, mais encore de celles qui sont de petite valeur, quand même elles seroient d'une somme en deniers, ou d'une chose particuliere; en quoi l'on a suivi la jurisprudence du Parlement de Toulouse, qui le jugeoit ainsi, selon le témoignage de *M. Maynard, liv. 4, ch. 12; & de M. de Catellan, liv. 4, ch. 41*; sur quoi on peut voir ce que j'en ai dit dans mes questions.

Et à quelque titre qu'elles ayent été faites.] Ces termes sont fort remarquables, parce qu'ils retranchent aussi un grand nombre de difficultés, en décidant que tout ce qui tient de la donation entre-vifs, quelque nom ou titre qu'on lui ait donné, est sujet à révocation par la survenance des enfans, & il n'y a que les contrats à titre onéreux, qui ne soient pas assujettis à cette regle.

¶ La disposition indéfinie de cet article, & plus particuliérement celle de l'article XLII *infrà*, révoquent les donations faites en faveur du mariage du donataire; en quoi l'on a confirmé la jurisprudence du Parlement de Toulouse, qui jugeoit que ces donations étoient révo-

BIU Cujas

quées par la survenance des enfans, & l'on a dérogé à l'article 255 de la coutume de Bourbonnois, qui avoit excepté de la révocation les donations faites en contrat de mariage, & qui n'accordoit la révocation que des donations universelles, ou d'une quote, & quand les enfans survivoient au donateur. ¶

De-là vient que la constitution de dot est révoquée, parce que c'est une libéralité de la part du constituant, suivant la loi derniere, *cod. de donationib. ante nuptias*; & c'est ainsi que le Parlement de Toulouse le juge, sans même qu'il soit besoin d'attendre la mort du mari: *M. Maynard, liv. 4, ch. 12; & M. de Catellan, liv. 4, ch. 41*; & le sentiment de *Dumoulin, de donationib. in contractu matrim. factis, n°. 68*, a été réprouvé, en ce qu'il croyoit que le droit du mari n'étoit pas résolu, comme lui étant acquis à titre onéreux.

Il en est de même de la renonciation à un droit certain, selon *M. de Catellan, liv. 5, ch. 8; Tiraqueau, sur la loi Si unqàam, verb. donatione largitus, n°. 173, & 193; Dumoulin, sur la coutume de Paris, §. 1, glos. 3, n°. 12; Boerius, Boniface*, & plusieurs autres; ce qu'il faut entendre si la renonciation est purement gratuite, car il en seroit autrement, si elle avoit été réciproque, & en considération de quelqu'autre chose. Voyez *Ranchin & Bornier, tit. renunciatio, article 19*.

On doit encore dire la même chose des institutions contractuelles, qui sont faites en faveur des personnes qui ne sont pas descendantes du donateur, parce qu'elles sont considérées comme des donations; *de Lauriere, des institutions & substitutions contractuelles, ch. 4, n°. 119*, & sur-tout au Parlement de Toulouse, où elles ne tiennent rien de la donation à cause de mort, comme je l'ai expliqué sur *l'article XIII suprà*.

En un mot, pour ne pas entrer dans un détail inutile, il faut s'attacher à la regle, que tout ce qui peut être considéré comme donation entre-vifs, & qui n'est pas dans les termes d'une convention réciproque & onéreuse, est sujet à révocation par la survenance des enfans; en quoi notre article est beaucoup plus étendu que la loi *Si unquàm*.

Il faut pourtant excepter un cas qui est extrêmement digne de faveur; savoir, lorsque la donation est faite pour tenir lieu de titre sacerdotal, suivant *l'auteur du journal des audiences, tom. 1, liv. 4, ch. 7, celui des définitions canoniques, pag. 559; & Ferrieres, sur la coutume*

BIU Cujas

de Paris, des donations & don mutuel §. 5, *queſt.* 3, *n°.* 11, *tom.* 3, *col.* 1121; ce que je voudrois néanmoins limiter de deux manieres. La premiere, que la ſurvenance des enfans n'arrive qu'après que le donataire a été promu aux ordres ſacrés, en conſidération de ce titre; car ſi un enfant venoit à naître au donateur auparavant, la donation devroit être révoquée, à cauſe que les choſes ſeroient encore entieres, & que les raiſons qui doivent faire excepter le titre ſacerdotal, ceſſeroient.

La ſeconde, que la donation faite pour ſervir de titre ſacerdotal, n'excede pas la quantité requiſe par les ſtatuts du dioceſe, & pour le revenu ſeulement, ſelon l'eſprit de l'article XII de l'ordonnance d'Orléans; car elle devroit être révoquée pour la propriété & pour l'excédent du revenu, parce qu'on ne peut regarder avec faveur que ce qui eſt néceſſaire pour empêcher que le Prêtre ne puiſſe être réduit à mendier, *in opprobrium cleri*; mais je ne crois pas que le revenu du titre ſacerdotal, *intra legitimum modum*, ſoit révoqué par la ſurvenance des enfans du donateur, ſous prétexte qu'il a quelque bénéfice, parce qu'il peut le perdre, & tomber par-là dans l'inconvénient que les conſtitutions canoniques & les ordonnances ont voulu éviter.

Mutuelles ou rémunératoires.] Les donations mutuelles ne ſont pas exceptées de la révocation, quoiqu'elles ſoient conſidérées en quelque façon comme un contrat onéreux & une convention réciproque; il faut entendre notre article indiſtinctement, ſoit qu'il y ait une parfaite égalité dans les donations, ou non; parce qu'il ne diſtingue point, & qu'il doit être expliqué par *l'article XX ſuprà*; ainſi il abroge le ſentiment *d'Etienne Papon, dans ſon commentaire ſur la loi Si unquàm, verb. donatione largitus*, & des autres auteurs qui avoient cru que la donation mutuelle étoit révoquée par la ſurvenance d'enfans, en ce qu'elle ne ſe trouvoit pas égale, & pour l'excédent ſeulement.

A l'égard de la donation rémunératoire, il faut entendre cet article de la même maniere que j'ai expliqué *l'article XX ſuprà*, & excepter les donations, qui ſont réellement rémunératoires, & quand le donataire a une action pour demander le montant des ſervices; auquel cas la donation doit ſubſiſter à concurrence de la valeur des ſervices. Voyez mes queſtions. ¶ Que ſi les ſervices étoient d'une nature à ne recevoir point d'eſtimation, comme dans l'eſpece de la loi 34, §. 1, *ff. de donationib.*

BIU Cujas

& de l'arrêt du Parlement de Bordeaux, rapporté par *Ricard*, *tom.* 1, *des donations*, *part.* 3, *n°.* 614, il me semble que la donation ne devroit pas être révoquée, quoique le donataire n'eût point d'action pour en demander la récompense, & que notre article, quelque générale que soit sa disposition, n'a pas entendu parler de ce cas favorable : on peut voir *Ricard*, *des dispositions conditionnelles*, *ch.* 3, qui explique fort bien dans quels cas les donations doivent être regardées comme rémunératoires. ¶

En faveur de mariage.] Selon certains auteurs, la donation en faveur de mariage doit être considérée comme faite pour cause, & par conséquent elle ne doit point être sujette à la révocation prononcée par la loi *Si unquàm*. Mais les Parlemens de Paris & de Toulouse avoient rejetté cette opinion, en jugeant que la donation en contrat de mariage en faveur d'un étranger, étoit révoquée par la survenance des enfans, de même que les autres donations, selon *M. Louet*, *lett. D*, *somm.* 52; *M. Maynard*, *liv.* 4, *ch.* 12, & les autres arrestographes du Parlement de Toulouse; parce que les charges qui peuvent se rencontrer dans la personne du donataire qui contracte mariage, ne peuvent pas faire passer la donation pour onéreuse, à cause qu'il n'y a aucun engagement de la part du donateur qui puisse changer le titre de la donation, comme l'a fort bien prouvé *M. de Cambolas*, *liv.* 5, *ch.* 48. Voilà pourquoi notre article a confirmé cette jurisprudence sous deux exceptions. La premiere, est à l'égard des donations faites par l'un des conjoints en faveur de l'autre, en contrat de mariage, quoiqu'elle ne soit pas réciproque; la raison est, parce qu'on ne peut pas dire que *non est cogitatum de liberis*. La seconde exception est à l'égard des donations faites en faveur des descendans du donateur; ce qui doit avoir lieu, quoiqu'elles fussent faites hors du contrat de mariage, parce que la principale condition tirée de la non-existence des enfans lors de la donation, manque dans ce cas.

¶ *Par autres que par les conjoints.*] Ceci doit s'entendre des donations faites par l'un des conjoints à l'autre en contrat de mariage seulement; car les autres donations faites entre eux, *constante matrimonio*, dans les Pays où elles sont autorisées, seront révoquées par la survenance d'enfans, comme l'observent *M. Leprêtre*, *centur.* 2, *ch.* 16; *Faber*, *dans son code*, *lib.* 8, *tit.* 38, *défin.* 10; *Ferrieres*, *sur la coutume de Paris*, *tit.* 13, *col.* 1127, *n°.* 22, *tom.* 3.

BIU Cujas

il y a même lieu de croire par la faveur que notre ordonnance a attribué à la survenance d'enfans, puisqu'elle ne veut pas qu'on puisse renoncer à cette révocation, ni qu'aucune ratification puisse faire revivre la donation révoquée ; que de plus, elle décide bien clairement que *licet cogitatum sit de liberis*, lors de la donation, cela n'empêche pas l'effet de la révocation ; il y a, dis-je, lieu de croire que notre article ne doit pas être entendu de toute sorte de donations faites entre conjoints par leur contrat de mariage, mais seulement de celles qui tiennent quelque chose de la convention, comme le gain de la dot, ou d'un augment, ou donation, *propter nuptias*, en propriété, les stipulations de pension, & autres de même nature; que si outre les conventions ordinaires il y avoit de plus une donation pure, faite par l'un des conjoints en faveur de l'autre, elle devroit être révoquée par la survenance des enfans, du moins pour empêcher que les biens donnés ne passassent pas à des étrangers, suivant *Papon*, *dans son premier Notaire*, *pag.* 356; & *Dumoulin*, *de donationib. in contractu matrim. factis*, *n°.* 36; voilà pourquoi il me semble que, sans blesser l'esprit de notre article, on pourroit décider que la révocation devroit avoir lieu ; si, par exemple, la femme, par son contrat de mariage, avoit fait donation à son futur conjoint, avec cette convention, que ses enfans du premier lit en profiteroient après sa mort, & le mari étant décédé, si la femme se remarie, & a des enfans, parce que les enfans du premier lit du mari devroient être considérés avec encore moins de faveur que le pere, il faudroit même les regarder tout comme si la donation avoit été faite en premier rang ; *Dumoulin*, au lieu préallégué, *n°.* 25, le décide de même.

Mais qu'en devroit-il être, si la donation avoit été faite au futur époux par sa future épouse en contrat de mariage, avec clause que les enfans du premier lit du donataire en profiteroient ? La naissance d'un enfant, né du mariage en faveur duquel la donation seroit faite, devroit révoquer la donation faite, outre, & par dessus les conventions matrimoniales, par rapport aux enfans du premier lit, substitués aux biens donnés, leur pere étant décédé avant la donatrice : cette question me fut proposée le 22 Avril 1733, pour y donner mon avis, avec Mes. Latour & Quinquiry, deux des plus célebres Avocats au Parlement de Toulouse, dans cette espece.

BIU Cujas

Le 20 Décembre 1713, Meſſire Jean-Baptiſte de Deſſand, Marquis de Lalande, Lieutenant-Général des armées du Roi, & Demoiſelle Louiſe de Prunet de Boiſſet, paſſerent des articles de mariage d'écriture privée, dans la ville d'Alais, en Languedoc, par leſquels, après avoir réglé la dot & les gains nuptiaux de part & d'autre, il eſt dit en propres termes : *Et ladite Demoiſelle de Prunet, future épouſe, pour la bonne amitié qu'elle porte audit ſieur de Lalande futur époux, promet de donner, comme elle donne par le préſent acte, audit ſieur de Lalande, par donation entre-vifs, & à jamais irrévocable, la ſomme de dix mille livres, payables en argent comptant, un an après le décès de ladite Demoiſelle de Prunet, future épouſe, & non autrement; outre & par-deſſus ce deſſus, & tous les avantages que ladite future épouſe pourroit lui faire à l'avenir, à condition qu'en cas que ledit ſieur de Lalande vienne à décéder avant ladite future épouſe, il diſpoſera par teſtament, ou autrement, deſdites mille livres en faveur de celui de ſes enfans, & de feu Dame Angelique d'Amelot, qu'il lui plaira nommer & élire; & au cas il vienne à décéder ſans élire & nommer, ladite Demoiſelle future épouſe, nommera, & fera ladite élection d'un des enfans dudit ſieur futur époux, & de ladite Dame Angelique Amelot.* Ces articles portent qu'ils ſont paſſés ſuivant la coutume de Languedoc, dérogeant à toutes les autres coutumes.

Ce mariage ayant été célébré, les articles furent rédigés en acte public le 21 Novembre 1714, lors duquel les mariés accepterent les libéralités qu'ils s'étoient faites, & approuverent toutes les conventions y contenues.

Poſtérieurement les mariés eurent une fille, qui mourut bientôt après ſa naiſſance; enſuite ledit ſieur de Lalande décéda dans le mois de Décembre 1728, après avoir fait teſtament en 1724, ſans faire mention de la ſomme de dix mille livres à lui donnée, ni faire aucune élection.

La Dame de Prunet régla par acte du 20 Août 1729 ſes repriſes avec les enfans de ſon défunt mari, ſans qu'il fût parlé non-plus de la donation de dix mille livres; il eſt vrai qu'elle n'étoit payable qu'un an après ſon décès; ce qui fut ſans doute la cauſe qu'on ne ſe régla pas ſur cette donation.

Le décès de la Dame de Prunet étant arrivé le 20 Janvier 1733, ſans avoir fait aucune diſpoſition, les enfans du ſieur de Lalande demanderent aux ſucceſſeurs *ab inteſtat* de ladite Demoiſelle de Prunet, la ſomme de dix mille livres donnée à leur pere, par les articles de mariage, comme leur étant acquiſe.

BIU Cujas

Les héritiers de la Dame de Prunet se défendoient, 1°. Sur ce que la donation étoit d'écriture privée, & par conséquent nulle, suivant l'esprit des ordonnances de 1539 & 1549, qui exigent que les donations soient faites par acte public, suivant l'explication de *Ricard, des donations, tom.* 1, *part.* 1, *n°.* 883, & suivans. 2°. Qu'elle ne fut pas acceptée lors des articles, & que si elle le fut par l'acte de reconnoissance de ces articles du 21 Novembre 1714, cette acceptation ne devoit être considérée pour rien, parce qu'elle fut faite *constante matrimonio*, & tandis que les mariés ne pouvoient pas se faire des libéralités, suivant le droit Romain; qu'ainsi la donation n'avoit pu valoir que comme donation à cause de mort, qui seroit devenue caduque par le prédécès du donataire. 3°. Que la naissance de la fille provenue du mariage d'entre la Dame de Prunet, & du sieur de Lalande, avoit révoqué de plein droit cette donation, suivant la loi *Si unquàm, cod. de revocand. donat.*

Les deux premieres raisons tirées de ce que la donation étoit d'écriture privée, & du défaut d'acceptation, ne pouvoit pas faire la nature d'une difficulté considérable, soit parce qu'on tenoit pour maxime au Parlement de Toulouse, avant l'ordonnance de 1731, que les donations d'écriture privée étoient bonnes & valables, suivant le droit Romain, ainsi que je l'ai établi sur l'article I de cette ordonnance; & sur-tout dans des articles de mariage, qui méritent d'être distingués par leur faveur particuliere, selon l'auteur des additions sur Ricard, au lieu préallégué, *n°.* 889, soit parce que la signature des articles, & la consommation du mariage équipolloient à une acceptation expresse, comme l'enseignent le même *Ricard, n°.* 874 *&* 876; *M. Leprêtre, centurie* 1, *ch.* 43, *& M. de Cambolas, liv.* 6, *ch.* 3.

Mais nous trouvâmes beaucoup de difficulté sur le troisieme moyen pris de la naissance de l'enfant; car d'un côté, selon les auteurs, les donations faites entre conjoints dans leur contrat de mariage, ne sont pas révoquées par la loi *Si unquàm*, parce qu'il y a une présomption *juris & de jure* que le donateur a pensé aux enfans qu'il pourroit avoir, le mariage étant contracté principalement dans la vue d'avoir des enfans; qu'ainsi la raison fondamentale qui fait révoquer les donations, manque; *Bouvot, tom.* 1, *part.* 3, *verb. donation, quest.* 7, rapporte un arrêt du Parlement de Bourgogne, de l'année 1576, qui l'a ainsi jugé; *M. Leprêtre, centur.* 2, *ch.* 16; *Chenu, centur.* 1, *quest.* 70; *Montolon,*

BIU Cujas

tolon, en ſes arrêts, ch. 99, & M. Bouguier, lett. D. ch. 9, en rapportent un autre du Parlement de Paris, prononcé en robes rouges le 23 Décembre 1602; & c'eſt encore le ſentiment de M. Tiraqueau, ſur la loi *Si unquàm, in præfat. n°. 69; de Boerius, déciſ. 159, n°. 10; de Ferrieres, ſur la coutume de Paris, tit. 13, tom. 3, col. 1123, n°. 17 & 18; de M. le Préſident Faber, dans ſon code, lib. 8, tit. 38, défin. 2; & de pluſieurs autres.* D'autre part, quoiqu'il ſemble que les enfans du ſieur de Lalande ſoient ſubſtitués pour recueillir la donation faite à leur pere, néanmoins l'enfant dont on prétend que la naiſſance a révoqué la donation, étant né & décédé pendant la vie de leur pere commun, & n'ayant pas pu donner atteinte à la donation fixée en la perſonne de leur pere, ſa naiſſance n'a pas pu non-plus donner atteinte au droit des enfans, parce qu'ils le tiennent de leur pere; & que d'ailleurs la premiere donation étant à l'abri de la révocation par la ſurvenance des enfans, la ſubſtitution doit l'être pareillement, quand même on devroit conſidérer les enfans comme premiers donataires, ſoit parce que l'arrêt rapporté par *Chenu, Montholon & Bouguier* fut rendu dans l'eſpece d'une donation faite directement en faveur des enfans du premier lit d'un des conjoints; cependant elle fut déclarée n'être point ſujette à la révocation par ſurvenance d'enfans au donateur, à cauſe que *cogitatum erat de liberis*, ſoit parce que la donatrice qui a ſurvécu pluſieurs années à ſon mari, n'a pourtant fait aucune démarche pour révoquer la donation; ainſi elle a été confirmée par ſon ſilence, des héritiers étrangers ne devant pas avoir la même faveur que la donatrice ou ſes enfans, ſelon *Ricard, des donations, & Ferrieres, ſur la coutume de Paris.*

Au contraire, la donation en queſtion étant faite, outre & par-deſſus les conventions matrimoniales, elle eſt par conſéquent une pure libéralité en faveur du mari, & de ſes enfans du premier lit; voilà pourquoi la loi *Si unquàm*, doit l'avoir révoquée dès le moment que la fille fut née, & la mort de cette même fille ne peut pas l'avoir faite revivre, comme le Parlement de Toulouſe l'a jugé, ſuivant *M. de Catellan, liv. 4, ch. 41.*

Il faut d'abord remarquer que de cela ſeul qu'une donation eſt faite par celui qui contracte mariage, & dans le contrat, on ne peut pas préſumer que le donateur a penſé aux enfans qu'il pourroit avoir, pour faire ceſſer ce motif que les interprêtes attribuent à la loi *Si unquàm*; mais il faut qu'il paroiſſe que le donateur a eu cette

BIU Cujas

penſée, ainſi que l'enſeignent *Barthole, ſur la loi titio ; §. imperator, ff. de leg. 2 ; Jean-François Ripa, dans ſon commentaire ſur la loi Si unquàm, n°. 47 ; & Julius-Clarus, §. donatio, queſt. 22, n°. 2.*

Même, ſelon la juriſprudence du Parlement, on n'examine point ſi le donateur a penſé ou non aux enfans qu'il pourroit avoir à l'avenir, comme il a été jugé par un arrêt rapporté par *M. Larroche, lib. 2, verb. donation, article premier*, qui caſſa une donation, dans laquelle le donateur avoit prévu la naiſſance des enfans auxquels il avoit reſervé de prendre la légitime ſur les biens donnés ; & cela eſt ſi vrai, qu'on n'a aucun égard à la renonciation expreſſe que le donateur pourroit faire à la faculté de révoquer la donation, quand même il lui ſurviendroit des enfans, comme l'atteſtent *M. Maynard, liv. 6, ch. 58 ; & M. de Catellan* ; à plus forte raiſon y a-t-on moins d'égard à la renonciation tacite, qui pourroit réſulter de ce qu'il auroit penſé aux enfans à venir. Ainſi les arrêts du Parlement de Paris & de Bourgogne, où l'on a des principes différens, ne peuvent pas ſervir de préjugé au Parlement de Toulouſe, où l'on tient encore pour regle, que les donations faites en faveur de mariage, ſont révoquées par la loi *Si unquàm*, & *M. Maynard, liv. 4, ch. 12 ; Graverol, ſur M. Larroche, liv. 6, tit. 40, article 25 ; M. de Catellan, liv. 4, ch. 41, & M. Dolive, liv. 4, ch. 6.*

Il eſt vrai que *Dumoulin, de donat. in contractu matrim. factis ; n°. 8*, ſoutient que la donation entre conjoints, appellée *ſponſalitia largitas*, n'eſt pas révoquée par la naiſſance des enfans communs ; mais nous ſommes dans un cas bien différent, puiſqu'il s'agit d'une donation pure, faite outre & par-deſſus les conventions matrimoniales ; auſſi ce même auteur, au lieu déja cité, *n°. 36 ; & Papon dans ſon premier Notaire, pag. 356*, enſeignent que ces donations faites entre fiancés, par leur contrat de mariage, ſont révoqués par la loi *Si unquàm*, ſoit par la naiſſance des enfans du même mariage, ſoit d'un poſtérieur : *Ex quibus liquet* : dit Dumoulin, *quòd lex ſi unquàm æqui cæteris paribus locum habet in donationibus factis in ipſo contractu matrimonii, & ejus favore etiam per ſponſum futurum futuræ ſponſæ, ſivè agatur de liberis ejuſdem, ſivè poſterioris matrimonii, cæteris tamen paribus, id eſt, quatenùs donatio, lucrativa eſt ;* & Papon obſerve que cette opinion eſt ſuivie dans l'uſage ; il faut donc diſtinguer les donations qui ſont de pures libéralités, leſquelles ſont ſujettes à

BIU Cujas

la révocation par le bénéfice de la loi *Si unquàm*, avec celles qui ſont proprement des conventions matrimoniales, leſquelles n'y ſont pas ſujettes ; car il y a une grande différence à faire entre les donations qui ſont faites par l'un des conjoints à l'autre, & qui ſe fixent à ſa perſonne, avec celles qui ont pour objet des enfans d'un premier mariage : au premier cas, la naiſſance des enfans ne les révoque pas, parce qu'elles leur doivent revenir par la prévoyance de la loi, & de la *novelle* 98, ſelon Dumoulin, au lieu préallégué, *n°.* 11 ; raiſon qui ceſſe, lorſque par une diſpoſition expreſſe, des perſonnes étrangeres au donateur, ſont appellées à la libéralité, & par conſéquent l'exception doit ceſſer, & la loi *Si unquàm* doit y avoir lieu ; d'autant mieux que *M. le Préſident Faber*, au lieu déja cité, *aux notes*, *n°.* 3, reſtreignant ſa déciſion aux ſeules donations, qui doivent être conſidérées comme des conventions matrimoniales, fournit un argument pour faire comprendre dans la révocation les donations ſimples, & qui ſont de pures libéralités.

Le cas de cette conteſtation ſe trouve décidé formellement par *Dumoulin*, au lieu préallégué, *n°.* 25 ; car aprés avoir réſolu que la libéralité faite par l'un des futurs mariés, en faveur de l'autre, eſt révoquée par la ſurvenance des enfans du donateur, il ajoute : *Amplio etiam ſi prior illa uxor habebat filios ex alio priore viro quos hæredes reliquit ſive non, etiam ſi in ipſo contractu matrimonii, & ejus favore donatio facta fuerit nominatim filiis ſponſæ ex priore viro, quia ſemper filii, ſupervenientes donatori, reperiunt bona donata extraneis, & ſic verificantur verba & meræ legis ſi unquàm.*

La donation en queſtion étant donc du nombre de celles qui ſont ſujettes à la révocation par la loi *Si unquàm*, & ſe trouvant même révoquée de plein droit, nonobſtant la mort de l'enfant, & par le ſeul miniſtere de la loi, ſuivant la juriſprudence du Parlement de Toulouſe, atteſtée par *Graverol ſur M. Larroche, liv.* 6, *titre* 40, *article* 25 ; *& M. de Catellan, liv.* 4, *ch.* 41, les héritiers, même étrangers de la donatrice, peuvent agir pour l'exécution de cette révocation, comme le remarque *Ranchin*, *ſur la queſtion* 214 *de Guipape*, parce que c'eſt une action qui a paſſé ſur leur tête, *cum univerſitate*, ou, à mieux dire, la ſomme donnée étant revenue de plein droit à la donatrice, par la naiſſance de ſa fille, ils ſont fondés à oppoſer la révocation faite par le ſeul miniſtere de la loi, qui a anéanti la donation, comme ſi elle

BIU Cujas

n'avoit jamais existé ; ce qui leur fournit une exception légitime pour exclure la demande des enfans du donataire ; & ce fut à ce dernier avis que nous nous déterminâmes unanimement. ¶

Demeureront révoquées de plein droit.] La loi *Si unquàm* avoit à-peu-près ordonné la même chose, du moins la plupart des interprêtes avoient ainsi expliqué le mot *revertatur*, que l'on trouve dans cette loi ; mais notre article s'explique plus clairement, & doit faire cesser tous les doutes touchant l'effet de cette révocation, puisqu'il veut que par le seul fait de la survenance des enfans la donation soit anéantie & révoquée de plein droit ; voilà pourquoi elle doit être considérée comme non-avenue. De-là vient qu'il n'est point nécessaire d'intenter un procès, ni d'impétrer des lettres pour demander la révocation ; & c'est ainsi que le Parlement de Toulouse le jugeoit, suivant *Graverol, sur M. Larroche, liv. 6, tit. 40, art. 25 ; & M. de Catellan, liv. 4, ch. 41*, & ceci reprouve le sentiment de *Rebuffe, sur les ordonnances in proemio, gloss. 5, n°. 102 ; & de Papon, dans son troisieme Notaire, pag.* 690, qui avoient cru qu'il étoit nécessaire d'impétrer des lettres pour obtenir la révocation.

Par la survenance d'un enfant légitime du donateur.] ¶ Ceci doit s'entendre d'un enfant venu à bon port, bien formé, & à tems ; de maniere qu'il fût capable de vivre, ou comme dit *M. Tiraqueau, sur la loi Si unquàm, verb. susceperit liberos, n°. 205, modò fœtus natus post donationem sit tempestivus & vitalis, id est, ut imperitiores intelligunt, natus tempore legitimo ut secundùm naturam possit vivere ;* car si c'étoit un avorton, il ne révoqueroit pas la donation, *leg. 2, cod. de Posthumis* ; pour savoir en quel tems l'enfant qui naît est capable de vivre, on peut voir *Tiraqueau*, au lieu préallégué, jusques au *n°. 211* ; *Menoch. de Arbitrariis casu* 89 ; *Caranza, dans son traité de Partu. Zacchias, quæstiones medico-legales, lib. 1, tit. 2* ; *François de Torrebelanca, lib. 2, ch. 43 ; Perés de Lara, in compendio vitæ hominis, cap. 10 ; Mauriceau, dans son traité des maladies des femmes grosses, lib. 2, chap. 1 ; M. Maynard, liv. 4, ch. 3 & 4, & liv. 5, ch. 77 ; Scalona, de testamentis, lib. 4, cap. 10 ; Mornac, sur la loi septimo mense 12, ff. de statu hominum ; M. Louet & Brodeau, lett. E, Som. 5, & plusieurs autres*, qui ont parlé de cette matiere. La loi 3, §. *dernier, ff. de suis legitimis liberis*, décide que l'enfant né après cent quatre-vingt-deux jours depuis sa conception, est parfait,

BIU Cujas

& capable de vivre. L'enfant né par incision révoqueroit la donation, tout comme celui qui seroit né naturellement, par l'argument de la loi 3, *cod. de Posthumis hæred. instituendis*, quand même il seroit mort entre les mains de la Sage-Femme, pourvu qu'il eût été tiré vivant & parfait, *si vivus ad orbem processit ad nullum declinans moritium, vel prodigium. V. Duperier, liv. 5, aux maximes du droit 49 & 50; M. Bouguier, lett. C, ch. 4; Charondas, liv. 7, rép. 78 & 96; Ricard, des dispositions conditionnelles; Domat, M. Larroche, verb. Posthumes; M. de Cambolas, liv. 4, ch. 40.* ¶ Notre article est plus précis & plus clair que la loi *Si unquàm*, qui parle de la survenance des enfans, *susceperit liberos*; ce qui pouvoit faire douter s'il falloit la naissance de plusieurs enfans; au lieu que notre article déclare que la naissance d'un seul enfant légitime, révoque de plein droit la donation; il faudroit pourtant décider avec *Fernand, sur la loi in quartam, n°. 8, versiculo 6*, que la naissance d'un petit-fils révoqueroit la donation faite après la mort du fils du donateur qui avoit laissé sa femme enceinte, parce qu'il seroit vrai que le donateur n'avoit point d'enfant lors de la donation, à cause que son petit-fils posthume n'étant pas encore né, il devroit être considéré comme s'il n'avoit pas été conçu, la loi ne regardant comme nés les enfans qui sont dans le sein de leur mere, que pour leur avantage, *l. 7, ff. de statu hominum*; & c'est ce que notre article fait entendre, lorsqu'il dit que la naissance d'un posthume révoque la donation. Au surplus, j'ai examiné dans mes questions plusieurs difficultés, qui peuvent servir à l'intelligence de notre texte.

Ou par la légitimation d'un enfant naturel par mariage subséquent.] Ceci est fondé sur la disposition du chapitre *tanta est vis extr. qui filii sunt legitimi*, des loix 5, 6 & 10, *cod. de natural. liber. & de la novell. 89, ch. 8*, qui font considérer les enfans légitimés par mariage subséquent, comme s'ils étoient nés d'un légitime mariage; voilà pourquoi on observoit que la légitimation faite par mariage subséquent, révoquoit les donations, de même que la naissance des enfans légitimes; *M. Louet & Brodeau, lett. D, som. 52, n°. 4, & 7; M. Maynard, liv. 4, ch. 13, liv. 6, ch. 57, & liv. 8, ch. 3; M. Larroche, liv. 6, tit. 40, article 27*; mais afin que cette légitimation puisse opérer cet effet, il faut que l'enfant naturel soit né de la conjonction de deux personnes libres, & qui pouvoient légitimement se marier ensemble; car il en

BIU Cujas

ſeroit autrement ſi l'enfant étoit adultérin ou inceſtueux; ſuivant les textes ci-deſſus rapportés; *Peregrinus*; *de fidéicomm. art. 24; & M. de Catellan, liv. 4, ch. 23.* Voyez mes queſtions.

Et non par aucune autre ſorte de légitimation.] Le droit Romain avoit introduit cinq ſortes de légitimations, dont quatre ſont expliquées dans la novelle 89: la premiere ſe faiſoit *per oblationem curiæ*, dont la forme eſt expliquée par *Gudelinus, de jure noviſſimo, lib. 1, cap. 16.* La ſeconde, par mariage ſubſéquent; mais il exigeoit que les mariés dreſſaſſent un contrat de mariage, afin que la légitimation pût avoir ſon effet. La troiſieme, par reſcrit du Prince, dont *Gudelinus*, au lieu préallégué, *cap. 15*, rapporte les principales conditions & les effets. La quatrieme, étoit l'adoption ou l'arrogation. La cinquieme ſe faiſoit lorſque le pere naturel, dans un acte public, ou dans un écrit privé, ſigné de trois témoins, donnoit ſimplement la qualité de fils à ſon bâtard, novelle 117, *cap. 2, & Auth. ſi quis liberos de naturalib. liberis*; mais ſuivant notre article, il n'y a que la ſeule légitimation par mariage ſubſéquent qui puiſſe révoquer les donations; il faut même obſerver qu'en France on n'a reçu que la légitimation par mariage ſubſéquent, & celle qui ſe fait par reſcrit du Prince, ſuivant *Mornac, ſur la loi 10, cod. de tranſactionibus*; ce qui a été auſſi remarqué par *Gudelinus, cap. 16.*

ARTICLE XL.

Extenſion de l'Article précédent.

LADITE révocation aura lieu, encore que l'enfant du donateur, ou de la donatrice, fût conçu au tems de la donation.

OBSERVATIONS.

La queſtion qui a été décidée par notre article, étoit extrêmement controverſée; & il y avoit de raiſons ſi fortes de part & d'autre, qu'il ne faut pas être ſupris ſi les Cours ſupérieures la jugeoient diverſement. Quoi-

BIU Cujas

qu'elle ne puiſſe plus à préſent faire la matiere d'un doute raiſonnable, il ne ſera pas inutile de connoître les raiſons de part & d'autre: cette diſcuſſion pourra ſervir pour les donations faites avant l'enrégiſtrement de cette ordonnance.

Pour ſoutenir que la donation ne devoit pas être révoquée par la naiſſance d'un enfant qui étoit conçu, lorſque la donation avoit été faite, on diſoit que la principale raiſon pourquoi la donation eſt révoquée par la ſurvenance des enfans, eſt parce qu'on préſume que le donateur *non cogitavit de liberis*, laquelle raiſon ceſſe, lorſque la donation a été faite par un homme qui ſavoit que ſa femme étoit enceinte, ou par la femme même durant ſa groſſeſſe, & par conſéquent la diſpoſition de la loi devoit ceſſer, ſuivant cette maxime *ceſſante ratione legis, ceſſat lex.*

Quoique la loi *Si unquàm* n'exprime pas littéralement la condition que le donateur *non cogitavit de liberis*, il y a d'autres textes qui la ſuppléent, & qui font comprendre qu'on doit l'entendre de même; ſavoir, le *Canon Quicumque* 35, *de la cauſe* 17, *queſtion* 4, où l'on propoſe l'eſpece d'un homme qui n'ayant point d'enfans, & n'eſpérant pas d'en avoir, avoit donné ſes biens à l'Egliſe, & lui étant ſurvenu des enfans, l'Evêque rendit au donateur tous ſes biens; ce ne fut donc que dans les circonſtances que le donateur avoit perdu l'eſpérance d'avoir des enfans; ce qui doit ſervir à interpréter la loi *Si unquàm*; & c'eſt ainſi que l'entend la *Gloſe ſur* ce Canon, par ces paroles, *nam ſi aliquis liberto ſuo dedit bona ſua cùm crederet ſe non habiturum filios. Jacques Godefroi*, dans ſon docte commentaire ſur le code Theodoſien, l'entend auſſi de même, en ſuppléant à la loi *Si unquàm* les termes *neque ſperaret.*

A quoi l'on ajoute que la condition tacite, *ſi liberos non ſuſceperit*, que les interprêtes ſoutiennent devoir être ſous-entendue dans la loi *Si unquàm*, par la force de l'amour paternel, ne peut pas avoir lieu à l'égard d'un pere qui connoît la groſſeſſe de ſa femme, & qui eſt ſur le point d'avoir un enfant, pour lequel il a d'avance toute la tendreſſe dont il eſt capable; & il n'eſt pas poſſible d'imaginer qu'un homme dans un tel état n'ait pas mis en balance les devoirs du ſang & de la tendreſſe paternelle, avec ceux d'une juſte reconnoiſſance, & les autres motifs qui l'ont engagé à faire la donation; ainſi il n'y a pas plus de raiſon de donner atteinte à une li-

BIU Cujas

béralité faite dans ces circonſtances, que de révoquer une donation faite par un homme qui avoit des enfans lorſqu'elle a été faite.

Le Parlement de Toulouſe l'avoit jugé de même contre une femme qui avoit fait une donation pendant ſa groſſeſſe : la raiſon déciſive de l'arrêt fut qu'une femme dont la groſſeſſe étoit même avancée, *non potuerat non cogitare de liberis*, comme le remarque *M. de Catellan, liv. 4, ch. 41.*

Au contraire, on diſoit, premiérement, qu'aux termes de la loi *Si unquàm*, il ſuffit que le donateur n'ait point d'enfans lorſqu'il fait la donation, afin que la naiſſance des enfans qui lui ſurviennent révoque la donation, *patronus filios non habens*, dit la loi; ce qui ſe vérifie à l'égard d'un homme dont la femme eſt groſſe; parce qu'il eſt toujours vrai que ce poſthume n'eſt point au monde; que ce n'eſt point un enfant, & qu'il peut arriver mille accidens qui l'empêcheront de venir à bon port; que ſi la loi regarde comme déja nés les poſthumes qui ſont encore dans le ſein de leur mere, ce n'eſt qu'autant que la choſe leur eſt favorable, *L. 7, ff. de ſtatu hominum.*

En ſecond lieu, puiſque la loi ne demande autre choſe, ſinon que le donateur n'ait point d'enfans; c'eſt contre l'eſprit & l'intention du Légiſlateur que les interprêtes ont voulu reſtreindre la loi au cas qu'on n'a pas pu penſer aux enfans à venir, & que le donateur ſe trouve dans une ſituation à n'en pouvoir pas eſpérer; car tous les Auteurs demeurent d'accord que cette loi eſt fondée ſur les mêmes raiſons que la loi *Cùm avus* 102, *ff. de conditionib. & demonſtr.* la loi *Cùm acutiſſimi* 30, *cod. de fideicom.* & la loi *Generaliter*, §. *Cùm autem*, *cod. de inſtit. & ſubſtit. ſub condit. factis*; c'eſt-à-dire, ſur la conſidération de l'amour & de la tendreſſe paternelle, qui fait préſumer qu'une perſonne ne ſe ſeroit pas dépouillée de ſes biens au profit d'un étranger, ſi elle avoit eu des enfans, parce que les liens du ſang l'emportent d'ordinaire ſur ceux de la ſimple reconnoiſſance & de l'amitié.

Or cette tendreſſe paternelle ne ſe conſomme véritablement dans le cœur d'un pere, qu'après la naiſſance de ſes enfans; tandis que le poſthume eſt encore dans le ſein, le pere peut bien à la vérité être chatouillé par l'eſpérance d'avoir un enfant; c'eſt un plaiſir dont il ſe nourrit à l'avance; mais il ne peut reſſentir qu'une affection imparfaite, qui ſe développe & jette de pro-

BIU Cujas

fondes racines au moment de la naiſſance, & qui croît & ſe perfectionne avec le tems.

De-là vient que M. Tiraqueau, dans ſon Commentaire, ſur la loi *Si unquàm*, *verb. filios non habens*, dit fort élegamment, *major ſolet eſſe affectio erga filios qui jam ſunt in rerum natura, quàm in naſcituros, ut nos docet experientia, optima rerum magiſtra*, & comme l'amour a ſes progrès, & qu'il ne vient pas d'abord à ſon dernier période, le même Auteur ajoute : *Et hinc liquidò apparet quòd non eſt tantus parentum amor, non tanta affectio in liberos recens natos, quàm paulò ætate majores, nec in hos quàm in provectiores; creſcit enim cum ætate liberorum, & amor parentum, ut quò ſunt annis majores eò impenſiùs diligantur.*

Il finit par ces paroles remarquables, dont l'expérience prouve la vérité, *ex quo conſentaneum eſt, & in eos qui nondùm nati ſunt non adeò parentes affici.* Il n'eſt donc pas naturel de dire que le pere ait pour ſon poſthume toute la tendreſſe dont il eſt capable, & qu'il ſoit en état de mettre en balance l'amour paternel avec le devoir de l'amitié & de la reconnoiſſance.

En troiſieme lieu, ce ſeroit donner une atteinte conſidérable à la diſpoſition de la loi *Si unquàm*, que de la borner au cas où le donateur ſe trouveroit dans des circonſtances à ne plus eſpérer des enfans, & le Canon oppoſé ne fait rien au contraire, parce qu'il décide une queſtion *ex contingentia facti*, & ne dit pas que ſans cette circonſtance la donation n'auroit pas été révoquée.

Le Parlement de Toulouſe avoit ſuivi cette derniere opinion, & par un arrêt rendu au rapport de M. Ferrand le 3 Septembre 1697, en faveur de Françoiſe Abbadie, mere, & légitime adminiſtreſſe de Dominique Beros ſon fils, contre Bertrand Ducom, il jugea, conformément à un autre arrêt du Parlement de Bordeaux du 17 Août 1673, rapporté au Journal du Palais, que la naiſſance du poſthume, dont la femme du donateur étoit enceinte lors de la donation, la révoquoit, & cette Juriſprudence, comme plus équitable, a été autoriſée indiſtinctement par notre article, ſoit que la donation ait été faite par le mari, qui connoiſſoit la groſſeſſe de ſa femme, ſoit qu'elle ait été faite par la femme, même pendant ſa groſſeſſe.

¶ Au ſurplus, notre article fournit un argument bien clair, pour décider que la donation faite par une femme pendant ſa groſſeſſe, ne peut pas être conſidérée comme une donation à cauſe de mort dans la coutume de Paris, & autres coutumes, qui réputent à cauſe de mort les

BIU Cujas

donations faites par des personnes malades, puisque notre article révoque par la survenance d'un enfant la donation faite par la femme durant sa grossesse; cependant notre ordonnance ne parle que des donations considérées, comme entre-vifs; *Ricard, des donations, tom. 1, part. 1, nº. 108, & suivans*, rapporte des arrêts qui l'avoient jugé de même. ¶

ARTICLE XLI.

Si la révocation de la Donation a lieu, quoique le Donataire soit demeuré en possession des biens, & depuis quel tems les fruits doivent être restitués.

LA Donation demeurera pareillement révoquée, quand même le donataire seroit entré en possession des biens donnés, & qu'il y auroit été laissé par le donateur depuis la survenance de l'enfant; *sans néanmoins que ledit donataire soit tenu de restituer les fruits par lui perçus, de quelque nature qu'ils soient, si ce n'est du jour que la naissance de l'enfant, ou sa légitimation par mariage subséquent lui aura été notifiée par Exploit, ou autre Acte en bonne forme*; & ce quand même la demande pour rentrer dans les biens donnés n'auroit été formée que postérieurement à ladite notification.

OBSERVATIONS.

La donation demeurera pareillement révoquée.] Les Auteurs demeuroient d'accord que la loi *Si unquàm*, supposoit que la donation faite par une personne qui n'avoit point d'enfans, devoit renfermer la condition tacite, *si liberos non susceperit*; mais ils étoient partagés sur la nature & sur les effets de cette condition.

Fernand, sur la loi *Si unquàm*, nº. 6, croyoit que la condition *si liberos non susceperit*, suspendoit le consentement; & lorsque les enfans naissoient, la condition manquant, il ne restoit plus aucun consentement de la part du donateur, & la donation devoit être regardée

BIU Cujas

comme si elle n'avoit jamais été faite, parce qu'elle n'avoit point été parfaite.

M. Cujas considéroit cette condition d'une maniere particuliere ; car il la croyoit résolutive, & néanmoins il prétendoit qu'elle ne pouvoit produire qu'une action appellée *condictio ob rem dati, re non secutâ ;* mais en cela ce grand homme ne raisonnoit pas conséquemment à ses principes.

Les autres qui sont en très-grand nombre, & dont l'avis, comme le plus raisonnable, a été embrassé par *l'article XXXIX suprà*, estimoient que la condition n'étoit pas suspensive, mais résolutive seulement ; avec cette différence, qu'ils ne croyoient pas, comme *M. Cujas*, qu'elle ne donnoit qu'une simple action personnelle ; mais qu'elle produisoit la révocation de plein droit, & faisoit revenir aussi de plein droit au donateur, sans nouvelle tradition, les biens donnés, parce que les conditions sont comme les rayons de la lumiere, qui produisent leur effet sur le moment ; & dès aussi-tôt qu'il paroît que la condition résolutive est arrivée, le contrat est anéanti, comme disent les Docteurs, *prout ex nunc ;* au lieu que quand la condition est suspensive, il n'y a de contrat que quand elle arrive ; & si elle manque, il est censé qu'il n'y a jamais eu de contrat : ainsi la donation est bien pure & parfaite dans son origine ; mais elle doit être résolue sous la condition, *si donator liberos susceperit*, comme il arrive dans le cas de la vente sous faculté de rachat, qui est pure ; mais elle est résolue sous condition ; c'est-à-dire, lorsque le rachat est fait, la vente subsistant pour ce qui regarde l'utilité de l'acheteur, jusqu'au moment que la condition résolutive arrive ; c'est l'esprit des loix 2, 3 & 4, *ff. de in diem additione.*

De-là vient que notre article décide que la donation demeure révoquée par la survenance des enfans, quoique le donataire soit entré en possession des biens donnés, & quand même il y auroit été laissé par le donateur, depuis la survenance des enfans, parce que la condition résolutive étant arrivée, elle a opéré son effet, & a résolu le droit du donataire ; à laquelle résolution, l'exécution antérieure ou postérieure à la naissance des enfans, ne peut porter aucun obstacle ; ce qui est conforme à la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, rapportée par *M. de Catellan, liv. 4, ch. 41.*

Sans néanmoins que le donataire soit tenu de restituer les fruits.] Cette disposition de notre article qui adjuge les

BIU Cujas

fruits au donataire jusqu'à ce que la naissance de l'enfant qui a révoqué la donation lui ait été notifiée, est fondée sur les regles que je viens d'expliquer ; c'est-à-dire, que la condition résolutive anéantit l'acte *prout ex nunc*, seulement pour ce qui concerne l'utilité du donataire ; en quoi la condition suspensive differe d'avec la résolutive ; car la premiere anéantit l'acte, comme n'ayant jamais eu sa perfection ; *L. 8, ff. de periculo & commodo rei venditæ ;* mais l'autre suppose qu'il a été parfait jusqu'à ce qu'elle arrive pour l'anéantir & le détruire ; cependant la destruction causée par la condition résolutive, ne laisse pas de résoudre les hypotheques & les aliénations contractées ou faites, tandis que l'acte subsiste, parce qu'elle arrive *ex causâ antiquâ*, comme je l'expliquerai sur l'article suivant, qui ne renferme aucune contradiction avec le présent article ; mais chacun a pour fondement des regles différentes.

Il ne sera pas indifférent d'observer qu'il y avoit plusieurs opinions, pour savoir depuis quel tems le donataire étoit obligé de restituer les fruits, lorsque la donation étoit révoquée par la naissance d'un enfant ; ceux qui croyoient que la condition étoit suspensive, étoient d'avis qu'il devoit restituer les fruits depuis la donation, parce qu'ils supposoient que la condition *si liberos non susceperit* manquant, il n'y avoit jamais eu de consentement, ni par conséquent de titre pour attribuer les fruits, & se fondent sur la loi 4, §. 4, *ff. de in diem addictione*, qui est précisément dans le cas d'une condition suspensive.

Les autres étoient d'avis que les fruits ne devoient être restitués que du jour de la naissance de l'enfant, qui avoit donné lieu à la révocation de la donation, se fondant sur la nature de la condition résolutive qui laisse subsister la donation, jusqu'à ce qu'elle ait été détruite par l'événement de la condition ; mais dès ce moment, ils estimoient que le donataire devoit restituer les fruits, parce qu'il n'avoit plus de titre pour les gagner, & l'on alléguoit pour cela la loi 2, §. 1, *ff. de in diem addictione*, laquelle parle d'une condition résolutive.

La Jurisprudence des arrêts, en rejettant ces deux opinions, en avoit formé une troisieme, & les Cours supérieures, particuliérement les Parlemens de Paris & de Toulouse, jugeoient que les fruits ne devoient être restitués que depuis l'interpellation judiciaire : les arrêts sont rapportés par *M. de Catellan, liv. 4, ch. 41 ; M.*

BIU Cujas

Louet, lett. D, somm. 52; Leprêtre, Ricard & Ferrieres, sur la coutume de Paris.

Il y avoit un quatrieme avis embrassé *par Henris Zoesius, dans son Commentaire sur le titre de donationibus, n°. 140; & par Peresius, sur le même titre, au code, n°. 29,* qui consistoit à dire que le donataire devoit régulièrement les fruits depuis la naissance de l'enfant; mais qu'il les gagnoit à cause de sa bonne foi, quand il n'avoit pas eu connoissance de la naissance de l'enfant qui avoit causé la révocation.

Notre article a suivi cette derniere opinion, ajoutant néanmoins la nécessité de notifier la naissance par exploit ou par acte en forme, afin que le donataire en ait une connoissance légale, & qu'il soit constitué par-là en mauvaise foi; & depuis cette notification, il devra les fruits, quand même la demande pour rentrer dans les biens donnés n'auroit été formée que postérieurement; ce qui doit avoir lieu, quoiqu'il se fût passé plus de trois ans depuis la notification jusqu'à l'instance formée au sujet de la restitution des biens donnés; d'autant que la péremption ne peut pas avoir lieu dans ce cas, soit parce que la notification est un acte extrajudiciel, dont l'effet ne peut pas être emporté par la péremption, soit parce que notre article l'a jugé suffisante pour constituer le donataire en mauvaise foi, qui dure pendant sa vie.

Par lui perçus, de quelque nature qu'ils soient.] La disposition générale de notre article fait gagner au donataire, jusqu'à l'acte de notification, toute sorte de fruits; ce qui comprend toute sorte de revenu & d'utilité qui se retire des choses animées ou inanimées, corporelles ou incorporelles; & par conséquent le donataire gagne, 1°. Les fruits naturels; c'est-à-dire, ceux qui viennent sans industrie & sans travail, comme les bois taillis, la coupe des Isles, les foins, les fruits, les feuilles & les branches des arbres qu'on a accoutumé d'élaguer ou émonder. 2°. Les fruits d'industrie, & que la terre ne produit que par la culture, le travail ou le soin, comme sont les grains, le vin, le croît des animaux, & autres semblables. 3°. Les fruits civils, comme sont les loyers des maisons, les fermages, les rentes foncieres ou constituées, les intérêts, les amendes & peines, & les autres de même nature. 4°. Sans distinguer si ceux qui ont été perçus sont encore en nature, ou s'ils ont été consumés, & si le possesseur en est devenu plus riche, ou non, toutes lesquelles distinctions qui mettoient les interprêtes du droit Romain dans des embarras inextrica-

BIU Cujas

bles, ont été abrogés par *l'ordonnance de* 1539, *article XCIV*, & par l'uſage du Royaume, remarqué par *Rebuffe, ſur les ordonnances, tractat. de fructibus, article* 1, *n°.* 37; *& par Mornac, ſur la loi Item veniunt* 20, §. *Fructus, ff. de petit. hæred. & ſur la loi* 25, §. 1, *ff. de uſuris.* On ne diſtingue pas non-plus s'il s'agit d'une action réelle ou perſonnelle, de bonne foi, ou de droit étroit, ſelon *Mornac, ſur la loi* 22, *cod. de rei vindicat. & ſur la loi Fructus* 33, *ff. eod.*

Si ce n'eſt du jour que la naiſſance de l'enfant ou ſa légitimation par mariage ſubſéquent lui aura été notifiée.] Comme le donataire gagne tous les fruits, de quelque nature qu'ils puiſſent être, juſqu'à ce que la naiſſance de l'enfant, ou ſa légitimation lui ait été notifiée par acte, auſſi du moment que cette notification lui aura été faite, il devra rendre les fruits, de quelque nature qu'ils ſoient, comme je viens de l'expliquer, parce que cela eſt réciproque, & que c'eſt par une ſeule & même diſpoſition que notre article comprend le gain & la reſtitution des fruits, ſous les différens rapports.

On peut encore conclure de notre article, que la notification ſuffit pour mettre le donataire en mauvaiſe foi, & par conſéquent pour le faire condamner à la reſtitution des fruits, à l'eſtimation d'Experts, dans les lieux où cela eſt en uſage, comme au Parlement de Toulouſe, dans laquelle condamnation on comprend non-ſeulement les fruits qui ont été véritablement perçus, mais encore ceux qu'un meilleur ménager auroit pu percevoir, *perceptos & percipiendos*, *L. Fructus* 33, *ff. de rei vindic.* Ainſi notre article attribue à la notification à cet égard le même effet que le droit Romain attribuoit à l'interpellation judiciaire, & à la conteſtation en cauſe.

Par exploit ou par autre acte en bonne forme.] Les mots en *bonne forme*, ſe rapportent, tant à l'exploit qu'à l'acte; ainſi, afin que la notification puiſſe produire ſon effet, quant à la reſtitution des fruits, elle doit être faite par exploit, revêtu des formalités preſcrites pour les ajournemens par *l'ordonnance de* 1667, *au titre des ajournemens*; ſauf qu'il n'eſt pas néceſſaire que l'Huiſſier ſoit aſſiſté de deux Recors; parce que cette formalité a été retranchée par l'Edit du contrôle des exploits du mois d'Août 1669, comme auſſi il ne paroît pas néceſſaire qu'il contienne l'élection de domicile, parce qu'elle eſt inutile.

Que ſi la notification eſt faite par acte de Notaire, il doit être revêtu des formalités néceſſaires aux actes publics, & qui ſont requiſes par les ordonnances, ou par

BIU Cujas

les coutumes des lieux, comme je l'ai observé sur *l'article II suprà.*

Enfin si la notification manquoit de quelque solemnité essentielle, elle ne seroit pas en bonne forme, & par conséquent elle ne pourroit pas produire son effet pour assujettir le donataire à la restitution des fruits, parce que notre article exige pour condition qu'elle soit faite en bonne forme.

ARTICLE XLII.

Les biens compris dans la Donation révoquée, rentrent dans le patrimoine du donateur, libres des hypotheques, même de la dot, & autres conventions matrimoniales de la femme du donataire.

LEs biens compris dans la Donation révoquée de plein droit, *rentreront dans le patrimoine du donateur, libres de toutes charges & hypotheques du chef du donataire, sans qu'ils puissent demeurer affectés, même subsidiairement à la restitution de la dot* de la femme dudit donataire, *reprises, douaire ou autres conventions matrimoniales; ce qui aura lieu, quand même la Donation auroit été faite en faveur du mariage* du donataire, & insérée dans le Contrat, *& que le donateur se seroit obligé comme caution par ladite Donation, à l'exécution du Contrat de mariage.*

OBSERVATIONS.

Rentreront dans le patrimoine du donateur.] La révocation de la donation, non-seulement se fait de plein droit, suivant cet article, & le XXXIX *suprà*, mais encore les biens donnés rentrent aussi de plein droit dans le patrimoine du donateur, suivant notre texte; & par conséquent la propriété lui revient, & le droit de les vendiquer des mains de quelque possesseur que ce soit; ce qui

BIU Cujas

réprouve bien formellement le sentiment de *M. Cujas*; qui avoit cru que la loi *Si unquàm* ne produisoit qu'une action appellée *condictio ob rem dati, re non secutâ*, qui n'auroit abouti, selon lui, qu'à une simple action personnelle, §. 15, *instit. de actionibus*, laquelle n'auroit pas affecté la chose pour la vendiquer des mains des tiers-possesseurs, & qui n'auroit pas fait résoudre les hypotheques contractées par le donataire depuis la donation; cependant notre article en dispose autrement.

La loi *Si unquàm*, *cod. de revocandis donat.* renferme une disposition semblable en ces termes: *Totum quidquid largitus fuerat revertatur, in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum;* de cette loi & des paroles de notre texte, il paroît que l'intérêt des enfans n'est pas la cause de la révocation, mais seulement la condition résolutive sous-entendue dans la loi, & dans notre ordonnance, *si donator liberos susceperit;* en sorte que les enfans qui surviennent ne sont pas plus considérés pour ce qui concerne leur intérêt particulier, que ceux qui sont simplement mis dans la condition, & qui font défaillir le fidéicommis dont leur pere étoit chargé, en cas de décès sans enfans, l'existence desquels n'empêche pas que leur pere ne puisse aliéner les biens substitués.

De-là vient que le pere, dans le patrimoine duquel les biens sont rentrés de plein droit, peut en disposer comme des autres biens, & les aliéner à son gré, comme le remarque *Ferrieres, sur la question 428 de Guipape;* il peut même les redonner au même donataire, pourvu qu'il le fasse en la forme prescrite par *l'article XLIII infrà.*

Libres de toutes charges & hypotheques du chef du donataire.] Notre ordonnance, dans cet article & dans le précédent, explique & développe une matiere qui a causé beaucoup d'altercations parmi les Auteurs; savoir, si lorsque le contrat est résolu par quelque convention ou condition résolutive, expresse ou tacite, la résolution a un effet rétroactif, ou non; ou, comme ils disent, si la résolution se fait *prout ex tunc*, ou bien *prout ex nunc*, laquelle question est agitée en matiere de pacte commissoire, *de remerè, addictionis in diem*, dans le Commis, le retrait lignager ou féodal, dans le cas de la loi 2, *cod. de rescind. vend.* La *confiscation*, la félonie, le déguerpissement, la révocation de la donation par la survenance des enfans, & autres semblables. Les uns tiennent que la condition résolutive, quand elle arrive,

a

BIU Cujas

à un effet rétroactif & résoud les charges & hypotheques contractées, *medio tempore*, parce qu'elle se fait *ex causa antiqua*; les autres distinguent, ou la résolution se fait par la volonté du possesseur, comme dans le cas du déguerpissement ou de la lésion d'outre-moitié du juste prix, quand l'acheteur consent à la rescision de la vente, ou par une cause nécessaire inhérente au contrat de tradition du fonds & involontaire. Au premier cas, ils croient que les charges & hypotheques subsistent; mais qu'au second cas elles sont résolues : la raison qu'ils en donnent est, que le contrat est annullé *prout ex nunc*, & non pas *prout ex tunc*, ¶ parce que la résolution se fait par la volonté du propriétaire, qui ne peut pas nuire à ceux qui ont contracté avec lui auparavant; *L. 3, ff. quib. mod. pign. vel hypotheca solvitur;* ¶ ce qu'ils fondent principalement sur ce que le possesseur n'est pas obligé de restituer les fruits perçus, avant que la condition résolutive arrive, à laquelle raison ceux qui n'admettent pas cette distinction, ne donnent aucune réponse raisonnable. Sur quoi on peut voir *M. le Président Faber, de errorib. pragmat. Decade 23 & 24; M. Maynard, liv. 3, ch. 69; Dumoulin, sur la coutume de Paris,* §. 20, *glos.* 5, *n°.* 26, §. 33, *glos.* 1, *n°.* 45, & §. 51, *glos.* 2, *n°.* 21; *Ferrieres, sur la question 575 de Guipape; Loiseau, du déguerpissement, liv.* 6, *ch.* 3; *Mornac sur la loi* 31, *ff. de pignor. M. Louet & Brodeau, lett. C, somm.* 53; *l'Auteur du Journal du Palais, tom.* 1, *pag.* 142; *Zoesius, dans son Commentaire sur le titre de rescind. vendit. n°.* 33; *& M. Dolive, liv.* 4, *ch.* 6. Après avoir examiné les Auteurs du Parlement de Toulouse, on s'appercevra que ce Parlement reçoit cette distinction dans certains cas, & la rejette dans d'autres.

Mais outre que cette distinction jette dans de grands embarras, pour déterminer les cas où la résolution procede d'une cause volontaire de la part du propriétaire possesseur, ou nécessaire; d'ailleurs elle est fausse & contraire à l'esprit des loix, qui décident qu'il suffit que la résolution arrive, *ex causa antiqua*, par un pacte exprès, ou par une condition tacite & inhérente au contrat, quoiqu'elle arrive par le fait ou par la volonté du possesseur, ¶ si l'on excepte néanmoins le cas particulier décidé par la loi 3, *in fine, ff. quib. mod. pign. vel hypotheca solvitur*, ¶ afin que les charges & hypotheques soient résolues, suivant la décision expresse de la loi, *Lex vectigali* 31, *ff. de pignor.* qui est dans l'espece de la

BIU Cujas

réſolution du contrat, arrivée par le fait du preneur qui manque de payer la rente; ce qui ne procede pas moins de ſa volonté, que quand l'acheteur aime mieux conſentir à la reſciſion du contrat, que de ſuppléer le juſte prix; la raiſon eſt, parce que la condition, ſoit caſuelle ou poteſtative, remonte toujours au tems du contrat dans lequel elle eſt appoſée ou ſous-entendue; *L. 11, §. 1, ff. qui potiores in pignor. hab. L. 78, ff. de verb. obligat. L. 16, ff. de ſolut. & L. 8, ff. de periculo & commod. rei vendit.* & c'eſt ainſi que M. Cujas le décide ſur la loi 57, *ff. de verb. oblig.* & les Auteurs qui ont diſtingué la condition poteſtative, avec la caſuelle ou mixte, ne ſe ſont fondés que ſur une mauvaiſe interprétation de la loi 9, §. 1, *ff. qui potiores in pignor. habeantur*, qui renferme un cas particulier, dont la déciſion ne donne point d'atteinte à la regle qui fait remonter au jour du contrat toute ſorte de conditions quand elles arrivent, même en matiere de conditions réſolutives, comme le prouve la loi *Lex vectigali 31, ff. de pignoribus*; que s'il en étoit autrement, & ſi le contrat n'étoit réſolu que *prout ex nunc*, il faudroit décider indiſtinctement dans tous les cas où la condition réſolutive détruit le contrat, que les charges & hypotheques contractées *medio tempore*, doivent ſubſiſter, parce que la condition ne pourroit jamais remonter ni détruire ce que le poſſeſſeur auroit fait auparavant; ce qui eſt viſiblement contre la diſpoſition des loix.

Mais, dit-on, dans tous les cas où la condition réſolutive emporte le contrat, l'acheteur, l'emphytéote, & les autres poſſeſſeurs, ne doivent pas reſtituer les fruits perçus auparavant; *L. 4, §. 4, in fine, ff. de in diem addictione*, & par conſéquent la réſolution ſe fait ſeulement *prout ex nunc*; car autrement les fruits devroient être rendus depuis le contrat, comme il arrive dans le cas de la condition ſuſpenſive; *L. 4, ff. eod.*

Cet argument prouveroit trop, s'il étoit bon, & il renverſeroit même les déciſions des Auteurs qui l'emploient; car ils conviennent que la réſolutiun qui ſe fait par l'événement de la condition réſolutive, a un effet rétroactif dans pluſieurs cas, quoique les fruits doivent demeurer à celui qui les a perçus; mais il eſt facile d'y répondre, en obſervant que le gain des fruits n'a rien de commun avec la réſolution de l'acte; & que pour cela il importe peu que la condition ait un effet rétroactif ou non, parce qu'il ſuffit que le titre ait ſub-

BIU Cujas

sisté, & que le possesseur ait été dans la bonne foi, afin que les fruits perçus lui appartiennent ; *L. 48, ff. de acquir. rer. Dominio*, & §. *Si quis à non Domino 35, instit. de rerum divisione.*

C'est sur ces principes que notre article, & le XXXIX *suprà*, ont fort bien distingué l'effet de la résolution de la donation, qui arrive par la survenance des enfans, par rapport aux fruits & par rapport aux charges & hypotheques contractées *medio tempore* par le donataire, en faisant gagner les fruits jusqu'à ce que la naissance ait été notifiée par acte, & en déclarant toutes les charges & hypotheques résolues par la révocation de la donation, conformément à la maxime *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis.*

Avant cette ordonnance, le Parlement de Toulouse jugeoit que les hypotheques, & autres charges contractées par le donataire, étoient résolues par la survenance des enfans, qui révoquoit la donation, comme le témoignent *M. Maynard, liv. 6, ch. 60 ; Ferrieres, sur la quest. 428 de Guipape ; & M. Dolive, liv. 4, ch. 6.* Néanmoins il y avoit des Auteurs qui croyoient que la révocation ne devoit pas avoir un effet rétroactif, & que les hypotheques devoient subsister, à moins qu'elles n'eussent été contractées en fraude ; *Charondas, liv. 3, rép. 63* ; mais cette dispute cesse par la disposition de cet article, qui veut que les charges & les hypotheques soient résolues ; ce qui comprend les servitudes & toute sorte d'aliénations & de contrats qui peuvent affecter les biens donnés, lesquels doivent revenir au patrimoine du donateur, francs & libres, de la même maniere qu'ils l'étoient avant la donation.

Sans qu'ils puissent demeurer affectés, même subsidiairement à la restitution de la dot.] Ceci abroge la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, qui jugeoit, selon *Ferrieres, M. Maynard & M. Dolive*, aux endroits ci-dessus cités, que les biens donnés étoient hypothéqués subsidiairement, & en défaut des biens propres du donataire, à la dot, à l'augment & aux autres conventions matrimoniales de la femme du donataire ; les raisons de cette Jurisprudence, rapportées par M. Dolive, n'ont pas paru suffisantes pour qu'on dût s'écarter de la regle qui fait revenir les biens donnés au même état où ils étoient au tems de la donation ; d'autant mieux que cette Jurisprudence s'étoit introduite à fausses enseignes, & sur ce qu'on avoit cru que l'arrêt du Parlement de Paris, rendu

BIU Cujas

en faveur de Me. Charles Dumoulin en 1551, avoit ainsi jugé la question ; ce qui n'étoit pas vrai, comme le remarque le même Dumoulin dans son traité *de donationibus in contractu matrim. factis*, n°. 86 ; car cet arrêt, qui porte, à la vérité, que les biens donnés demeureroient subsidiairement affectés pour la dot & autres conventions matrimoniales de la femme de Ferry Dumoulin, donataire, n'avoit été rendu que sur le consentement donné par Me. Charles Dumoulin, donateur ; sans quoi il dit qu'on auroit jugé tout autrement, parce que cette affectation subsidiaire est contraire à la disposition des loix.

Ou autres conventions matrimoniales.] *De quibus.* Voyez *Gudelinum, de jure noviſſimo, lib. 1, cap. 11, & l'article 21 ſuprà, avec mes Obſervations.*

Ce qui aura lieu, quand même la donation auroit été faite en faveur de mariage.] Il est indifférent que la donation ait été faite en faveur de mariage, qu'elle ait été insérée dans le contrat, ou qu'elle ait été faite par quelqu'autre contrat ; car dans l'un & l'autre cas, la femme ne peut pas prétendre sur les biens donnés, qui reviennent au donateur, une hypotheque subsidiaire, pour sa dot & pour les autres conventions matrimoniales stipulées à son profit, parce que la faveur du contrat ne fait rien à cet égard, & que le retour des biens donnés, fondé sur les pures regles du droit, l'emporte sur l'équité qui avoit fait pancher la balance du côté de la femme.

Et que le donateur ſeroit obligé, comme caution, par ladite donation, à l'exécution du contrat de mariage.] On ne doit pas conclure des paroles de notre texte, que toute sorte de cautionnemens soient sujets à révocation par la survenance des enfans ; car le cautionnement est un contrat introduit pour la facilité du commerce, & qui a pour objet la sûreté des obligations ; *inſtit. de fidejuſſoribus in principio.* C'est même un contrat onéreux & réciproque ; car si la caution est obligée envers le créancier, le débiteur pour lequel le cautionnement est fait, demeure pareillement obligé envers la caution pour la répétition de ce qu'elle aura payé ; §. 6, *inſtit. eod. L. 10*, §. 11, *& tot. tit. ff. mandati* ; & c'est ce qui le distingue des donations qui ne produisent aucune obligation en faveur du donateur, tandis qu'on en demeure aux termes d'une donation pure & simple ; *L. Ariſto* 18, *ff. de donationibus :* le véritable cautionnement est si peu considéré comme une donation, que la loi 5, §. 6, *ff.*

BIU Cujas

de jure dot. décide que si le pere se rend caution pour la dot de sa fille, qui est constituée par une personne, & paye cette dot comme caution, il ne pourra pas prétendre le droit de retour, parce que la dot n'est pas censée venir de la main du pere, quand même il ne pourroit pas répéter ce qu'il a payé pour le constituant, à cause de son insolvabilité; & c'est ainsi que le Parlement de Toulouse l'a jugé par un arrêt rapporté par *M. de Catellan, liv. 4, ch. 16*, même dans l'espece du cautionnement fait pour la sûreté d'une donation, parce que cautionner pour une personne qui donne, n'est pas donner, & qu'une libéralité promise dans un contrat étant dès-lors une dette, quoique *origine inspectâ*, on lui laisse le nom de libéralité; elle n'est plus à l'égard de la caution qu'une simple dette.

Mais lorsque notre article décide que les biens donnés reviennent dans le patrimoine du donateur, libres de toute sorte d'hypotheques du chef du donataire, même de l'hypotheque subsidiaire de la dot, & des conventions matrimoniales, quoique le donateur se fût obligé, comme caution, à l'exécution du contrat de mariage, cela est fondé sur une raison particuliere, qui ne convient pas à toute sorte de cautionnement; savoir, que le donateur est censé avoir cautionné *donandi animo* pour l'exécution du contrat de mariage; voilà pourquoi le cautionnement est considéré comme une donation, *L. 6, §. 2, ff. mandati*, ou comme une suite de la donation principale; & par conséquent il est sujet à la révocation, par la survenance des enfans du donateur, de même que la premiere donation dont il est un accessoire; cependant *Ricard, en son traité des donations, tom. 1, partie 3, n°. 657*, avoit pensé le contraire; mais on n'a point eu égard à son avis. Il faut pourtant observer que la même raison ne pouvant pas s'appliquer à un homme qui auroit cautionné pour la sûreté d'un contrat de mariage ou de toute autre obligation, sans avoir fait une donation dans le même contrat, il n'y auroit pas lieu de déclarer ce cautionnement révoqué par la survenance des enfans.

BIU Cujas

ARTICLE XLIII.

La Donation révoquée ne peut revivre, ni être confirmée par aucun Acte.

LES *Donations ainsi révoquées* ne peuvent revivre, ou avoir de nouveau leur effet, *ni par la mort de l'enfant du donataire, ni par aucun Acte confirmatif*; & si le donateur veut donner les mêmes biens au même donataire, soit avant ou après la mort de l'enfant, par la naissance duquel la Donation avoit été révoquée, il ne le pourra faire que par une nouvelle disposition.

OBSERVATIONS.

Les donations ainsi révoquées.] C'est à-dire, par la naissance d'un enfant du donateur, survenu après la donation faite, dans un tems auquel le donateur n'avoit aucuns enfans ni descendans. Voyez *suprà article* 39.

Ni par la mort de l'enfant du donateur.] Il en doit être de même du décès du donateur, & quoiqu'il eût longtems vécu sans avoir formé la demande; car puisqu'aucun acte confirmatif, quoiqu'il soit exprès, ne peut faire revivre la donation révoquée par la survenance d'un enfant, comme notre article le dit, à plus forte raison une confirmation qui résulteroit d'un simple consentement tacite, seroit-elle moins efficace, *L.* 98, §. 8, *ff. de solutionib. Voyez Catellan, liv.* 4, *ch.* 41.

La donation révoquée ne peut pas non-plus revivre par le prédécès des enfans du donateur, & quoiqu'après la mort des enfans, le donateur décede sans avoir intenté la demande pour rentrer dans la possession des biens donnés, ses héritiers étrangers seront recevables à la former; cela résulte de notre article, & c'est ainsi que *Ranchin, sur la question* 214 *de Guipape l'avoit décidé.*

Ricard, des donations, tom. 1, *partie* 3, *ch.* 5, *sect.* 5, avoit cru que si le donateur avoit vécu un tems considérable depuis la naissance de ses enfans, sans parler de la révocation, & qu'il eût vu jouir son donataire

BIU Cujas

sans exercer le bénéfice de la loi, le droit en seroit bien moindre en la personne des enfans, parce que cette matiere ne consistant que dans la présomption, le donataire en auroit une bien violente de sa part, pour faire voir que l'intention du donateur est en sa faveur, & qu'il n'étoit pas dans le dessein de révoquer la donation, mais qu'il a été toujours dans le sentiment de préférer, quant aux biens donnés, le donataire à ses propres enfans.

Mais on ne peut pas s'arrêter à l'opinion de cet Auteur, ni à ses raisonnemens, parce que la loi *Si unquàm*, & plus particuliérement la présente ordonnance, font comprendre que la révocation se fait indépendamment de la volonté du donateur, par un effet naturel de la condition tacite, *si liberos susceperit*, sous-entendue dans la donation, puisque la révocation est déclarée de plein droit, & que les biens donnés rentrent aussi de plein droit dans le patrimoine du donateur; ainsi aucun événement, soit qu'il procede de la volonté du donateur, soit qu'il vienne du décès des enfans, ne peut faire revivre la donation éteinte & révoquée, quoi qu'en ait pensé le même *Ricard*, au lieu préallégué, *sect.* 6, parce que les principes sur lesquels il raisonne, sont abrogés par notre ordonnance.

Ni par aucun acte confirmatif.] Ceci est une extension considérable à la disposition de la loi *Si unquàm*, & au sentiment des Docteurs; car s'ils n'étoient pas d'accord sur la question de savoir si une confirmation tacite procédant du silence du donataire pendant la vie des enfans, qui avoient donné lieu à la révocation de la donation, ou pendant la sienne propre, étoit suffisante pour confirmer la donation, ils convenoient du moins que si le donateur avoit confirmé la donation par un acte exprès depuis la naissance des enfans, cette confirmation devoit la faire valoir de la même maniere que si la connoissance des enfans ne lui avoit donné aucune atteinte, ¶ comme le remarque *Ricard*, *des donations*, *tom.* 1, *part.* 3, *n°.* 627; *& Me. Auroux des Pommiers*, *dans son Commentaire sur la coutume de Bourbonnois*, *art.* 225, *n°.* 11; ¶ ce qui étoit fondé sur la regle, qui veut que la ratification fasse valoir un acte nul, quand elle est expresse; *L.* 2, *cod. commun. divid*, *L.* 4, *Cod. de reb. alienis non alien. L.* 14, *cod. de donationib. inter vir. & uxor. confirmatio namque invalidum*, *validum facit*, dit *Godefroi sur la loi* 2, *ff. de reb. eorum qui sub tutela vel cura*

BIU Cujas

ſunt ; mais notre article en a autrement ordonné pour faire ceſſer toutes les conteſtations ſur cette matiere ; en ſorte que ſi le donateur veut que le donataire profite des biens compris dans la donation révoquée par la ſurvenance des enfans, il ne ſuffit pas qu'il garde le ſilence, ni qu'il paſſe un acte ſtipulé par le donataire pour confirmer ſimplement la donation ; mais il faut qu'il le faſſe par une nouvelle diſpoſition, ſoit entre-vifs ou teſtamentaire, ce qui doit avoir lieu, ſoit avant ou après le décès de l'enfant, par la naiſſance duquel la donation avoit été révoquée ; ce qui peut avoir ſon fondement dans la loi 98, §. *Aream* 8, *ff. de ſolutionibus*, qui dit, *in perpetuum ſublata obligatio reſtitui non poteſt ;* & ſur l'opinion de *Tiraqueau ſur la loi Si unquàm, in fine*, n°. 7, qui croit que ſi la donation a été faite par un tiers au nom du propriétaire, ſans procuration, quoique le propriétaire ratifie, après la naiſſance d'un enfant, la donation faite à ſon nom, la ratification ſera inutile. ¶ On peut même dire que la déciſion de notre texte eſt tout-à-fait conforme à l'eſprit de la loi *Si unquàm*, & à l'effet que les Interprêtes avoient attribué à cette loi ; car la donation étant révoquée de plein droit par la ſurvenance des enfans, en vertu de la condition tacite, & le donateur reprenant auſſi de plein droit les biens donnés, une ratification, même expreſſe, ni aucun acte confirmatif, ne pourroient pas tranſporter de nouveau la propriété des biens au donataire ; mais il falloit une nouvelle diſpoſition ; en ſorte qu'il me paroît que les Auteurs qui faiſoient revivre la donation par une ratification, ne raiſonnoient pas conſéquemment à leurs principes ; & c'eſt avec beaucoup de raiſon que notre Ordonnance a proſcrit leur ſentiment. ¶

BIU Cujas

ARTICLE XLIV.

Toute renonciation à la révocation de la Donation par ſurvenance d'enfans, eſt nulle.

TOUTE *clauſe ou convention* par laquelle le donateur *auroit renoncé à la révocation de la Donation, pour ſurvenance d'enfans*, ſera regardée comme nulle, & ne pourra produire aucun effet.

OBSERVATIONS.

Toute clauſe ou convention.] ¶ La diſpoſition de cet article eſt extrêmement remarquable, parce qu'elle abroge un principe généralement reçu par les Interprêtes, & adopté par le Parlement de Paris, & pluſieurs autres. On prétendoit que quand le donateur avoit penſé aux enfans qui pouvoient lui ſurvenir, la donation n'étoit pas ſujette à la révocation par la loi *Si unquàm*, parce que la raiſon déciſive de la loi manquoit; c'eſt ainſi que s'en expliquent *M. Tiraqueau*, *le Préſident Faber*, *dans ſon code*, *lib.* 8, *tit.* 38, *définit.* 6 *&* 7; *M. Bouguier*, *lett. D*, *ch.* 9; *Montolon*, *arrêt* 99; *Chenu*, *cent.* 1, *queſt.* 70, & une foule d'autres Auteurs; mais on ne doit plus examiner, ſelon l'eſprit de notre article, ſi le donateur a penſé, ou n'a pas penſé à la naiſſance des enfans qu'il pourroit avoir; ce qui renverſe une infinité de déciſions & d'exceptions que les Auteurs apportoient à la diſpoſition de la loi *Si unquàm*, qu'ils faiſoient ceſſer toutes les fois qu'il paroiſſoit que le donateur *cogitaverat de liberis*; cependant le Parlement de Toulouſe n'avoit pas reçu cette regle, & il ne laiſſoit pas de déclarer les donations révoquées par la ſurvenance d'enfans, quoique les donateurs euſſent prévu leur naiſſance, comme il paroît de l'arrêt rapporté par *M. Larroche*, *liv.* 2, *verb. donation*, *article* 1, & de celui du 3 Septembre 1697, que je rapporte plus bas ſur cet article. Auſſi la loi *Si unquàm* ne dit rien d'où l'on puiſſe induire que ſa déciſion

BIU Cujas

soit fondée sur le défaut de prévoyance que le donateur dût avoir des enfans à l'avenir, ni qu'elle doive cesser, *quando cogitatum fuit de liberis*, & c'étoit contre son esprit, que les Interprêtes lui avoient prêté ce motif. ¶ Mal-à-propos prétendroit-on que cet article ne parle que des clauses ou conventions insérées dans l'acte de donation, pour renoncer à la révocation de la donation, & qu'il n'y a que celles-là qui soient déclarées nulles, & ne peuvent produire aucun effet : cet article est général, & par conséquent il en doit être de même des renonciations qui sont faites par des actes postérieurs, soit qu'ils aient été passés avant la naissance des enfans, ou après, même depuis leur décès ; d'ailleurs ces sortes de renonciations ne pourroient être regardées que comme des actes confirmatifs, qui ne sont d'aucune considération, suivant *l'article XLIII.*

Auroit renoncé à la révocation de la donation par survenance d'enfans.] La question de savoir si le donateur pouvoit valablement renoncer à la révocation de la donation par la survenance des enfans, étoit des plus controversées; plusieurs Auteurs soutiennent l'affirmative, du nombre desquels sont *M. Tiraqueau*, *sur la loi Si unquàm*, & une foule de Docteurs qu'il rapporte; *M. Cujas*, *dans ses Observations*, *lib. 20*, *cap. 5*, *& sur le titre du code de revocandis donationibus ; Ferrieres*, *sur la question 428 de Guipape ; Fachineus*, *lib. 3*, *controverſ. cap. 84 ; Coquille*, *Ricard*, & plusieurs autres, & leur sentiment sembloit le mieux fondé sur l'esprit de la loi *Si unquàm*, & sur les maximes établies par les Interprêtes.

Leurs raisons étoient que les enfans qui surviennent sont considérés à la vérité comme la condition qui résoud la donation; mais leur intérêt particulier n'y entre pour rien ; ce qui paroît clairement des termes de la loi *Si unquàm*, qui fait revenir les biens, non aux enfans, mais au donateur, pour en jouir & disposer à son gré : or l'intérêt des enfans n'étant point mêlé avec celui du pere, il lui est permis de renoncer à cet avantage que la loi lui prépare ; *L. Si quis in conſcribendo*, *cod. de pactis* ; d'autant mieux que la condition *ſi liberos ſuſceperit*, qui est sous-entendue, & qui résoud la donation quand elle arrive, n'est fondée que sur la conjecture d'une volonté tacite & présumée, qui doit céder à une contraire volonté expresse, & bien marquée ; que comme on ne conteste point qu'il soit libre à une personne de faire des donations irrévocables, pourvu qu'elle laisse de quoi

BIU Cujas

remplir la légitime de ſes enfans, il faut également qu'elle puiſſe diſpoſer de ſes biens par des donations irrévocables, lorſqu'elle a prévu le cas de leur exiſtence, & qu'elle a renoncé à la faculté que la ſurvenance des enfans pourroit lui procurer; que tout de même que le donateur avoit la liberté de ratifier la donation, & de lui rendre par-là toute ſa force, après la ſurvenance des enfans; rien ne devoit empêcher qu'il ne pût faire la même choſe avant leur naiſſance, parce qu'à ſon égard tous les tems ſont égaux, puiſque dans l'un & dans l'autre il eſt toujours capable de contracter, & que s'il renonce à la loi *Si unquàm*, c'eſt par des grandes & fortes conſidérations, qui feroient préférer le donataire à ſes propres enfans, s'il en avoit. Enfin ſi la loi a voulu ſuppléer au défaut de prévoyance du donateur, cela peut être vrai, lorſque le donateur n'y a pas porté lui-même ſa vue; mais s'il a prévu le cas, & a renoncé, la prévoyance du donateur rend inutile celle de la loi *Proviſio hominis facit ceſſare proviſionem legis*, comme diſent les Docteurs.

Cependant la Juriſprudence des arrêts des Cours ſupérieures, & ſur-tout des Parlemens de Paris, de Toulouſe & de Provence, rejettoit la renonciation au bénéfice de la loi *Si unquàm*, quand elle étoit faite dans la donation, ou par quelqu'autre acte antérieur à la naiſſance des enfans, comme le témoignent *Mrs. Maynard, liv. 6, ch. 58; Catellan, liv. 4, ch. 41; de Saint-Jean, déciſ. 35; Bouguier, Montolon & Charondas;* laquelle Juriſprudence a été confirmée & étendue par notre article, nonobſtant les raiſons qu'on alléguoit pour l'opinion contraire, dont partie ont été abrogées par la préſente ordonnance: ¶ La diſpoſition de laquelle eſt fondée ſur ce que la renonciation à la révocation de la donation, & au retour des biens en la puiſſance du donateur, par la ſurvenance des enfans, ne peut être conſidérée que comme une confirmation de la donation, ſujette elle-même à la révocation, & qui par conſéquent ne peut pas empêcher que les biens ne reviennent au donateur. On peut dire, par la même raiſon, que la renonciation au droit de retour légal, faite par le donateur dans l'acte de donation, ou dans un acte poſtérieur, ne doit pas être un obſtacle au droit de réverſion des biens, au profit du donateur, dans les cas où ce droit lui eſt déféré par les loix ou par la Juriſprudence des arrêts, lorſque le donataire vient à prédécéder ſans enfans, parce que cette renonciation n'eſt

BIU Cujas

autre chose qu'une confirmation, laquelle est sujette elle-même au droit de retour, tout comme le premier acte de donation, puisqu'elle est purement gratuite, & qu'on ne peut pas la faire dégénérer en une autre espece de contrat onéreux, n'y ayant point de cause qui puisse servir de fondement au contrat onéreux. L'article de l'ordonnance que nous expliquons, fournit un argument très-fort & très-décisif pour appuyer cette pensée; d'autant mieux que les Auteurs, sur-tout ceux qui ont recueilli les arrêts du Parlement de Toulouse, ont comparé le droit de retour à la révocation de la donation par survenance des enfans, *& vice-versâ*, & que la comparaison étoit exacte, parce que l'un & l'autre ont les mêmes principes décisifs. ¶

Notre article a non-seulement rejetté & déclaré nulle la renonciation au bénéfice de la loi, *Si unquàm*, mais encore il a annullé toute sorte de clauses & de conventions qui pourroient tendre à confirmer ou faire valoir la donation, nonobstant la survenance des enfans, directement ou indirectement; comme s'il étoit convenu que la donation seroit exécutée, quand même la femme du donateur auroit des enfans dans la suite, & que ne pouvant pas valoir entre-vifs, elle vaudroit à cause de mort, ou tout autrement comme elle pourra valoir. Le Parlement de Toulouse l'avoit jugé de même par l'arrêt du 3 Septembre 1667, rendu au rapport de M. Ferrand, dont j'ai parlé ailleurs, au profit de Françoise Abbadie, mere & administrereſſe de Dominique Beros, contre Bertrand Ducom; & quoique la donation faite par Vital Beros au profit de Ducom, renfermât une clause telle que j'ai rapportée, elle fut déclarée révoquée par la survenance de Dominique Beros, encore que la donation ne fût pas universelle ni d'une quote, mais seulement de sa maison, boutique d'Apoticaire & ses outils & dépendances, gasailles & dettes actives, revenant à 1369 liv. ce qu'il faut encore entendre quand même la donation ainsi conçue seroit revêtue de la même formalité qu'un codicille. *Voyez Papon, sur la loi Si unquàm, pag.* 4.

Notre article reprouve encore la clause par laquelle il seroit convenu qu'en cas de survenance d'enfans, la donation vaudroit pour une certaine somme, parce qu'une telle clause tend à faire valoir la donation pour partie, d'une maniere indirecte. Le Parlement de Rouen l'avoit jugé de même par un arrêt rapporté par Basnage sur la coutume de *Normandie*, *article* 449; il reprouve encore

BIU Cujas

par la même raiſon la clauſe par laquelle il ſeroit convenu, que la donation vaudroit dans le cas de la ſurvenance des enfans, s'ils venoient à décéder avant un certain âge, comme par exemple de vingt-cinq ans, contre ce qui a été jugé au Parlement de Paris par arrêt du 13 Juillet 1680, rapporté au deuxieme tome du Journal du Palais. ¶ On doit dire la même choſe du cas décidé par l'arrêt du Parlement de Paris, du 13 Août 1602, & prononcé en robes rouges le 23 Décembre de la même année, rapporté *par Montolon, en ſes arrêts, ch. 99; Chenu, Centur. 1, queſt. 70; & M. Bouguier, lett. D, ch. 9*; c'eſt-à-dire, ſi par la donation il étoit convenu, qu'en défaut d'enfans mâles du donateur, une portion de ſes biens appartiendroit aux enfans de ſa femme; car, quoique cet arrêt ait jugé que la naiſſance des filles n'avoit pas révoqué la donation, elle devroit l'être, par la diſpoſition de notre article. ¶

En un mot, l'eſprit de notre article eſt de rejetter toute ſorte de clauſes & de conventions, qui peuvent avoir pour objet de confirmer directement ou indirectement la donation en tout ou en partie, au préjudice de la révocation qui ſe fait par la ſurvenance des enfans, afin qu'on ne puiſſe pas tromper la prévoyance de la loi par des voies obliques; & comme notre ordonnance ne veut pas qu'on puiſſe confirmer par quelque acte que ce ſoit une donation révoquée par la ſurvenance des enfans, à moins que le donateur ne faſſe une diſpoſition toute nouvelle en la même forme que la premiere, ſuivant l'article LXIII, pour procurer une entiere exécution de la loi, & prévenir les fraudes, il falloit qu'elle empêchât auſſi que la donation ne pût être confirmée par des précautions priſes entre le donateur & le donataire avant la naiſſance des enfans qui ont donné lieu à la révocation.

BIU Cujas

ARTICLE XLV.

Quelle prescription peut être opposée pour exclure le retour des biens donnés, lorsque la Donation est révoquée par la survenance des enfans.

LE donataire, *ses héritiers ou ayant cause, ou autres détenteurs des choses données*, ne pourront opposer la prescription pour faire valoir la Donation révoquée par la survenance d'enfans, *qu'après une possession de trente années, qui ne pourront commencer à courir que du jour de la naissance du dernier enfant du Donateur, même posthume*, & ce *sans préjudice des interruptions telles que de droit.*

OBSERVATIONS.

Notre article décide deux choses considérables. La premiere, que le retour des biens donnés, lorsque la donation est révoquée par la survenance des enfans, n'est exclu que par une possession de trente années, soit que les choses données se trouvent en la main du donataire ou de ses héritiers, soit qu'elles se trouvent en la main de ceux qui ont droit & cause du donataire, ou de tous autres détenteurs.

La deuxieme, que cette prescription ne commence à courir que du jour de la naissance du dernier enfant du donateur, même d'un posthume survenu après le décès du donateur; il réserve encore les interruptions de droit, pour empêcher l'effet de cette prescription. ¶ Il confirme encore une regle assez triviale, tirée de plusieurs loix, qui veulent que quand le droit de celui qui baille est résolu, le droit de celui qui reçoit l'est aussi, *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis; l. 31, ff. de pignor. l. 3, ff. quib. mod. pign. solvit.* & en explique les effets, en décidant qu'elle doit avoir lieu, même par rapport à la prescription; ce qui est très-conforme aux principes,

BIU Cujas

& à l'esprit du droit Romain ; car, suivant la loi 32, §. 1, la condition de l'acheteur ne doit pas être meilleure que celle du vendeur, ou, selon la loi 175, §. 1, *ff. de regul. jur. non debet melioris conditionis esse quàm auctor unus à quo jus in me transit.* Lorsqu'une chose est aliénée, elle passe sur la tête de l'acquéreur, *cum sua causa*, & de la même maniere que si elle demeuroit au pouvoir du vendeur ; *L. 67, ff. de contrah. empt.* ainsi la résolution de la donation doit (par l'effet de la condition inhérente) résoudre par conséquent l'acte, & par même moyen, tout ce qui a été fait par le donataire, dont les acquéreurs ne peuvent pas même opposer la prescription, que le donataire lui-même.

Ses héritiers.] L'héritier étant considéré comme une même personne avec le défunt, il ne peut pas prescrire ce que son Auteur n'avoit pas pu prescrire, quand même il ignoreroit le vice de la chose, ou de la possession ; *ignoratione suâ defuncti vitia non excludit, usucapere non poterit quod defunctus non potuit ; L. 11, ff. de diverf. temp. præscript.* mais la possession utile du défunt profite à l'héritier, & les deux tems se conjoignent, pourvu néanmoins qu'un tiers n'ait pas possédé dans un tems intermédiaire, *possessio testatoris ita hæredi procedit, si modò tempore à nullo possessa est*, dit la loi 20, *ff. de usurpat. & usucap.* selon le droit Romain, & la *loi 23, ff. de acquir. vel amitt. possess.* la possession du défunt ne passoit point à l'héritier, à moins qu'il ne l'eût prise corporellement ; mais il en est autrement en France, à cause de la maxime, le mort saisit le vif, qui a lieu non-seulement en faveur des héritiers *ab intestat*, ainsi qu'on le pratique dans les pays coutumiers, mais encore en faveur des héritiers testamentaires dans les pays du droit écrit ; parce que la même raison milite également pour toute sorte d'héritiers, & c'est ainsi que les Parlemens du droit Ecrit le jugent ; *M. Maynard, liv. 7, ch. 1, & liv. 8, ch. 88 ; Charondas, liv. 7, rép. 221, & dans ses observations, verb. héritier.* La raison pourquoi les coutumes ne parlent que de l'héritier *ab intestat*, comme saisi de plein droit, est parce qu'on n'a point dans les pays coutumiers des véritables héritiers testamentaires, mais seulement des légataires universels qui n'ont pas la même faveur ; raison qui cesse dans les pays du droit écrit, où les testamens font des véritables héritiers ; & comme les institutions contractuelles font aussi des véritables héritiers, ils sont saisis de plein droit, en vertu de la Maxime, *le mort*

BIU Cujas

saisit le vif, tout comme les héritiers *ab intestat ; Delaurière, des institutions & substitutions contractuelles, ch. 4, n°. 120.* ¶

Ou ayant cause.] Notre article ne fait aucune différence entre le donateur ou ses héritiers, & ceux qui tiennent leur droit de lui à titre particulier, comme sont les légataires, donataires ou acquéreurs, à quelque titre que ce soit, sans distinguer s'il est gratuit ou onéreux, parce que la loi ne distingue pas & n'excepte point de sa disposition les acheteurs ou autres acquéreurs à titre onéreux.

Ou autres détenteurs des choses données.] Ceci comprend non-seulement l'usufruitier, le fermier, le dépositaire, & autres qui ne possédant point, sont appellés détenteurs, ¶ & qui ne peuvent jamais prescrire, parce que leur titre n'est pas habile pour donner naissance à la prescription, attendu qu'ils n'ont point de possession civile, ¶ mais encore toute sorte de possesseurs qui n'ont point de titre ; & quoique ces derniers eussent joui des choses données pendant un intervalle suffisant pour prescrire contre le donataire, toutefois ils ne pourront opposer au donateur ou à ses héritiers qui vendiqueront les biens donnés, en conséquence de la révocation par survenance des enfans, aucune autre prescription que celle dont il est parlé dans cet article, laquelle ne peut commencer que depuis la naissance du dernier enfant du donateur.

Qu'après une possession de trente années.] Avant cette ordonnance, on jugeoit au Parlement de Paris, que l'action pour faire revenir la possession des biens compris dans une donation révoquée par la survenance des enfans, duroit trente ans contre le donataire & ses héritiers ; mais à l'égard des tiers-possesseurs, avec titre & bonne foi, elle ne duroit que dix ans entre présens, & vingt ans entre absens : *Chopin, sur la coutume de Paris, lib. 2, tit. 3, n°. 24 ; Ferrieres, sur la même coutume, tit. 13, des donations & don mutuel*, §. 5, *quest. 6, n°. 18 & 19 ; & Ricard, tom. 1, des donations part. 3, n°. 659.* La raison de cette distinction étoit prise de ce que l'action *rei vindicationis* dure trente ans contre le donataire & ses héritiers, & à l'égard des tiers-possesseurs, avec titre & bonne foi, elle est éteinte par la prescription de dix ans ou de vingt ans, suivant *l'article 113 de la coutume de Paris*, laquelle est conforme en cela au droit Romain, qui a introduit cette prescription.

Le

BIU Cujas

Le Parlement de Toulouse jugeoit indistinctement qu'il n'y avoit que la prescription de trente ans qui fût suffisante, parce qu'il s'est éloigné de l'ancien droit Romain à cet égard, & qu'il n'a reçu d'autre prescription pour ce qui regarde l'acquisition de la propriété & l'exclusion de l'action *rei vindicationis*, que celle de trente ans, comme je l'ai observé sur *l'article 38 suprà*. La raison est prise de *l'auth. malæ fidei, cod. de præscript. longi temporis*, qui rejette la prescription de dix ou de vingt ans, lorsque le propriétaire ignore son droit & l'aliénation, & l'on présume que le propriétaire qui a resté dans le silence & dans l'inaction, ne l'a fait que parce qu'il ne connoissoit pas son droit & l'aliénation; ainsi il n'y a que la prescription de trente ans qui puisse être opposée dans ce cas, comme le remarque *Duval dans ses institutes du droit François, liv. 2, ch. 4, pag. 284.*

Notre article a suivi cette Jurisprudence, en voulant indistinctement que le donataire, ses héritiers ou ayant cause, ou autres détenteurs des choses données, ne puissent opposer d'autre prescription que celle de trente ans: en quoi cet article est différent *de l'article 38 suprà*, qui laisse les choses aux termes du droit commun, touchant la prescription qui peut être opposée aux légitimaires qui ont droit de demander leur légitime par la plainte d'inofficiosité sur les donations entre-vifs, lorsque les autres biens ne suffisent pas.

La raison de la différence peut être prise de ce que dans le cas de l'article XXXVIII, la plainte d'inofficiosité ne retranche les donations inofficieuses que quand elle est proposée; au lieu que la survenance des enfans révoque de plein droit les donations, & fait rentrer aussi de plein droit les biens donnés dans le patrimoine du donateur, suivant les *articles XXXIX & XLII*: ainsi le droit du donateur étant résolu, celui de ses ayant-cause l'est aussi, suivant la regle *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis, l. 31, ff. de pignoribus.*

De-là vient que le donateur ou ses héritiers peuvent vendiquer les biens donnés, quoiqu'ils soient entre les mains des tiers-acquéreurs de bonne foi, & à titre onéreux, tout de même que s'ils étoient en la main du donataire ou de ses héritiers, comme l'avoient décidé presque tous les Auteurs, & entr'autres, *M. Dolive, liv. 4, ch. 6; Ricard, au lieu préallégué, n°. 651; & Ferrieres, n°. 11.*

Qui ne pourront commencer à courir que du jour de la naiſ-

BIU Cujas

ſance du dernier enfant, même poſthume.] Il n'y avoit point de doute que la preſcription ne pouvoit pas commencer de courir avant que la naiſſance d'un enfant eût donné atteinte à la donation, parce qu'étant parfaite & valable, & le donateur ne pouvant pas agir pour rentrer dans les biens donnés, il auroit été injuſte qu'on lui eût oppoſé le tems qui s'étoit écoulé, tandis que la donation avoit ſubſiſté dans ſon entier, parce que *contra non valentem agere non currit præſcriptio.*

Mais, ſelon *Ricard*, au lieu préallégué, *n°.* 660; *& Ferrieres*, *n°.* 18 *&* 19, la preſcription commençoit à courir du jour de la naiſſance du premier enfant, quoiqu'il fût décédé, & qu'il en fût ſurvenu d'autres au donateur, pour demander les biens donnés; & par conſéquent la preſcription devoit courir utilement, parce que *contra valentem agere currit præſcriptio*, *leg.* 25, *ff. de ſtipulat. ſervorum.*

Cependant notre article en diſpoſe autrement, par une raiſon à laquelle les Auteurs n'avoient pas fait attention: elle eſt priſe de ce que la naiſſance de chaque enfant produit une nouvelle cauſe pour révoquer la donation, & par conſéquent elle doit effacer les effets du laps du tems qui s'eſt écoulé entre la naiſſance du premier enfant & celle du dernier; voilà pourquoi notre article décide que la preſcription ne commence à courir que depuis la naiſſance du dernier enfant, quand même il ſeroit poſthume, & qu'il ne ſeroit venu au monde qu'après le décès du donateur.

Sans préjudice des interruptions telles que de droit.] Ceci a été ajouté avec beaucoup de prudence, pour lever tous les doutes qu'on auroit pu former, pour ſavoir ſi la preſcription introduite par cette ordonnance ne devoit pas courir utilement depuis la naiſſance du dernier enfant, même ſans avoir égard au privilege des perſonnes intéreſſées, parce qu'il y a des Auteurs qui ont cru que les preſcriptions introduites par les ordonnances & les coutumes des lieux courent contre les mineurs, ſans avoir égard à leur privilege, & ſans eſpérance de reſtitution; c'eſt le ſentiment de *Theveneau*, *ſur les ordonnances*, *liv.* 2, *tit.* 22, *article* 3. Voilà pourquoi notre article réſerve les interruptions dans les cas de droit; ſur quoi il faut voir Argentré, qui en a fait un excellent traité dans ſon Commentaire, ſur l'article 266 de la coutume de Bretagne, *de interruptionibus præſcriptionum*, où il traite fort doctement cette matiere en treize cha-

BIU Cujas

pitres. ¶ Il eſt néanmoins à propos d'obſerver que le mot *interruptions*, dont le Légiſlateur ſe ſert, ne doit pas être pris dans ſa ſignification propre, mais dans la plus étendue; c'eſt-à-dire, qu'il doit comprendre tous les moyens qui interrompent la preſcription, ſoit en anéantiſſant la premiere poſſeſſion, ſoit en ſuſpendant ſeulement le cours de la preſcription; & pour cela il faut ſavoir qu'il y a des cas où la poſſeſſion antérieure eſt anéantie par un effet de l'interruption; & dans d'autres, on retranche ſeulement le tems qui n'a pas couru utilement, comme l'explique fort bien *Gregorius-Toloſanus*, *in ſintagmata juris*, *lib. 40*, *cap. 6*, *n°. 10*, qui remarque que quand la preſcription eſt ſeulement ſuſpendue pendant quelque-tems, ce n'eſt pas proprement une interruption.

On connoît deux ſortes d'interruptions, l'une eſt naturelle, l'autre civile. L'interruption naturelle arrive, ſelon la Doctrine des interprêtes, lorſque quelqu'une des choſes ſubſtantielles pour la preſcription, vient à ceſſer, comme la poſſeſſion qui eſt néceſſaire à toute ſorte de preſcriptions, le titre, la bonne foi, & la qualité de la choſe qui ne doit point être vicieuſe, leſquelles trois choſes ſont particulieres à la preſcription de dix ou de vingt ans: il renvoie à cet égard *à d'Argentré*, *de interrupt. cap. 4*, pour me borner à ce qui regarde la poſſeſſion.

Il y a interruption naturelle toutes les fois qu'on ceſſe de poſſéder de quelque maniere que cela arrive, *quomodocumque deſinat poſſidere interrumpitur naturaliter*, dit la Gloſe ſur la loi 5, *ff. de uſurpat. & uſucap.* On peut voir dans *Gregorius-Toloſanus*, *in ſintagmata juris*, *lib. 20*, *cap. 12*, *n°. 1*, les différens cas où l'on ceſſe de poſſéder, & où par conſéquent l'interruption naturelle arrive: l'interruption civile eſt celle qui ſe fait par l'interpellation judiciaire; ſelon le droit Romain, elle n'avoit d'effet que par la conteſtation en cauſe; mais par notre uſage, le ſeul ajournement libellé ſuffit; il y a encore une troiſieme eſpece d'interruptions, qu'on appelle conventionnelles; telles ſont celles qui ſe font par la reconnoiſſance ou le renouvellement de la dette; par le payement de partie ou des intérêts; par le Bail des cautions, ou des gages, & autres cas exprimés dans la loi 7, *cod. de præſcript. 30 vel 40 annor.* & expliqués par *d'Argentré*, *ſur la coutume de Bretagne*, *article 266*, *de interrupt. cap. 5.*

L'effet de toutes ſortes d'interruptions, eſt d'anéantir & d'effacer la poſſeſſion & la preſcription pour le tems

BIU Cujas

qui s'étoit écoulé avant l'interruption, & on ne peut point le joindre avec celui qui s'écoule postérieurement, & comme dit *d'Argentré, sur la coutume de Bretagne, article* 266, *de interruptionibus, cap.* 1, *priorem temporis cursum in irritum reducit, ita ut jam indè in temporis cursu computationem nullam habeat;* mais il y a ceci de particulier à l'égard de l'interruption qui se fait par l'interpellation judiciaire, que par notre usage, elle n'opere son effet qu'autant que l'instance est entretenue; car si elle tombe en péremption, elle est comme non-avenue, & la prescription a son cours, tout comme s'il n'y avoit jamais eu d'instance, suivant l'article XV de l'ordonnance de Roussillon, & l'on a dérogé à cet égard à la loi 1, §. 1, *cod. de annali except.* qui vouloit que l'effet de l'instance, quand elle avoit été contestée, prorogeât l'action pendant quarante ans, soit qu'il y eût de poursuites ou non.

L'interruption naturelle qui se fait par la discontinuation de possession, profite non-seulement à celui qui la cause, mais encore à tous ceux qui y ont intérêt; *L. naturaliter 5, ff. de usurpat. & usucap.* La Glose & les docteurs sur cette loi, *& d'Argentré sur la coutume de Bretagne, article 266, de interruptionibus, cap.* 4, *n°.* 2: la raison est parce que la possession qui doit être continuée pour pouvoir profiter, *l.* 2, *cod. de præscript. longi temporis*, étant interrompue, ce qui est de l'essence de la prescription manque par la discontinuation de la possession, & que, selon la *loi* 8, §. 4, *ff. pro emptore*, quand une fois on a cessé de posséder, quoiqu'on reprenne la possession, on ne s'arrête qu'au commencement de la seconde prise de possession; au lieu que l'interruption civile qui se fait par l'interpellation judiciaire, ne profite qu'aux Parties, parce que, comme l'instance ne peut point nuire à des tierces personnes, elle ne doit pas non plus leur profiter; & c'est ainsi que le décident *Papon, sur la coutume de Bourbonnois, article* 34; *d'Argentré*, au lieu préallégué, *cap.* 5, *n°.* 3; *& M. Duval, de reb. dub. tractat. 15, n°.* 6; ce qui a lieu même en matiere bénéficiale, suivant *M. Louet, sur la regle de publicandis resignat. n°.* 355.

Il faut encore observer, que comme la possession est de fait, elle ne reçoit point de fiction, *L.* 19; *& Mornac, sur cette Loi, ff. ex quib. caus. major. L.* 15, *de usurpat. & usucap. & leg.* 23, §. 1, *ff. de acquir. poss.* & que c'est une maxime que *facta non retrotrahuntur*, on ne peut

BIU Cujas

pas donner à la poſſeſſion un effet rétroactif, comme il eſt décidé par les loix ci-deſſus, citées par la *loi* 8, §. 4, *ff. pro emptore ; & par Gregorius-Toloſanus, in ſintagmata juris, lib.* 40, *cap.* 6, *n°.* 5, *cùm poſſeſſio magis facti quàm juris ſit, juris fictionem ea non recipit ut continuata videatur*, dit cet Auteur : on peut voir aux numeros 11, 12, & ſuivans, les cas où la preſcription eſt ſeulement ſuſpendue, & où l'on joint les les tems qui ont couru utilement ; & c'eſt ce que d'autres auteurs appellent *dormitio præſcriptionis.* ¶

La principale ſuſpenſion eſt celle qui procede de l'âge ; car la preſcription de trente années ne court pas contre les pupilles, quand même elle auroit utilement commencé contre un majeur auquel le pupille a ſuccédé ; *l. Sicut 3, cod. de præſcript. 30 vel 40 annor.* & ſelon le langage des interprêtes, la preſcription eſt arrêtée dans ſon cours, & dort pendant la pupillarité ; *Guipape, queſt. 31.*

Elle ne court pas non-plus contre les furieux ou l'imbecille ; mais elle s'arrête de la même maniere qu'à l'égard du pupille ; *Rebuffe, ſur les ordonnances, tractat. de reciſ. contractuum, gloſ. 23, n°. 5 ; Gregor. Toloſanus in ſyntagm. juris, lib.* 40, *cap.* 5, *n°. 28 ; & M. de Catellan, liv. 7, ch. 13* : la raiſon en eſt, parce que les furieux & les imbécilles ſont même plus dignes de faveur & de la protection des Loix que les pupilles, par l'argument de la loi 4, *ff. de reg. jur.*

Mais la preſcription de trente ans court contre le mineur ; *l. 3, cod. de præſcript. 30 vel* 40 *annor.* il eſt vrai que ſuivant l'uſage du Parlement de Toulouſe, conforme à l'avis de pluſieurs auteurs, il eſt reſtitué en entier, comme l'obſerve *M. de Catellan, au lieu préallégué* : le même auteur ajoute, après *Ferrieres, ſur la queſt.* 31 *de Guipape*, que le mineur doit demander la reſtitution dans la trente-cinquieme année de ſon âge, autrement il n'y eſt pas recevable ; *Henris, tom.* 2, *liv.* 4, *ch.* 21, avoit combattu cette déciſion, prétendant que la preſcription ne devoit pas être compriſe dans les ordonnances de Louis XII, & de François I ; mais il a été repris avec raiſon par *Ricard, ſur l'article 189 de la coutume de Senlis*, où il s'eſt déclaré défenſeur de l'opinion de Ferrieres ; il eſt même difficile de comprendre qu'Henris ait pu penſer le contraire en principe de droit Romain, & hors de la coutume de Paris, qui excepte les mineurs & les privilégiés, comme le remarque Bretonnier ; car ſi la reſtitution en entier que le mineur peut demander contre

BIU Cujas

la prescription de trente ans, n'est pas comprise dans les ordonnances, elle demeure donc sujette au tems marqué dans la loi derniere, *cod. de temporibus in integrum restit.* qui n'est que de quatre ans utiles après la majorité.

Pour ce qui est du prodigue, quoiqu'on lui donne un curateur, la prescription de trente ans ne laisse pas de courir contre lui, comme l'enseigne *Bretonnier sur Henris, tom. 2, liv. 4, quest. 21.*

Il reste encore deux observations considérables à faire. La premiere, que notre texte a bien voulu étendre le tems de la prescription dans le cas où elle pouvoit être plus courte, comme lorsque les biens étoient parvenus à un tiers avec titre & bonne foi, dans le pays où le droit Romain ancien est observé, & dans le district de la coutume de Paris, puisqu'il est conçu en termes négatifs; mais il n'a pas entendu resserrer cette prescription à trente ans dans les pays où elle est d'un intervalle plus long, comme en Bretagne, où elle s'étend à quarante ans, lorsqu'il s'agit d'un immeuble, comme *d'Argentré* le remarque *sur la coutume de Bretagne, article 266, cap. 5. n°. 13.*

La seconde, qu'aux termes de notre ordonnance, il faut rejetter le sentiment de *Ferrieres, sur la coutume de Paris, tit. 13, des donations & don mutuel, §. 5, quest. 6, n°. 21, tom. 3, col. 1146*, qui avoit cru que quand l'acquéreur à titre onéreux des biens donnés, en étant évincé par la survenance des enfans, a droit d'agir contre le donataire à raison de la garantie, & des dommages & intérêts, le donataire pourroit demander son indemnité au donateur; car outre que le donataire a dû prévoir le cas de la survenance des enfans, & ne pas aliéner un fonds dont son acquéreur pouvoit être évincé; d'ailleurs il ne pourroit prétendre aucune indemnité contre le donateur, quand même il se seroit soumis expressément à la garantie, parce qu'une telle clause devroit être considérée comme une renonciation indirecte à la faculté de rentrer dans les biens donnés, & par conséquent elle est prohibée par l'article XLIV *suprà.*

BIU Cujas

ARTICLE XLVI.

Les dons mutuels & autres Donations faites entre mariés, autrement que par les Contrats de mariage, & les Donations faites par les peres à leurs enfans de famille, ſont exceptées des diſpoſitions de cette Ordonnance.

N'ENTENDONS comprendre *dans les diſpoſitions de la préſente Ordonnance*, ce qui concerne *les dons mutuels & autres Donations faites entre maris & femmes*, autrement que par le Contrat de mariage, ni pareillement *les Donations faites par le pere de famille aux enfans étant en ſa puiſſance*; à l'égard de toutes leſquelles Donations, il ne ſera rien innové juſqu'à ce qu'il y ait été autrement par Nous pourvu.

OBSERVATIONS.

Dans les diſpoſitions de la préſente ordonnance.] Cette exception s'applique en général à toutes les diſpoſitions compriſes dans la préſente ordonnance, & à tous les articles en particulier; en ſorte que les dons mutuels & autres donations faites entre mari & femme, autrement que par les contrats de mariage, ni les donations faites par le pere de famille à ſes enfans qu'il a en ſa puiſſance, ne ſont nullement compriſes dans les différens réglemens que Sa Majeſté a fait dans la préſente ordonnance; mais les queſtions qui ſurviendront au ſujet de ces donations, devront être jugées ſur les loix, les coutumes & uſages obſervés ſur ces ſortes de donations, tout de même que ſi cette ordonnance n'avoit pas été portée.

De-là vient que ſi les loix ou les coutumes particulieres des lieux ne s'y oppoſent pas, ces donations peuvent être faites ſans écrit ou par écriture privée; que dans les pays de droit écrit, le pere pourra donner à

BIU Cujas

son fils non émancipé tous ses biens présens & à venir ; ou une quote ; le charger de payer les dettes & charges de la succession du donateur, même les légitimes ; & lui imposer toutes les autres conditions qu'il trouvera à propos, quoiqu'elles dépendent de la seule volonté du donateur, sans qu'il soit nécessaire que l'acceptation du fils donataire soit expresse & littérale ; ce qui a lieu, soit que la donation ait été faite à cause de mort, ou qu'elle soit conçue entre-vifs ; & quoiqu'elle soit des meubles ou effets mobiliers, dont la tradition réelle n'ait pas été faite ; il ne sera pas nécessaire d'en faire un état : que si par la donation le donateur s'est réservé quelque effet pour en disposer, il appartiendra au donataire, si le donateur n'en a pas disposé, pourvu qu'il soit convenu qu'en défaut de disposition, l'effet réservé appartiendra au donataire : elles ne sont pas non-plus sujettes à la nécessité ni à la forme de l'insinuation pour valoir contre les héritiers du donateur, parce qu'elles ne peuvent valoir en effet que comme des donations à cause de mort, lesquelles sont exemptées de la nécessité de l'insinuation par les anciennes ordonnances, selon *Ferrieres, sur la coutume de Paris, article* 284, *glos.* 2, §. 3, *n°.* 6, du moins selon la jurisprudence du Parlement de Toulouse, comme je le dirai bientôt.

Les dons mutuels.] Dans les pays coutumiers on fait différence entre la donation mutuelle & le don mutuel. La donation mutuelle est proprement une libéralité réciproque, qui se fait entre deux ou plusieurs personnes, au profit du survivant ; au lieu que le don mutuel est proprement celui qui se fait entre conjoints par mariage ; c'est-à-dire, *constante matrimonio* ; *Ferrieres, sur la coutume de Paris, article 280, glos.* 2, *n*^{s}. 1 & 2 ; on ne peut pas dire précisément en quoi peut consister le don mutuel, & qu'est-ce que les mariés peuvent se donner de cette maniere ; mais il faut avoir recours aux coutumes des lieux. Pour ce qui est des questions qui peuvent se rencontrer au sujet du don mutuel, il faut voir le traité fait par *Ricard*, le commentaire de *Me. Claude Ferrieres, sur l'article 280*, & les autres articles de la coutume de Paris, *au titre 13 des donations & don mutuel*, & les auteurs & coutumes que ce dernier rapporte ou indique.

Et autres donations faites entre mari & femme.] Ceci se rapporte non-seulement au pays coutumier, où il est permis aux mariés de se faire des avantages, *constante matrimonio*, autrement que par don mutuel, mais encore

BIU Cujas

aux pays de droit écrit; selon l'ancien droit des Romains, les donations faites par le mari à sa femme, ou par la femme à son mari durant le mariage, étoient essentiellement & radicalement nulles; cela avoit été établi par des raisons de politique, *ne mutuo amore invicem spoliarentur*, pour prévenir les sujets de discorde & de trouble, pour ne pas rendre venale l'amitié conjugale, & pour empêcher que celui des conjoints qui auroit un meilleur naturel, ne se dépouillât de ses biens par un effet de sa complaisance, & que le conjoint plus âpre ne s'enrichît des dépouilles de l'autre, *ne concordia pretio conciliari videretur, neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret; leg.* 1, *leg.* 2, *leg.* 3, & §. 10, *ff. de donat. inter virum & uxorem.*

Cependant il étoit permis aux mariés de faire entr'eux toute sorte de contrats, pourvu qu'ils fussent exempts de fraude, & qu'on ne pût pas les regarder comme une couleur & un prétexte pour se gratifier, ainsi que le remarque *M. de Cambolas, liv.* 4, *ch.* 43, *la loi* 7, §. 6, *ff. de donationibus inter virum & uxorem*, confirme la vente & l'hypotheque contractée de bonne foi; il en étoit de même des autres contrats, comme la société de tous les biens; *Leg.* 16, §. 3, *ff. de alimentis & cibar. leg.* Le dépôt & le mandat; *L.* 9, §. 3, *ff. de jure dot. leg.* 21, *cod. de procuratorib. leg.* 52, *ff. de donat. inter vir. & uxor. & leg. un.* §. *Taceat* 5, *cod. de rei uxor. act.* le louage ou Ferme, *argum. Leg.* 52, *ff. de donat. inter vir. & uxor.* le commodat & le gage, *Leg.* 7 §. 5 & 6, *ff. eod.* le contrat appellé *negotiorum gestio, leg. un.* §. *taceat* 5, *eod. de rei uxor. actione*, pourvu qu'ils eussent été faits de bonne foi, & non dans la vue de donner, comme je l'ai dit.

On exceptoit néanmoins plusieurs cas, auxquels il étoit permis aux mariés de se faire des libéralités. Premiérement, lorsque la donation étoit faite avant la célébration du mariage, quoique ce fût le même jour, *leg.* 27 & *leg.* 66, *ff. de donationibus inter vir. & uxor.* lorsqu'elle étoit faite après le divorce, *leg.* 64, *ff. eod.* quand le mariage n'étoit pas valide, *leg.* 65, pour alimens ou pensions, quand elles n'étoient pas excessives, *leg.* 15, *l.* 31, §. 8; ce qui n'obligeoit pourtant pas le donateur pour l'avenir; mais ce qui avoit été payé ne pouvoit pas être répété; la donation qui étoit faite pour réparer des maisons incendiées appartenant à l'un des conjoints, *leg.* 14, lorsque la femme avoit acheté un effet avec l'argent de son mari, elle pouvoit lui donner cet effet, *leg.*

BIU Cujas

64, la donation faite par la femme à son mari, pour obtenir une charge ou dignité, *leg. 40*, 41 & 42; celle qui étoit faite *exilii causâ*, *leg.* 43, lorsque le donateur ne devenoit pas plus pauvre en faisant la donation; c'est-à-dire, s'il ne diminuoit pas son patrimoine, quoiqu'il négligeât l'occasion d'acquérir; comme si le mari répudioit une hérédité ou un legs, afin que sa femme substituée en profitât, ou s'il négligeoit de retenir la falcidie, la trébellianique, ou autre chose qu'il eût droit de retenir; *leg. 5*, §. 13, 14, 15 & 16, ou bien lorsque le donateur devenoit plus pauvre, mais le donataire n'en étoit pas plus riche, *L. 5*, §. 16; la donation faite entre le Prince & la Princesse, étoit aussi exceptée; *leg. 26*, *cod. de donat. inter vir. & uxor.* & dans tous ces cas les donations étoient valables. On peut voir tous ces cas, & plusieurs autres expliqués par *Scipion Gentilis*, dans son traité *de donat. inter virum & uxorem*, *lib. 2.*

Dans la suite, l'Empereur Antonin tempéra la rigueur du droit ancien, en ordonnant que les donations entre mariés seroient bonnes dans tous les cas où elles étoient déclarées nulles de plein droit, si elles n'étoient pas révoquées par le donateur durant sa vie; mais on lui accorde la liberté de les révoquer, *solâ pœnitentiâ*, comme le rapporte le Jurisconsulte Ulpien dans la loi *cùm hic status* 32, §. 1 & 2, *ff. de donat. inter virum & uxorem*; c'est à quoi notre ordonnance n'a rien changé, puisqu'elle porte qu'il ne sera rien innové jusqu'à ce qu'il ait été autrement pourvu par Sa Majesté.

Je passerois les bornes que je me suis prescrites, si j'entrois dans un plus grand détail au sujet des donations entre mariés; cependant je n'omettrai point deux ou trois difficultés importantes, qu'il est nécessaire d'éclaircir, parce qu'elles ont partagé les suffrages des Docteurs. La premiere, si la tradition est nécessaire pour la validité de la donation entre mariés, afin qu'elle puisse être confirmée par le silence du donateur jusqu'à la mort. La Loi 23, *ff. de donat. inter vir. & uxorem*, décide nettement la question pour l'affirmative, en disant que la confirmation des donations entre mariés, ne regarde que les donations des choses qui pouvoient être livrées; que si on en étoit demeuré aux termes d'une simple stipulation sans délivrance, la donation demeuroit nulle, quand même le donateur ne l'auroit pas révoquée, & c'est le sentiment de *Barthole*, *de Balde*, *de la Glose*, *de Godefroi*, & *des Docteurs sur cette loi*; *de Scipion Gentilis*, *dans*

BIU Cujas

le traité de donationib. inter vir. & uxor. lib. 3, cap. 38, & de Vinnius Selectarum Juris quæst. lib. 2, cap. 15.

Mais cette décision ne peut être soutenue que selon les principes du droit ancien, qui exigeoit la tradition pour la validité des donations; formalité qui a été retranchée par le droit nouveau en la loi *Si quis argentum 35, §. 5, cod. de Donationibus*, la disposition de laquelle loi a été spécialement appliquée aux donations entre mariés, par la *novelle 162, cap. 1*; & c'est avec raison que M. le *Président Faber, de conjecturis, lib. 2, cap. 8*; *Gudelinus, de jure noviſſimo, lib. 1, cap. 8*, & plusieurs autres, ont décidé que, selon le droit nouveau, la donation entre mariés est confirmée par la mort du donateur, quoiqu'il n'y ait point de tradition, & qu'on en soit demeuré aux termes d'une simple convention; parce que la loi 23, *ff. de donat. inter vir. & uxor.* a été corrigée par la loi 35, §. 4, *cod. de donat.* & par *la novelle 162, cap. 1*; ¶ & que d'ailleurs la donation annuelle faite par le mari à sa femme, est confirmée par la mort, quoiqu'il ne puisse point y avoir de tradition des pensions à venir; *l. 33, ff. de donat. inter vir. & uxor.* ¶

La seconde difficulté consiste à savoir, si l'insinuation est nécessaire, afin que les donations entre mariés puissent être confirmées par le silence & la mort du donateur: la décision en est expresse dans la loi 25, *cod. de donationibus inter virum & uxorem*, & *dans la novelle 162, cap. 1*, qui veulent qu'elles soient insinuées, autrement elles ne peuvent être confirmées par le silence, qu'à concurrence de la somme de cinq cens écus, & pour le surplus, l'insinuation étant nécessaire, les donations ne peuvent valoir, à moins qu'elles n'ayent été confirmées par une disposition de derniere volonté de la part du donateur.

Mais comme le Parlement de Toulouse n'exigeoit l'insinuation que pour l'intérêt des créanciers & des tiers-acquéreurs, & que les donations étoient autorisées à l'égard du donateur & de ses héritiers, nonobstant le défaut d'insinuation, selon *M. Dolive, liv. 4, ch. 4 & 28*; *& M. de Catellan, liv. 5, ch. 9*, on ne s'arrêtoit point au défaut d'insinuation des donations entre mariés, quoiqu'elles excédassent la somme de cinq cens écus, & on les déclaroit confirmées par la mort du donateur, quand il ne les avoit pas révoquées; à quoi notre ordonnance ne donne point d'atteinte.

La troisieme difficulté regarde les donations mutuelles

BIU Cujas

entre mari & femme, *conſtante matrimonio*. Dans les pays coutumiers, ce ne peut pas être une queſtion, parce que le don mutuel y eſt permis; & *Mornac ſur la loi* 12, *cod. de inoff. teſtamento*, obſerve que les donations réciproques y ſont autoriſées, à cauſe de l'incertitude des événemens.

Mais c'eſt une queſtion fort controverſée en pays de droit écrit, ſi les donations réciproques entre mari & femme, ſont irrévocables, ou bien ſi elles ſont ſeulement confirmées par la mort. *Cœpolla in tractatu Cautelarum, Cautelâ* 112, après Paul de Caſtro & autres Docteurs, *Schneidewin, ſur le* §. *Aliæ* 2, *inſtit. de donat. nº. 61*; & *Boërius, Conſil.* 51, ſont d'avis qu'elles ſont irrévocables, & qu'elles n'ont pas beſoin d'être confirmées par la mort du donateur, parce quelles ne ſont pas une pure libéralité; ce que *M. de Cambolas, liv.* 4, *ch.* 43, eſtime devoir être entendu quand la donation eſt égale de part & d'autre.

Cependant l'opinion contraire ne paroît pas ſuſceptible de doute, ſelon le véritable eſprit du droit Romain en la loi 32, §. *Ambo* 14, *ff. de donationibus inter virum & uxorem*, qui décide que ſi le mari & la femme ſe ſont faits une donation mutuelle, la donation eſt bien bonne en faveur du ſurvivant, parce qu'elle eſt confirmée par la mort; mais elle eſt révoquée à l'égard de celui qui eſt prédécédé; ce qui ſuppoſe qu'elle ne vaut pas irrévocablement: que ſi les donateurs décedent au même inſtant, les donations réciproques ſont confirmées en faveur de leurs héritiers, parce qu'on ne peut pas connoître quel de deux eſt décédé le premier; & c'eſt le ſentiment de *M. Cujas, dans ſes paratit. ſur le cod. de donationibus inter virum & uxorem*, & *de Scipion Gentilis, tractat. de donationib. inter vir. & uxor. lib.* 2, *cap.* 20: *la loi* 7, §. 2, *ff. de donat. inter vir. & uxor.* ſur laquelle les Auteurs qui tiennent pour l'irrévocabilité de la donation, ſe fondent, ne fait rien pour eux; elle décide ſeulement que ſi le mari & la femme ſe donnent réciproquement cinq écus, dont ils ſe font la délivrance, la femme qui a conſommé les cinq écus à elle donnés par ſon mari, ne peut pas répéter les cinq écus qu'elle a baillés, & que ſon mari a conſervés, parce qu'il ſe fait une compenſation; on voit même que ce n'eſt pas proprement une donation réciproque, mais un échange, ¶ des différences qu'il y a entre les donations pures entre mariés, & celles qui ſont faites à cauſe de mort, auſſi entre mariés; *Gentilis, de donat. inter vir. & uxor. lib.* 3, *c.* 34.

BIU Cujas

Si les donations entre mariés ſont confirmées par la mort du donateur, lorſqu'elles n'ont pas été acceptées par le donateur, *Scipio Gentilis, de donat. inter vir. & uxor. lib. 3, cap. 34*, tient la négative; la loi 23 & la loi 33, *ff. de donat. inter vir. & uxor.* qui requierent la ſtipulation, ſemblent confirmer cette opinion.

Au contraire, il y a pluſieurs argumens: 1°. La loi 32, §. 1, *ff. de donat. inter vir. & uxor.* confirme l'achat fait par le mari au nom de ſa femme, comme une donation tacite, quoiqu'elle ne ſoit pas acceptée par la femme. 2°. Les donations entre mariés ſont comparées aux donations à cauſe de mort, où, ſelon l'uſage, l'acceptation n'eſt pas néceſſaire. 3°. Selon *Larroche*, la reconnoiſſance faite à la femme par le mari, ſans réelle numération, vaut *in vim relicti*, & eſt confirmée par la mort comme une donation, quoique non acceptée par la femme. V. *Tamen, L. 14, cod. de donat. inter vir. & uxor.* A ſuivre la rigueur des regles, la donation entre mariés non acceptée, ne pourroit pas valoir, ſoit parce que le défaut d'acceptation empêche qu'elle ne puiſſe être conſidérée comme une donation entre-vifs, à cauſe que l'acceptation eſt de ſon eſſence, ſoit parce que l'acceptation eſt également néceſſaire pour la validité de la donation à cauſe de mort, comme je l'ai prouvé dans la queſtion 47; voilà pourquoi la donation entre-vifs, faite par les conjoints en faveur l'un de l'autre, ne peut pas être convertie en donation à cauſe de mort, puiſque la formalité eſſentielle en l'une & en l'autre manque. ¶

Les donations faites par le pere de famille aux enfans étant en ſa puiſſance.] Le pere & ſon fils non émancipé, étant conſidérés comme une ſeule & même perſonne, *L. ult. cod. de impub. & aliis ſubſtitutionibus*, ils ne peuvent pas contracter enſemble d'une maniere irrévocable; *L. 7, ff. de obligat. & actionib. L. 4, ff. de judiciis, & L. 16, ff. de furtis;* ainſi la puiſſance paternelle étant un obſtacle qui empêche que la donation faite par le pere à ſon fils non-émancipé, ſoit irrévocable, elle doit être confirmée par le ſilence du donateur juſqu'à ſa mort; après quoi elle vaut quand elle n'a pas été révoquée, *L. 25, cod. de donat. inter virum & uxor.* Il faut pourtant remarquer qu'encore que cette loi exige l'inſinuation, afin que la donation faite au fils de famille par ſon pere puiſſe être confirmée par la mort du donateur, lorſqu'elle excede la ſomme de cinq cens écus, cela ne s'obſerve pas au Parlement de Toulouſe, où l'inſinuation n'étoit pas re-

BIU Cujas

quiſe avant notre ordonnance à l'égard du donateur & de ſes héritiers, comme je l'ai obſervé ci-deſſus; ce qui n'a pas été changé pour ce qui regarde les donations faites par le pere à ſes enfans qui ſont en ſa puiſſance.

Il faut encore remarquer que, quoique la loi 25, *cod. de donat. inter vir. & uxor.* faſſe valoir les donations entre mariés, ou par les peres en faveur de leurs enfans non-émancipés, comme donations entre-vifs, puiſqu'elle les aſſujettit à la néceſſité de l'inſinuation, ſi elles excedent cinq cens écus; qu'elle veut que le ſilence du donateur ait un effet rétroactif, & qu'elles aient leur effet du jour de leur date, lorſqu'elles ſont inſinuées; que même dans l'uſage elles ſoient valables, quoiqu'on n'y ait obſervé que la forme preſcrite pour les donations entre-vifs, & qu'on n'y ait appellé que deux témoins; toutefois l'effet rétroactif n'a lieu que pour le gain des fruits qui ne doivent point être imputés ni rapportés par le fils donataire, & nullement pour faire valoir ces ſortes de donations contre les créanciers du donateur, ou les tiers-acquéreurs des biens donnés, quand même elles auroient été bien & duement inſinuées, comme le décide *M. de Cambolas, liv. 5, ch. 6:* la raiſon eſt parce que ces donations pouvant être révoquées, *ſolâ pœnitentiâ*, comme je l'ai expliqué ci-deſſus, on doit regarder comme une révocation ſuffiſante l'aliénation des biens donnés, ou les hypotheques contractées par le donateur depuis la donation, du moins pour les aſſujettir à ces hypotheques, quoiqu'elles ne révoquent pas la donation, ſelon la *novelle* 162, *cap.* 1, §. 1, comme le remarque le même Auteur; d'autant mieux que, ſuivant la loi 11, *cod. de donationib.* la donation faite par le pere à ſon fils non-émancipé, eſt plutôt une deſtination, qu'une donation parfaite. *Deſtinationem magis paternæ voluntatis factam, quàm perfectam donationem;* & l'on doit dire la même choſe des donations faites entre mariés, parce que *pari paſſu ambulant*, aux termes de la loi 25, *cod. de donat. inter vir. & uxor.*

Il y a pluſieurs cas auxquels la donation faite par le pere à ſon fils non-émancipé, vaut irrévocablement: 1°. Lorſque le pere émancipe ſon fils après la donation, ſans la révoquer, étant cenſé la confirmer par l'émancipation; *L.* 17, *cod. de donat. & L.* 31, §. 1, *ff. eod.* 2°. Lorſque le pere remet à ſon fils l'uſufruit qu'il a, *jure patriæ poteſtatis*, ſur les biens aventifs; *L.* 6, §. 2, *verſic. ſin autem, cod. de bonis quæ liberis*, parce que l'uſufruit ſe

BIU Cujas

consolide avec la propriété. *Schneidewin, sur le tit. des Institutes de donationib. de donatione inter vivos, n°. 70 ; M. de Catellan, liv. 2, ch. 46. 3°.* Quand la donation est véritablement remunératoire, *Schneidewin, d. loco, n°. 71. 4°.* Si elle est d'une chose mobiliaire, & qu'elle soit faite au fils soldat, *propter militiam, n°. 72. 5°.* Ou pour acquérir une dignité, *n°. 73. 6°.* Ou bien *studiorum causâ, n°. 74. 7°.* Ou pour cause de dot constituée à la fille de famille, *n°. 77*, ou bien en faveur du mariage qui a été célébré; *M. Larroche, liv. 6, tit. 40, article 6 ; Ferrieres, sur la question 145 de Guipape ; & M. Dolive, liv. 3, ch. 30. V. Ragueau, sur la loi §. 6, & si quid ex usu, cod. de bonis quæ liberis.*

ARTICLE XLVII.

VOULONS au surplus que la présente Ordonnance soit gardée & observée *dans tout notre Royaume, Terres & Pays de notre obéissance, à compter du jour de la publication qui en sera faite ; abrogeons toutes Ordonnances, Loix, Coutumes, Statuts & Usages différens*, ou qui seroient contraires aux dispositions y contenues, *sans néanmoins que les Donations faites avant ladite publication puissent être attaquées, sous prétexte qu'elles ne seroient pas conformes aux Regles par Nous prescrites, notre intention étant qu'elles soient exécutées, ainsi qu'elles auroient pu & dû l'être auparavant, & que les contestations nées & à naître sur leur exécution soient décidées suivant les loix & la Jurisprudence qui ont eu lieu jusqu'à présent dans nos Cours à cet égard.*

OBSERVATIONS.

Le Législateur a pris dans cet article deux précautions importantes. La premiere, est d'avoir abrogé toutes les ordonnances, loix, coutumes, statuts & usages différens ou contraires aux dispositions contenues dans la présente ordonnance.

La deuxieme, d'avoir témoigné que son intention est que les donations faites avant la publication ne puissent pas être attaquées, sous prétexte qu'elles ne seroient pas

BIU Cujas

conformes aux regles par lui prescrites, en quoi il s'est conformé à la disposition de la loi 7, *cod. de legibus.*

En sorte que les contestations nées & à naître à raison des donations faites avant la publication ou enrégistrement de la présente ordonnance, doivent être jugées, suivant les loix & la Jurisprudence, qui ont eu lieu dans les Cours supérieures jusqu'au jour que cette ordonnance y a été regîstrée, comme notre article le porte distertement.

Dans tout notre Royaume, terres & pays de notre obéissance.] Selon l'Empereur Justinien, aux Institutes *de Justitia & jure*, la justice, ou à mieux parler, l'art de rendre la justice, est une volonté constante & immuable de rendre à un chacun ce qui lui appartient; cette volonté doit être efficace & non de pure spéculation; elle doit être réglée par la loi, qui est toujours une dans sa disposition, qui ne doit pas dépendre de la différence des tems, des lieux & des personnes, & ses opérations sont appellées par l'Oracle du S. Esprit, le Jugement de Dieu, *nulla erit distantia personarum, ita parvum audietis ut magnum: nec accipietis cujusquam personam, quia Dei judicium est; Deuteron, cap.* 1, *vers.* 17. Ainsi rien n'est plus contraire au caractere essentiel de la justice, & à l'honneur de ses Ministres, que la diversité des maximes, & des jugemens des différens Tribunaux, qui n'ont pourtant qu'une même loi pour objet & pour regle; & de voir que ce qui paroît juste dans l'un, soit regardé comme injuste dans l'autre, à cause des différentes interprétations qu'on donne à la même loi.

C'est pour faire cesser cet inconvénient, & pour remédier à l'abus que les plaideurs faisoient de cette diversité de Jurisprudence, en formant des conflits de Jurisdiction, & donnant lieu à des réglemens de Juges, afin de porter leurs contestations devant des Tribunaux favorables à leurs prétentions, que notre Monarque a bien voulu, à l'inspiration & par les soins & les travaux du premier Ministre de la Justice, porter une loi qui fixât la Jurisprudence, & fit cesser cette diversité de Jugemens, pour procurer le repos & la tranquillité à ses peuples, dont il n'est pas moins le pere que le maître, & dont le bonheur doit être le principal objet d'un grand Roi. Voilà pourquoi il étoit nécessaire d'ordonner que cette loi seroit exécutée dans toute l'étendue du Royaume.

A compter du jour de la publication qui en sera faite.] Selon la remarque de *Boiceau, dans son traité de la preuve par témoins, part.* 1, *ch.* 1, on n'observe point en France *la novelle*

BIU Cujas

novelle 66 de l'Empereur Juſtinien, *chap.* 1, qui veut que les loix aient leur force, & ſoient exécutées dans deux mois, à compter de leur date; mais les ordonnances, édits, déclarations & lettres-patentes de nos Rois ne ſont exécutées qu'après qu'elles ont été préſentées & publiées aux Cours ſupérieures. Ce n'eſt pas que la puiſſance du Roi ne ſoit ſouveraine; mais par un effet de ſa bonté, de ſa ſageſſe, & de ſa juſtice, il permet à ſes Cours, qui ſont prépoſées pour rendre la juſtice à ſes Sujets, de lui repréſenter ce qui leur paroît convenable pour le bien & l'utilité de ſes peuples.

Par l'article V du titre 1 *de l'ordonnance de* 1667, le Roi Louis XIV d'heureuſe mémoire, avoit fixé certains délais, dans leſquels les Cours ſupérieures ſeroient tenues de lui faire les remontrances qu'elles jugeroient à propos, après lequel tems les ordonnances, édits, déclarations, & lettres-patentes ſeroient tenues pour publiées, & en conſéquence ſeroient gardées & obſervées; ce qui avoit été confirmé & amplifié par une déclaration du 24 Février 1673, qui veut que toutes affaires ceſſant, il ſoit procédé au regiſtre des ordonnances, édits, déclarations & lettres-Patentes données pour des affaires publiques, ſoit de juſtice ou de finance, émanées de la ſeule autorité du Roi; que l'enrégiſtrement ſera fait purement & ſimplement ſans aucune modification ni reſtriction, & qu'aucune oppoſition n'y ſera reçue, ſi ce n'eſt à l'égard des lettres-patentes expédiées au nom & au profit des particuliers; mais par la déclaration du 15 Septembre 1715, la faculté dont les Cours ſupérieures jouiſſoient auparavant, ſelon *l'article II* de l'ordonnance de Moulins, leur a été rendue, & il a été ordonné que lorſque Sa Majeſté adreſſeroit à ſes Cours des ordonnances, édits, déclarations & lettres-patentes, de ſa ſeule autorité & propre mouvement, avec ſes lettres de cachet, portant ſes ordres pour les faire enrégiſtrer, les Cours avant que d'y procéder puiſſent, lui repréſenter ce qu'elles jugeront à propos pour le bien public de ſon Royaume, & ce dans un certain délai du jour de la délibération qui en aura été priſe: ſinon, & à faute de ce faire, il y ſera par elle pourvu; dérogeant à cet égard à toutes ordonnances, édits & déclarations à ce contraires. *V. L.* 8, *cod. de legibus.*

Abrogeons toutes ordonnances, loix, coutumes, ſtatuts ou uſages différens, ou qui ſeroient contraires.] L'abrogation contenue dans cet article s'applique, non-ſeulement aux ordon-

BIU Cujas

nances, édits, déclarations & lettres-patentes, mais encore au droit Romain, aux coutumes particulieres, aux ſtatuts & aux uſages différens, ou contraires aux diſpoſitions renfermées dans la préſente ordonnance, qui doit être la ſeule loi qu'on devra ſuivre pour les donations qui ſeront faites à l'avenir, quant aux points qu'elle décide; mais elle n'empêche pas qu'on ne puiſſe recourir au droit Romain, aux ordonnances, aux coutumes, & aux uſages des lieux pour les points que notre ordonnance n'a point décidés.

Du reſte, l'abrogation ſpéciale des coutumes particulieres étoit néceſſaire; parce que, ſelon *Mornac*, *ſur la ſeconde conſtitution de Juſtinien, de Juſtiniano codice confirmando*, §. *Si quæ verò*, les nouvelles loix ou ordonnances, quelques générales qu'elles ſoient, ne dérogent point aux privileges & aux coutumes locales, à moins que la dérogation ne ſoit expreſſe & littérale, *niſi ſpecialis abrogatio facta ſit.*

¶ *Sans néanmoins que les donations faites avant ladite publication puiſſent être attaquées, ſous prétexte qu'elles ne ſeroient pas conformes aux regles par nous preſcrites.*] Il faut prendre garde à trois différentes diſpoſitions que notre article renferme. La premiere, eſt celle qui eſt contenue dans les paroles que j'ai tranſcrites, où le Légiſlateur veut que les donations faites avant la publication de la préſente ordonnance, vaillent, & qu'elles ne puiſſent pas être attaquées, ſous prétexte qu'on n'y aura pas obſervé les regles & les formalités preſcrites par la préſente ordonnance; ce que l'on peut éclaircir par des exemples tirés de la loi même. En effet, une donation faite auparavant l'enrégiſtrement de cette nouvelle loi eſt bonne & valable, quoique l'acceptation ne ſoit pas expreſſe & formelle dans les lieux où l'acceptation tacite étoit reçue, quoiqu'elle ſoit d'écriture privée, quoiqu'elle ſoit des meubles ou effets mobiliers, encore qu'il n'en ait point été fait d'état, & qu'il n'y en ait point de tradition réelle; quoique l'inſinuation n'en ait été faite qu'en la forme obſervée avant cette ordonnance; quoiqu'elle comprenne les biens à venir; quoique la femme donataire pour dot ou le mineur aient accepté la donation ſans l'autorité du mari, ou du curateur, & autres cas ſemblables, dans leſquels notre ordonnance a introduit des regles, & des formalités nouvelles.

Notre intention étant qu'elles ſoient exécutées, ainſi qu'elles auront pu & dû l'être auparavant.] C'eſt la deuxieme diſpoſition qui veut, par une ſuite de ce qui précede, & en ſuivant la maxime tirée de la loi 7, *cod. de legib.* que les

BIU Cujas

donations qui étoient parfaites & revêtues de toutes les formalités observées, lorsqu'elles ont été faites, aient la même force, & soient exécutées de la même maniere que si la présente ordonnance n'étoit pas survenue, tout comme nous voyons dans le droit Romain, qu'une chose faite dans un tems auquel il étoit permis de la faire subsister, malgré les événemens postérieurs qui y porteroient obstacle, *licet pervenerit ad eum casum à quo incipere non posset.*

Et que les contestations nées & à naître sur leur exécution soient décidées, suivant les loix & la jurisprudence, qui ont eu lieu jusqu'à présent dans nos Cours à cet égard.] C'est la troisieme disposition, qui est pareillement une suite des précédentes, & qui est fondée sur la maxime, qui veut que les loix nouvelles n'aient point d'effet rétroactif, à moins qu'elles ne le portent expressément. Ceci doit avoir lieu, non-seulement pour les contestations qui pourroient être pendantes devant les Juges en premiere instance, ou en cause d'appel au tems que la présente ordonnance a été enrégistrée au sujet des donations antérieures, mais encore pour les contestations qui pourront être formées postérieurement; ce qui résulte bien clairement de ces paroles, *les contestations nées & à naître sur exécution*, que l'on trouve dans le texte.

Il n'y a point de doute que les trois dispositions de notre article que je viens de rappeller, ne doivent avoir lieu à l'égard des donations, qui avoient reçu leur perfection avant l'enrégistrement de la présente ordonnance; mais je demande si on peut les appliquer à celles auxquelles il manquoit quelque chose; comme si, par exemple, la donation faite avant l'enrégistrement de la nouvelle loi n'avoit pas été insinuée, lorsque l'Ordonnance a été publiée; faudroit-il faire l'insinuation en la forme prescrite auparavant, ou bien de la maniere que le veut notre Ordonnance? On peut dire d'un côté que l'insinuation faisant une partie essentielle de la donation, c'est par les Loix en usage lorsque la donation a été faite, que la forme de l'insinuation doit être réglée; parce que l'esprit de notre Ordonnance est qu'elle n'ait lieu qu'à l'égard des donations qui seront faites après l'enrégistrement de la loi nouvelle, & non pour celles qui seroient faites auparavant.

D'autre part, il semble qu'on doive décider le contraire, & qu'il faut faire l'insinuation en la forme prescrite par l'Ordonnance; parce que notre Article XLVII veut qu'elle soit regardée & observée dans tout le Ro-

BIU Cujas

yaume, à compter du jour de l'enrégiſtrement, abrogeant toutes loix, ſtatuts, coutumes, & uſages différens, ou contraires aux diſpoſitions qu'elle renferme; voilà pourquoi, ſi la donation faite avant l'enrégiſtrement n'eſt pas inſinuée lors de l'enrégiſtrement, c'eſt ſelon la forme nouvellement preſcrite que l'inſinuation doit être faite; parce qu'on ne peut plus recourir à des loix qui ſe trouvent formellement abrogées.

Il me paroît que cette queſtion doit être décidée par une diſtinction; ou la donation faite avant l'enrégiſtrement, n'eſt plus dans le délai de quatre ou de ſix mois preſcrit par l'ordonnance de Moulins, pour faire l'inſinuation. Dans ce cas, l'inſinuation pouvant être conſidérée comme un acte ſéparé de la donation, qui ne peut valoir & avoir ſon effet, du moins contre les créanciers & les tiers-acquéreurs, que du jour de l'inſinuation, elle doit être faite en la forme preſcrite par notre ordonnance; mais ſi l'on ſe trouvoit encore dans le délai de quatre ou de ſix mois lors de l'inſinuation, il ſuffiroit de la faire en la maniere qu'on le pratiquoit lors de la date de la donation, parce que l'inſinuation a un effet rétroactif, & que la donation doit valoir même contre les créanciers & tiers-acquéreurs intermédiaires, ſuivant la déclaration du Roi du 25 Novembre 1692; voilà pourquoi on ne doit conſidérer l'inſinuation que comme un ſeul & même acte avec la donation; qu'ainſi l'inſinuation doit être faite ſelon les loix ou uſage lors de la date de la donation.

Notre article ne parlant que de l'exécution des donations faites avant l'enrégiſtrement de cette ordonnance, il peut ſe préſenter cette difficulté: ſi lorſqu'il s'agit de la réſolution de la donation, il faut ſuivre la Juriſprudence qui avoit lieu lors de la donation, ou bien la diſpoſition de la préſente ordonnance, lorſque l'événement qui y donne lieu arrive après l'enrégiſtrement; ſi, par exemple, la donation eſt antérieure, & que la naiſſance de l'enfant qui la fait révoquer, arrive après l'enrégiſtrement de notre ordonnance, la révocation de la donation par ſurvenance d'enfans ſe faiſant par un effet de la condition tacite & inhérente à la donation, & la condition ayant un effet rétroactif au jour de l'acte auquel elle eſt appliquée ou ſous-entendue, comme je l'ai remarqué ailleurs, il ſemble qu'on ne doive conſidérer que la Juriſprudence qui avoit lieu lorſque la donation a été faite, & qu'il ne faut point y appliquer la diſpoſition de la nouvelle ordonnance.

BIU Cujas

D'autre côté, la naiſſance des enfans, qui révoque la donation, étant un fait abſolument diſtinct de la donation, il ſuffit qu'elle arrive depuis l'enrégiſtrement de l'ordonnance, afin que ce ſoit par elle qu'on doive ſe régler, & non par la Juriſprudence & l'uſage obſervé lors de la donation, parce que l'ordonnance doit être exécutée du jour de la publication. La premiere opinion me paroît la plus conforme au texte; car quoiqu'il ne parle que de l'exécution, ſon eſprit eſt néanmoins de comprendre auſſi la réſolution des donations dans la même regle; ainſi on doit ſe régler par la Juriſprudence en uſage lors de la donation, & non par la diſpoſition de notre ordonnance. ¶

Si donnons en Mandement à nos amés & féaux les Gens tenans, &c. que ces Préſentes ils gardent, obſervent, entretiennent, faſſent garder, obſerver & entretenir, & pour les rendre notoires à nos Sujets, les faſſent lire, publier & regiſtrer; CAR tel eſt notre plaiſir. Et afin que ce ſoit choſe ferme & ſtable à toujours, Nous avons fait mettre notre Scel à ceſdites Préſentes. DONNÉ à Verſailles, au mois de Février, l'an de grace mil ſept cens trente-un, & de notre regne le ſeizieme. *Signé*, LOUIS: *Et plus bas;* Par le Roi, PHELYPEAUX: *Viſa*, CHAUVELIN. Et ſcellé du grand Sceau de cire verte.

Regiſtré, oui & requérant le Procureur-Général du Roi, pour être exécutée, ſelon ſa forme & teneur; & copies collationnées envoyées aux Bailliages & Sénéchauſſées du Reſſort, pour y être lue, publiée & regiſtrée. Enjoint aux ſubſtituts du Procureur-Général du Roi, d'y tenir la main, & d'en certifier la Cour dans un mois, ſuivant l'Arrêt de ce jour. A Paris, en Parlement, le 9 Mars 1731. Signé, DUFRANC.

Fin de la premiere Partie.

BIU Cujas

TABLE

Des Articles de l'Ordonnance du mois de Février 1731.

ARTICLE I. *Les Donations doivent être faites par Acte public, & il en doit rester minute, à peine de nullité,* Page 4.

ART. II. *Formalités des Actes de Donations entre-vifs,* page 19.

ART. III. *De la forme des Donations à cause de mort,* page 23.

ART. IV. *Les Donations entre-vifs qui ne peuvent valoir en cette qualité, ne valent pas comme dispositions à cause de mort,* page 37.

ART. V. *Quelles Donations doivent être acceptées,* page 42.

ART. VI. *L'acceptation doit être expresse, sans pouvoir être suppléée par la présence du donataire, ni par aucun autre équipollent,* page 56.

ART. VII. *Par quelles personnes peuvent être acceptées les Donations faites aux mineurs de vingt-cinq ans, & aux interdits,* page 59.

ART. VIII. *Qui peut accepter les Donations faites aux lieux pieux,* page 68.

ART. IX. *De l'acceptation des Donations faites aux femmes mariées,* page 72.

ART. X. *Exception pour les Donations faites en Contrat de mariage,* page 82.

ART. XI. *La Donation faite au donataire & à ses enfans à naître, ou la Substitution, n'ont besoin que de l'acceptation du premier donataire,* page 87.

ART. XII. *La Donation faite à une ou plusieurs personnes existantes conjointement avec d'autres qui sont à naître, vaudra pour tous en vertu de l'acceptation qui sera faite par les donataires existans ou à leur nom,* page 97.

ART. XIII. *Les Institutions contractuelles, & les dis-*

BIU Cujas

positions à cause de mort, faites en Contrat de mariage, sont bonnes sans acceptation, page 99.
ART. XIV. *Les mineurs ou autres privilégiés ne sont pas restitués envers le défaut d'acceptation,* page 116.
ART. XV. *Défenses de comprendre dans les Donations les biens à venir, à peine de nullité, même pour les biens présens,* page 120.
ART. XVI. *Défenses de charger le donataire des dettes & charges de la succession, au-delà de celle qu'il est obligé de supporter de droit, & de la réservation d'un effet ou d'une somme pour en disposer,* page 143.
ART. XVII. *Exception à l'Article XV pour les Donations faites en Contrat de mariage en faveur des conjoints, ou de leurs descendans,* page 157.
ART. XVIII. *Exception à l'Article XVI pour les Donations en Contrat de mariage,* 168.
ART. XIX. *Les Donations en Contrat de mariage en ligne directe, n'ont pas besoin d'Insinuation,* page 176.
ART. XX. *Quelles Donations sont sujettes à l'Insinuation,* page 183.
ART. XXI. *L'augment, l'agencement, le gain des Nôces, ou de survie, & autres conventions matrimoniales, sont bonnes sans Insinuation,* page 193.
Déclaration du Roi, du 25 Juin 1729, concernant les Insinuations, page 211.
ART. XXII. *Les Donations des meubles, lorsqu'il y a tradition réelle, ni celles qui n'excedent pas la somme de mille livres, n'ont pas besoin d'être insinuées,* page 213.
ART. XXIII. *Dans quels lieux l'Insinuation doit être faite, & dans quel délai,* page 220.
Lettre de M. le Chancelier à M. le Procureur-Général au Parlement de Toulouse, du 10 Septembre 1739, sur les Insinuations, page 228.
ART. XXIV. *De la forme en laquelle l'Insinuation des Donations doit être faite,* page 239.
ART. XXV. *Obligations des dépositaires des Registre des Insinuations,* page 242
Déclaration du Roi du 17 Février 1731, concernant les Insinuations, page 244.
ART. XXVI. *L'Insinuation faite dans les délais, a un*

BIU Cujas

effet rétroactif au jour de la Donation ; que si elle est faite après les délais, la Donation n'a d'effet que du jour de l'Insinuation, page 249.
ART. XXVII. *Quelles personnes peuvent opposer le défaut d'Insinuation,* page 253.
ART. XXVIII. *Le défaut d'Insinuation peut être opposé à la femme mariée,* page 258.
ART. XXIX. *Le recours contre le mari ne peut être exercé quand la Donation est faite à la femme pour bien paraphernal, à moins que le mari n'en eût eu l'administration,* page 265.
ART. XXX. *Le mari ni ses héritiers, ou ayant-cause, ne peuvent point opposer à la femme le défaut d'Insinuation, à moins que la Donation ne soit faite pour bien paraphernal dont elle a joui,* page 267.
Arrêt du Parlement de Toulouse du 23 Août 1734, rendu en conséquence des Articles XX, XXI, XXVII, XXVIII, XXIX & XXX de l'Ordonnance du mois de Février 1731, concernant les Donations, avec les motifs sur lesquels cet Arrêt a été rendu, page 271.
ART. XXXI. *Les Tuteurs, Curateurs & autres Administrateurs, ne peuvent pas opposer le défaut d'Insinuation aux Mineurs & autres, dont ils administrent les biens,* page 276.
ART. XXXII. *Les Mineurs ni les autres personnes, ou lieux privilégiés ne sont pas restitués envers le défaut d'Insinuation, sauf leur recours contre les Tuteurs ou autres Administrateurs,* page 279.
ART. XXXIII. *Exception en faveur du Parlement de Flandres à l'égard des Articles précédens touchant l'Insinuation,* page 282.
ART. XXXIV. *De quelle maniere les légitimes des enfans peuvent être reprises sur les Donations entre-vifs,* page 283.
ART. XXXV. *Les dots sont sujettes au retranchement pour les légitimes des enfans du Constituant dans le même ordre que les Donations, sans attendre la mort du mari, & quoique la fille ait renoncé à la succession, ou que par la Coutume elle en soit exclue, moyennant la dot,* page 290.

BIU Cujas

ART. XXXVI. *De quelle maniere le donataire des biens préſens & à venir peut être chargé des légitimes*, page 296.
ART. XXXVII. *De quelle maniere les légitimes doivent être payées, lorſque le donataire s'en tient aux biens extans lors de la Donation, & qu'il renonce aux biens à venir*, page 302.
ART. XXXVIII. *De quel jour la preſcription peut courir en faveur des donataires contre les légitimaires*, page 306.
ART. XXXIX. *De la révocation des Donations par la ſurvenance d'enfans*, page 310.
ART. XL. *Extenſion de l'Article précédent*, page 324.
ART. XLI. *Si la révocation de la Donation a lieu, quoique le donataire ſoit demeuré en poſſeſſion des biens, & depuis quel tems les fruits doivent-ils être reſtitués*, page 328.
ART. XLII. *Les biens compris dans la Donation révoquée rentrent dans le patrimoine du donateur, libres des hypotheques, même de la dot & autres conventions matrimoniales de la femme du donataire*, page 333.
ART. XLIII. *La Donation révoquée ne peut revivre ni être confirmée par aucun Acte*, page 340.
ART. XLIV. *Toute renonciation à la révocation de la Donation par ſurvenance d'enfans, eſt nulle*, page 343.
ART. XLV. *Quelle preſcription peut être oppoſée pour exclure le retour des biens donnés, lorſque la Donation eſt révoquée par ſurvenance des enfans*, page 348.
ART. XLVI. *Les dons mutuels & autres Donations faites entre mariés, autrement que par les Contrats de mariage, & les Donations faites par les peres à leurs enfans de famille, ſont exceptées des diſpoſitions de cette Ordonnance*, page 357.
ART. XLVII. *La préſente Ordonnance ne doit avoir lieu que pour l'avenir, & du jour de l'enrégiſtrement*, page 365.

Fin de la Table des Articles de l'Ordonnance de Février 1731.

BIU Cujas

TABLE

Des Matieres des Observations sur l'Ordonnance du mois de Février 1731.

A

Abrogation : si elle doit être spéciale, page 368.

Acceptation : si la Donation à cause de mort, a besoin d'être acceptée, page 25.

Toute sorte de Donations entre-vifs, même en faveur de la cause pie, doivent être acceptées, à peine de nullité, page 42, au Texte 42, 43 & 44.

L'acceptation doit être faite par le donataire ou par son Procureur spécial & général, page 42, au Texte.

Le donateur n'est lié que du jour de l'acceptation, *ibid.*

Le Notaire ne peut accepter pour le donataire absent, *ibid.*

L'acceptation faite par un tiers sans pouvoir, ne vaut que du jour de la ratification expresse, *ibid.*

Raisons pourquoi l'acceptation a été introduite, page 42, 43 & 44.

Si l'acceptation tacite suffisoit, suivant le Droit Romain, page 44.

Quelles sont les Donations qui valent sans acceptation, *ibid.*

Les Donations faites aux Lieux pieux, & aux Communautés, ont besoin d'acceptation, *ibid.* & page 45.

Pour accepter une Donation au nom d'autrui, faut-il que le Procureur soit constitué par Acte public, ou suffit-il d'un Mandat d'écriture privée ? page 46.

La restitution en entier n'a pas lieu envers le défaut d'acceptation, page 44 & 45.

L'acceptation peut être faite avant que le donateur ait révoqué la Donation, & avant sa mort, page 47.

Faut-il que la Procuration consentie pour accepter une Donation, soit annexée à l'Acte passé en conséquence ? page 47 & 48.

L'acceptation *ex post facto* doit-elle être faite en présence du donateur ? 47 & 49.

La ratification de l'acceptation peut-elle être faite par un Procureur-général ou spécial ? page 49.

Le défaut d'acceptation annulle-t-il une Donation faite à un tiers absent ? page 52 & 53.

Quid, si la charge est imposée dans un Contrat de constitution de rente ? 53.

Quid, si elle est faite dans un Acte revêtu des formalités des Codicilles ? *ibid.*

L'acceptation doit être expresse, & ne peut être suppléée par aucun équipollent, page 56, au Texte.

Suivant le Droit Romain, la Donation pouvoit être acceptée par des équipollens, *ibid.* & page 57. *Quid*, par l'ancien Droit François ? *ibid.*

Toutes Donations entre-vifs, même les Donations réciproques, doivent être expressément acceptées, *ibid.*

La signature, ni la présence du donataire, ni la possession des biens donnés, ne vaut pas acceptation, page 56, au Texte.

Quelles personnes sont dispensées de la nécessité de l'ac-

BIU Cujas

ceptation, page 57 & 58.
Si le Titre Sacerdotal vaut sans acceptation, page 58.
Si l'acceptation est nécessaire aux démissions des biens, page 59.
Quelles personnes peuvent *accepter* les Donations pour les mineurs ou interdits, page 59, au Texte.
Si l'avis des parens est nécessaire pour la validité de l'acceptation, *ibid.*
Si les Donations faites aux enfans nouvellement nés, valent sans acceptation, page 59 & 60.
Si les furieux ou imbécilles peuvent accepter des Donations, page 61. *Quid*, des pupilles ou des mineurs, page 61.
Qui doit nommer le curateur au mineur, pour pouvoir accepter les Donations? page 63.
Si les ascendans peuvent accepter pour leurs descendans, page 59, au Texte, & page 64.
Si le pere peut accepter la Donation pour son fils majeur, page 65 & 66.
Si les descendans peuvent accepter pour leurs ascendans, page 67.
Qui peut accepter la Donation faite au pupille ou mineur par son tuteur ou curateur? p. 68.
Qui peut accepter les Donations faites aux lieux pieux? page 68, au Texte.
Qui peut accepter les Donations faites aux Monasteres, & aux Communautés Séculieres ou Ecclésiastiques? page 69.
Si pour accepter une Donation il faut plusieurs administrateurs, *ibid.* S'ils ont besoin de Délibération, *ibid.*
Si le Curé & les Marguilliers conjointement, doivent accepter les Donations faites pour Fondations, page 70, 71. Si les Marguilliers peuvent accepter par le Curé, *ibid.* Par qui doit être acceptée la Donation faite pour la Rédemption des Captifs? page 71.
Si les femmes mariées peuvent *accepter* les Donations à elle faites, sans être autorisées, page 72, au Texte. *Quid*, si la Donation est faite pour bien paraphernal, *ibid.* & page 81 & 82.
Une Donation faite en faveur de mariage par un Acte antérieur au Contrat de mariage, a-t-elle besoin d'acceptation? page 83.
Donation entre mariés dans leur Contrat de mariage, est bonne en faveur des enfans qui en naîtront, quoique non-acceptée, page 84.
Si la femme peut accepter la Donation dans les Pays où elle n'est pas en la puissance de son mari, sans être autorisée, lorsqu'elle s'est constitué tous les biens, page 76 & 77.
L'acceptation n'est pas nécessaire aux Donations faites en Contrat de mariage en faveur des conjoints ou des enfans à naître, par quelques personnes que les Donations soient faites, page 82, 83, au Texte. Conditions nécessaires, afin que cela ait lieu, page 83, & suivantes.
Si les substitutions contractuelles ont besoin d'acceptation, page 84 & 87, au Texte, & page 92. L'acceptation du donataire fait valoir la Donation pour les enfans à naître, qui sont appellés, *ibid.* page 87, au Texte. L'acceptation des codonataires existans, fait valoir la Donation en faveur des autres codonataires non encore nés, page 97, au Texte. Tous les donataires existans doivent accepter la Donation, autrement la Donation seroit nulle à l'égard des non-acceptans, page 98.
Si les Donations qui valent sans *acceptation* sont irrévocables à l'égard des donataires qui n'ont pas accepté, page 98.
Les institutions contractuelles n'ont pas besoin d'acceptation,

BIU Cujas

page 99, au Texte. Ni les Donations à cause de mort en Contrat de mariage, *ibid.* au Texte.

Acceptation: les Mineurs, l'Eglise, les interdits, les Hôpitaux, Communautés, & autres qui jouissent des privileges des mineurs, ne sont pas restitués contre le défaut d'acceptation, page 116, au Texte. Sauf leur recours contre leurs administrateurs, *ibid.*

Acte : formalité des Actes de Donation. Voyez *Formalités.*

La minute de l'Acte de Donation ne doit être délivrée au donateur. Voyez *Minute.*

Actes doivent être expédiés par les Notaires, sans délivrer l'original, page 15 & 16.

S'il faut regarder comme des Actes privés les Contrats que les Notaires reçoivent hors de leur District ou Ressort, page 13.

Les Actes peuvent être reçus par un Notaire & deux Témoins, ou par deux Notaires, p. 19.

Formalités substantielles des Actes passés devant un Notaire, & des Témoins, page 19, 20. 21, & 22 : & si ces formalités s'observent, *ibid.*

Les Notaires subalternes peuvent-ils recevoir des *Actes* dans la Juridiction où ils sont domiciliés hors de leur District ? page 14.

Actions : si elles suivent la personne du créancier, & si elles se réglent par la Coutume de son domicile, page 233, & suivantes. *Quid*, pour régler la succession de la mere dans la Coutume de Toulouse, page 235.

Administrateur : si plusieurs administrateurs sont solidaires, page 268. De quoi sont tenus les administrateurs ? p. 276 & 277.

Agencement : ce que c'est, page 207. S'il est sujet à l'Insinuation, page 194 & 247.

Aliénation au préjudice de l'institution contractuelle, pag. 105; Si l'instituant peut faire des *aliénations* à titre gratuit, pag. 106.

Si lorsqu'un des héritiers aliéne un des effets *in solidum*, on doit mettre cet effet dans son lot, page 288.

Amour paternel fait présumer que le pere ne préféreroit pas des étrangers à ses enfans, page 326. Du progrès de l'amour paternel, 326. 327. Les enfans qui ne sont pas encore nés, ne sont pas tant aimés de leurs parens que ceux qui sont déja nés, page 327. L'amour paternel croît à mesure que les enfans avancent en âge, *ibid.*

Augment : ce que c'est, page 195. Comment est réglé, *ibid.* & page 196.

Il y a deux sortes d'augment, le Coutumier & le Conventionnel, 195. L'augment est un gain de survie, *ibid.* & la femme doit survivre pour le gagner, & ne passe pas aux enfans, lorsque la mere prédécede, *ibid.* L'augment en usufruit est éteint par la mort de la femme qui l'a gagné, & ne passe pas aux enfans, page 197. Celui qui est en propriété passe aux enfans, quand le mari prédécede, *ibid.*

A qui appartient la propriété de *l'augment*, ou à la femme, ou aux enfans, page 195. Si la femme qui a des enfans peut disposer de l'augment, ou élire un des enfans pour le recueillir, page 196 & 197. Cas où la femme peut disposer de son augment, *ibid.* De quel jour les intérêts de l'augment en propriété ou en usufruit, sont dus, *ibid.*

Si l'augment est une Donation gratuite, page 197. S'il est dispensé d'insinuation, *ibid.* S'il peut être répété sur les biens substitués, 198.

Si la veuve qui n'a point d'enfans peut répéter l'augment stipulé en propriété d'abord après la mort de son mari, page 199.

BIU Cujas

Si la femme non remariée, qui a des enfans, peut exiger le payement de l'augment par elle gagné, & si elle est obligée de bailler des cautions ou des sûretés, page 201 & 205.
Si la femme, qui ayant des enfans, a passé à des secondes Nôces, peut dans ce cas se faire payer de l'augment, pag. 203. Doit-elle faire une simple promesse de rendre l'augment, ou bailler caution, *datis fidejussoribus*, ou les héritiers du mari seront-ils recevables à payer les intérêts? *ibid.*
Si quand l'héritier du mari a payé l'augment à la femme remariée ou non, laquelle a dissipé cet augment, les autres enfans peuvent agir contre lui, pour l'obliger à représenter leur portion d'augment, page 204 & 205.
Si l'augment peut être compensé avec les dissipations des biens de l'hérédité qu'a fait la femme héritiere grevée, page 206.
Si le mari étant tombé dans l'indigence, & *l'augment* ayant été placé entre les mains d'une personne solvable, les enfans peuvent revenir sur les biens de leur pere pour la représentation de l'augment, qui s'est perdu par la faillite du dépositaire, page 206.
L'augment & la Donation *propter nuptias* sont des choses différentes, pag. 197. L'augment n'a pas besoin d'insinuation, pag. 194 & 197. Les Loix du Titre *de donationib. ante nuptias* au Code, ne peuvent servir que d'argument pour décider les questions sur l'augment, pag. 198. Si l'augment est sujet à l'Insinuation Laïque, & si le défaut de cette Insinuation emporte nullité, page 247.
L'augment est considéré comme une dette à laquelle le donataire est sujet, page 166.
Autorisation: de quelle maniere la femme doit être autorisée pour accepter les Donations, page 72, au Texte, & page 73 & 74.
Pourquoi l'autorisation est nécessaire, *ibid.* Si la ratification du mari équipolle à l'autorisation, *ibid.* Si la présence ou le consentement du mari, vaut autorisation, pag. 77. Si le mari mineur peut autoriser sa femme, *ibid.* Si le mari qui a fait cession des biens, peut autoriser sa femme, page 79.
Quand est-ce que l'autorisation doit être faite en Justice, p. 79.

B

Bâtards ne peuvent recevoir par Donation de leurs peres ou meres, que les alimens ou quelque chose qui leur tienne lieu d'alimens, page 5.
Si les pere ou mere naturels peuvent accepter les Donations pour leurs enfans bâtards, page 67.
Biens: quels sont les biens adventifs des femmes, pag. 81. Des biens paraphernaux. Voyez *Paraphernaux*.
Biens: si les biens à venir peuvent être donnés entre-vifs, page 120 & 121.
Les destinations des biens que l'on fait dans les Coutumes, n'ont pas lieu dans les Pays du Droit Ecrit, page 135 & 136.
Les biens des peres & meres sont déférés aux enfans par un vœu commun de la nature, & des parens, pag. 294.

C

Capacité: quelles personnes sont capables de recevoir des Donations: vide *Donataire*, *Donation*.
Caution: si le cautionnement est révoqué par la survenance des enfans, pag. 338. *Quid*, s'il est fait *donandi animo*, pag. 339. Cautionnement, pourquoi a été introduit, pag. 338. C'est

BIU Cujas

un Contrat onéreux & réciproque, *ibid.*
La *Caution* eſt obligée envers les créanciers, & le débiteur eſt obligé envers la Caution, page 338. C'eſt ce qui diſtingue le cautionnement de la Donation, pag. 339.
Le pere qui ſe rend Caution de la dot de ſa fille, n'a pas droit de retour, quoiqu'il l'ait payée comme Caution, pag. 339.
Si celui qui cautionne en Contrat de mariage, en faiſant une Donation, la Donation étant révoquée par la ſurvenance d'enfans, eſt libéré du cautionnement, pag. 333, au Texte, & pag. 342. S'il en eſt de même de celui qui cautionne pour l'exécution d'un Contrat de mariage, ſans y avoir fait une Donation, *ibid.*
Ceſſion des biens : ſi elle rend incapable de contracter, & de conſentir, pag. 79. Le mari qui a fait ceſſion des biens, ne laiſſe pas d'avoir intérêt à la conſervation de la dot de la femme, *ibid.* Si le mari qui a fait ceſſion des biens, peut autoriſer ſa femme, pag. 79.
Charges : ſi le donataire des biens préſens & à venir, peut être chargé de payer les charges de la ſucceſſion, pag. 143, au Texte. Quelles ſont les charges de la ſucceſſion, page 144 & 145.
Quelles ſont les charges de la Donation des biens préſens, pag. 162, & ſuivantes.
Si le mot *Charges* comprend les légitimes, page 299.
Codicille : du Codicille du fils de famille ; v. *Fils de famille.*
Communautés non-approuvées, ſont incapables de recevoir des Donations, pag. 5.
Communautés Eccléſiaſtiques ou Laïques, Séculieres ou Régulieres, ne ſont pas reſtituées envers le défaut d'acceptation, pag. 117.
Condition : quelle eſt la nature & l'effet de la condition ſous-entendue dans la Loi *Si unquàm*, pag. 328. Effet de la condition ſuſpenſive & de la réſolutive, pag. 329 & 330.
La condition, ſoit qu'elle ſoit caſuelle ou poteſtative, a un effet rétroactif, pag. 336.
Condition : ſi la Donation des biens préſens eſt nulle, lorſqu'il y a une condition qui dépend de la ſeule volonté du donateur, pag. 143, au Texte.
La Donation peut être faite ſous toute ſorte de *conditions*, pourvu qu'elles ne dépendent pas de la ſeule volonté du donateur, pag. 147, & ſuivantes. Il y a trois ſortes de conditions, qu'on peut oppoſer aux Donations, *ibid.* & page 152.
La Donation faite à condition par le donataire, de payer les dettes que le donateur auroit à ſon décès, eſt-elle bonne ? pag. 148.
La Donation des biens préſens eſt-elle annullée quand on impoſe au donataire la condition de payer une quote des dettes & charges de la ſucceſſion, pag. 151.
L'expreſſion d'une condition ne doit pas annuller l'Acte, pag. 153.
La condition qui arrive, a un effet rétroactif, pag. 166.
Les Donations en Contrat de mariage peuvent être chargées de toute ſorte de conditions, pag. 168, au Texte. Quand même elles dépendroient de la ſeule volonté du donateur, *ibid.* & pag. 173.
Si la condition réſolutive réſoud l'Acte *prout ex tunc*, ou bien *prout ex nunc*, pag. 329. Si elle réſoud les aliénations & les hypotheques, pag. 330.
Conflits de Juriſprudence ; d'où viennent ? 2.
Contradiction ou correction, ne ſe préſument point, pag. 29 & 30.
Contrat : les Contrats entre mariés ſont permis, pourvu qu'ils ſoient paſſés ſans fraude, p.

BIU Cujas

39. Enumération de ces Contrats permis, *ibid.*

Contre-augment : ce que c'eſt, pag. 207. S'il eſt ſujet à l'Inſinuation Laïque, ſi le défaut de cette Inſinuation emporte nullité, & à quelle peine eſt-on ſujet, pag. 247 & 248. S'il eſt ſujet à la ſimple Inſinuation, page 193, au Texte.

Copulative : quel eſt ſon effet, page 88.

Correction ne ſe préſume pas, & le Droit ancien demeure en ſa force, s'il n'y a dérogation expreſſe, page 136 & 137.

Coutume : il y a des Coutumes qui accordent une plus grande liberté de diſpoſer entre-vifs, qu'à cauſe de mort, page 37.

Les Coutumes adjugent aux héritiers du ſang une partie des propres, *ibid.*

Si les Loix dérogent aux Coutumes, lorſque la dérogation n'eſt pas littérale, ou l'abrogation ſpéciale, page 368, & ſuivantes.

Curateur peut accepter les Donations pour les mineurs ou interdits, pag. 59, au Texte. Et pour les fols, imbécilles, & autres perſonnes qui ne peuvent pas adminiſtrer leurs biens, pag. 60.

Curateur : quand eſt décerné aux prodigues, aux imbécilles, & aux mineurs, page 60 & 61.

Aux Pays de Droit Ecrit, on ne donne point de curateur aux mineurs, malgré eux, ſinon pour Procès, pag. 61.

Du *Curateur* donné au mineur par ſon pere ou ſa mere, pag. 65. S'il a beſoin d'être confirmé par le Juge, 64. Le curateur du furieux eſt au niveau du Maître, *ibid.*

Le *Curateur ad lites* ne peut pas accepter la Donation faite au mineur, pag. 65. Le Curateur donné au ventre, peut accepter la Donation, *ibid.* & pag. 68. On peut donner de Curateur au ventre, mais non à celui qui n'exiſte pas, pag. 83.

D

Deſtination eſt une conjecture univoque de la Donation tacite, page 18. Exemple de la deſtination, *ibid.*

Dettes : la dot & l'augment ſont conſidérés comme dette, & le donataire y contribue, pag. 166.

De quelle action eſt tenu le donataire pour les dettes, pag. 164.

Le donataire n'eſt pas tenu des dettes, *ultra vires*, même ſans Inventaire, pag. 164.

Dettes : ſi l'héritier contractuel doit payer les dettes contractées par l'inſtituant depuis l'inſtitution, pag. 106, & ſuivantes.

Si le donataire des biens préſens & à venir doit payer les dettes poſtérieures à la Donation, page 107 & 108.

Si la Donation univerſelle, ou l'inſtitution contractuelle, peuvent être diviſées pour éviter les dettes poſtérieures, pag. 109 & 110.

Dettes mobiliaires & immobiliaires, comment doivent être payées, pag. 127.

Les dettes ſe payent par portions héréditaires, ſelon le Droit Romain, *ibid.*

De quelles dettes le donataire des biens préſens peut-il être chargé, pag. 143, au Texte.

Comment le donataire des biens préſens contribue-t-il aux dettes ? pag. 144.

Différence entre les dettes & les charges de la ſucceſſion, pag. 144.

Qu'eſt-ce qui doit être mis au rang des dettes, page 166.

Les Donations en faveur de mariage peuvent être chargées de toute ſorte de dettes, pag. 168, au Texte.

Diligence : à quelle diligence eſt tenu le Mandataire, 166.

Le *negotiorum geſtor*, eſt tenu d'une diligence très-exacte, page 166.

Don mobil : ce que c'eſt, 195.

BIU Cujas

S'il eſt ſujet à l'Inſinuation, pag. 194 & 195.
Don mutuel : en quoi eſt différent de la Donation mutuelle, pag. 358.
Les *dons* mutuels faits entre mari & femme, ſont exceptés des diſpoſitions de l'Ordonnance de 1731, pag. 357, au Texte.
Don mutuel : ce que c'eſt, pag. 358 & 359. Auteurs à voir ſur le don mutuel, *ibid.*
Donataire des biens préſens & à venir, a deux tems pour opter, & quelquefois trois, page 162. Il eſt regardé comme héritier, page 164.
Le donataire doit être capable de recueillir la Donation, pag. 5.
Si le donataire peut renoncer à la Donation, pag. 296, au Texte.
Quelles perſonnes ſont incapables de recevoir des Donations entre-vifs, pag. 5.
Les tuteurs, & autres adminiſtrateurs, ne peuvent recevoir des Donations de leurs mineurs, *ibid.* Les mariés ne peuvent ſe donner irrévocablement pendant le mariage, *ibid.* On ne peut donner aux concubines, *ibid.*
Si on peut donner aux enfans à naître, page 84.
Si le donataire eſt ſaiſi de plein droit, quand l'uſufruit réſervé prend fin, pag. 133 & 134.
De quelles dettes & charges le donataire peut-il être chargé, page 143.
A quelles dettes doit-il contribuer ? voyez *Dettes*.
Le donataire univerſel, qui prend la Donation du jour de la mort, doit payer toutes les dettes & charges, pag. 157.
Donateur doit être capable de donner, afin que la Donation vaille, page 4.
Quelles perſonnes ſont incapables de donner entre-vifs, *ibid.* Ceux qui ne peuvent pas donner un conſentement valable, ne peuvent pas donner, *ibid.* Donateur ne peut diſpoſer que des biens qui lui appartiennent, pag. 4 & 5.
Donateur peut être obligé de faire la délivrance de la choſe, dès que la Donation eſt parfaite, pag. 133, 134 & 135.
Donation doit être paſſée devant Notaire, page 4, au Texte. Il doit en reſter minute, *ibid.* Comment cela doit-il s'entendre, page 14 & 15.
Si les Donations entre-vifs peuvent être paſſées devant les Chanceliers de la Nation Françoiſe, devant les Secrétaires d'Etat ou les Secrétaires du Roi, ou devant les Juges, & autres perſonnes publiques, pag. 11. *Quid*, devant les Eccléſiaſtiques, Miſſionnaires qui ſont Notaires Apoſtoliques dans les Pays de la Chine, Cochinchine, Tonquin, Siam, *ibid.*
Si une Donation d'écriture privée, nulle dans ſon principe, peut être validée par reconnoiſſance qui en ſeroit faite en Jugement, ou par une ratification, pag. 12.
Si une Donation reçue par un Notaire Royal, hors de ſon Reſſort, eſt valable ou nulle, pag. 13.
Quelles choſes doit-on conſidérer pour la validité des Donations entre-vifs, pag. 4.
Donation doit être ferme & irrévocable de la part du donateur, pag. 4. Si elle eſt faite *à non Domino*, elle attribue le droit de preſcrire, pag. 5. Quels biens peuvent faire la matiere de la Donation entre-vifs, pag. 5 & p. 120 & 121. *Quid*, s'il s'agit d'un droit acquis au donateur, ou d'une action qui lui compete, ou qui pourra lui compéter dans quelque événement de quelque condition, pag. 126.
Si les *Donations* en faveur de mariage, doivent être faites par Acte public, p. 17. *Quid*, de celles que le pere fait à ſes enfans

BIU Cujas

enfans qu'il a en sa puissance, *ibid.* Ni les Donations tacites valent sans Acte public, *ibid.* Les Donations tacites sont moins l'effet de l'homme, que l'effet de la Loi, pag. 18. Dans quel cas peut-il y avoir Donation tacite, *ibid.* La destination est une conjecture de la Donation, *ibid.*

Les *Donations* entre-vifs ne pouvant valoir comme telles, ne peuvent pas valoir comme Donations à cause de mort, pag. 37, au Texte. Comment cela doit être entendu, *ibid.* aux Notes 38 & 39.

Donation faite par une personne malade de la maladie dont elle meurt, est-elle réputée Donation à cause de mort ? pag. 40. *Quid*, dans les Pays Coutumiers, *ibid. Quid*, en Pays de Droit écrit, *ibid. Quid*, si la Donation porte que ne pouvant valoir comme Donation entre-vifs, elle vaudra comme Donation à cause de mort, p. 40 & 41.

Les *Donations* entre mariés, & des peres en faveur de leurs enfans qu'ils ont en leur puissance, sont-elles exceptées ? pag. 39.

Donation : acceptation : voyez *Acceptation.*

Donation : de la mancipation, stipulation, ou tradition dans les Donations entre-vifs, page 43, 134, 135 & 136.

Si les *Donations* entre-vifs sont des vrais Contrats, pag. 43 & 44. Si elles sont des Contrats synallagmatiques, *ibid.* & pag. 172. Si la Donation cesse d'être irrévocable quand le donataire n'est pas lié envers le donateur pag. 44. La Donation peut être révoquée avant l'acceptation, pag. 44 & 45.

Si la *Donation* faite dans un Contrat de vente en faveur d'un tiers absent, vaut sans acceptation de la part du donataire, pag. 52 & 53.

Quelles Communautés sont capables de recevoir des Donations, pag. 69 & 70.

Donation en faveur de mariage, est nulle, si le mariage n'est pas accompli, pag. 83.

Si la *Donation* faite par Acte antérieur au Contrat de mariage, a besoin d'acceptation quand le mariage a été consommé, pag. 83. Si elle doit être faite par Acte public, *ibid.* S'il en doit rester minute, *ibid.*

Les *Donations* faites en Contrat de mariage en faveur des enfans à naître, sont irrévocables, p. 84. Si une substitution contractuelle peut être faite dans une Donation en faveur des enfans non encore nés, *ibid.* Faveur des Donations en Contrat de mariage, pag. 86.

Si la *Donation* faite au donataire & à ses enfans, comprend les enfans conjointement, ou bien *ordine successivo*, page 88, 89 & 90. Cas où les enfans ne sont appellés que par la vulgaire, *ibid.* Si les enfans d'un second mariage sont sous-entendus, dans le cas où il n'y en a point du premier, pag. 89, & 90. Si des personnes nées, & d'autres à naître, qui sont appellées à une Donation, le sont conjointement, ou bien *ordine successivo*, pag. 98. Si le donataire des biens présens & à venir peut diviser la Donation, pour se décharger des dettes postérieures, pag. 108, 109 & 110.

Donation en faveur de mariage, est censée entre-vifs, s'il ne paroît pas qu'elle a été faite à cause de mort, pag. 111.

La *Donation* entre-vifs ne peut comprendre les biens à venir, à peine de nullité, pag. 120 & 121, au Texte. Que doit-on faire, afin que la Donation des meubles & effets mobiliers soit bonne, pag. 120. Selon le Droit Romain, les Donations universelles des biens présens & à venir, étoient permises, pag. 121. Raisons pourquoi les Donations universelles sont

BIU Cujas

prohibées, pag. 123 & 124. La Donation de tous les biens présens & à venir, est regardée comme un Acte de folie, pag. 124. Dans la Donation, on doit distinguer la disposition d'avec l'execution, pag. 133. Si la Donation d'une somme en deniers est irrévocable, quoiqu'il y ait terme pour le payement, même après la mort du donateur, pag. 134 & 135.

Donation : la désignation de la somme donnée opere le même effet que l'état à l'égard des meubles, pag. 135 & 136.

Donation : est nulle, si le donataire des biens présens est chargé de payer les dettes & charges de la succession en tout ou en partie, ou les légitimes des enfans du donateur, pag. 143, 146. Comme aussi si elle est faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur, *ibid.*

Donation : de tous les biens présens & à venir, peut être faite en Contrat de mariage, en faveur des Conjoints ou de leurs descendans, pag. 157. Le donataire peut-il abandonner les biens à venir pour s'en tenir aux biens présens, en payant les dettes & charges existantes lors de la Donation ? *ibid.* Quelles conditions sont nécessaires, afin que la Donation des biens présens & à venir soit bonne, pag. 158. Le futur époux peut-il donner à la future épouse dans le Contrat de mariage tous les biens présens & à venir ? *& vice versâ*, pag. 159. S'il y a des meubles & des effets mobiliers compris dans la Donation, sera-t-elle bonne, quoiqu'il n'en ait pas été dressé un état ? pag. 160, 161.

Donation : en contemplation du mariage, & par Acte séparé, a la même faveur que celle qui est faite dans le Contrat de mariage, pag. 158, 159.

es *Donations* en faveur de mariage peuvent être chargées de toute sorte de conditions de dettes, & de légitimes, indéfiniment, pag. 168 & 169, au Texte ; si mieux le donataire n'aime renoncer à la Donation, page 169.

Donations en faveur de mariage sont dispensées de la rigueur des regles, pag. 175, 176.

De l'insinuation des Donations. Voyez *Insinuation.*

Quand est-ce que la *Donation* est véritablement réputée rémunératoire, pag. 189, 190. Si l'irrévocabilité de l'institution contractuelle, est un motif suffisant pour assujettir la Donation à la formalité de l'insinuation, pag. 188. *Donari videtur quod nullo jure cogente conceditur*, pag. 190.

Donation mutuelle, quel est son effet, pag. 190. Si elle est assujettie à l'insinuation, pag. 190 & 191.

Si la *Donation* peut être révoquée avant l'insinuation, pag. 256. *Quid*, si la Donation étoit attaquée comme compliquée de fraude, *ibid.*

Du rétranchement des *Donations* pour les légitimes des enfans. Voyez *Légitime.*

Lorsque le donataire de tous les biens présens & à venir renonce aux biens à venir, la Donation n'est considérée que comme si elle avoit été faite des biens présens seulement, pag. 303.

De la révocation des Donations par la survenance des enfans. Voyez *Révocation.*

Donation mutuelle : ce que c'est, si elle est un Contrat onéreux, pag. 314. Si elle est révoquée par la survenance d'enfans, quand elle est entiérement égale de part & d'autre, *ibid. Quid*, quand les services sont de nature à ne pas recevoir d'estimation, pag. 314. Si la Donation rémunératoire est sujette à la révocation par survenance d'enfans, pag. 310. au Texte, & 315. Si les Donations faites par l'un des conjoints à l'autre

BIU Cujas

en Contrat de mariage, ſont révoquées par la ſurvenance des enfans, pag. 315. *Quid*, ſi la Donation avoit été faite au futur époux par la future épouſe en Contrat de mariage, avec clauſe que les enfans du premier lit en profiteroient, pag. 316 & ſuivantes.

Si les *Donations* en faveur de mariage ſont cenſées faites pour cauſe, pag. 315 & ſuivantes. Deux cas où ces Donations ne ſont pas révoquées par la ſurvenance des enfans, *ibid.*

La condition, *ſi liberos non ſuſceperit*, eſt ſous-entendue dans la Donation faite par celui qui n'avoit point d'enfans, pag. 326 327, 328.

Tandis qu'on demeure aux termes d'une Donation, le donataire ne contracte aucune obligation envers le donateur, p. 338. Le cautionnement n'eſt pas une Donation, *ibid.*

Différence entre la Donation révoquée par la ſurvenance d'enfans, & celle qui eſt rétranchée pour les légitimes, pag. 351, 352.

Le Donateur ou ſes héritiers peuvent vendiquer les biens donnés, quand la Donation eſt révoquée par ſurvenance d'enfans, *ibid.*

Donation mutuelle; ce que c'eſt; en quoi differe-t-elle du don mutuel, pag. 358.

Les *Donations* faites entre mariés, *conſtante matrimonio*, autrement que par le Contrat de mariage, ſont exceptées des diſpoſitions contenues dans l'Ordonnance de 1731, pag. 357, au Texte.

Les *Donations* faites par les peres de famille à leurs enfans, qu'ils ont en leur puiſſance, en ſont auſſi exceptées, page 357, au Texte.

Les *Donations* entre mariés & celles du pere au fils de famille, peuvent être faites ſans écrit ou d'écriture privée, pag. 357. Elles peuvent être de tous les biens préſens & à venir, *ibid.* On peut les charger des dettes & charges de la ſucceſſion, *ibid.* Et impoſer toutes les conditions que le donateur trouvera à propos, quoiqu'elles dépendent de la ſeule volonté du Donateur, *ibid.* Elles n'ont pas beſoin d'une acceptation expreſſe & littérale, *ibid.* Elles n'ont pas beſoin qu'on dreſſe un état des meubles non-délivrés, *ibid.* On peut y comprendre la réſerve faite par le donateur, faute de diſpoſition, *ibid.* Elles ne ſont pas ſujettes à la forme de l'inſinuation, pour valoir contre les héritiers du donateur, *ibid.* Ces Donations ne peuvent valoir en effet que comme des Donations à cauſe de mort, *ibid.*

Pourquoi les *Donations* entre mariés ſont défendues, pag. 359. Dans quels cas les mariés pouvoient-ils ſe faire des Donations valables, *ibid.* & pag. 360.

La *Donation* entre mariés eſt révoquée *ſolâ pœnitentiâ*, pag. 360. L'Ordonnance n'a rien changé aux Donations entre mariés, *ibid.* Si la tradition eſt néceſſaire, afin que ces Donations entre mariés vaillent comme Donations à cauſe de mort, pag. 360 & ſuivantes. Si l'inſinuation eſt néceſſaire, afin que les Donations entre mariés vaillent comme Donations à cauſe de mort, 361 & ſuiv. Si les Donations mutuelles entre mariés ſont irrévocables, p. 362.

Donation: le pere ne peut pas donner irrévocablement à ſon fils qu'il a en ſa puiſſance, p. 363, 364. Si les Donations entre mariés & celle du pere à ſes enfans de famille, ont un effet rétroactif quand elles ſont confirmées par la mort, p. 364. Les Donations entre mariés, vont de niveau avec les Donations faites par les peres à leurs enfans de famille, pag. 364. Des cas auxquels le pere peut donner irrévocablement à ſon fils de famille, *ibid.*

BIU Cujas

Donation à cause de mort, doit avoir la même forme que les Testamens ou les Codiciles, à peine de nullité, pag. 23. au Texte & aux notes.

Les *Donations* à cause de mort ne sont pas retranchées par l'Ordonnance de 1731, pag. 24. Les Donations à cause de mort, tacites, contenues dans les Testamens, avec clause Codicillaire, valent, pag. 24 aux notes; même par le fils de famille, *ibid.* Les Donations à cause de mort ne sont pas introduites dans les Pays où elles n'avoient pas lieu avant l'Ordonnance de 1731, pag. 24. Dans le Pays coutumier, la Donation faite par une personne malade, & qui décede de la même maladie, est réputée à cause de mort, pag. 25. Donation à cause de mort, quelle formalité requiert en Contrat de mariage, pag. 24. Les Donations à cause de mort sont comparées aux legs, pag. 25. & suivantes, n'ont pas besoin d'acceptation, *ibid.* Si les Coutumes ont réglé la forme des Donations à cause de mort, pag. 31 & suivantes. Donation à cause de mort peut être faite d'écriture privée, *ibid.* La regle & la forme des Donations à cause de mort, doit être prise dans la forme des Testamens ou des Codicilles, pag. 32. De la stipulation dans les Donations à cause de mort, pag. 43, 44. Donation à cause de mort peut être faite en Contrat de mariage, pag. 99 au Texte, & vaut sans acceptation, *ibid.*

Donner & retenir : ce n'est point donner & retenir quand on retient par convention, p. 127, 128. La regle, *donner & retenir ne vaut*, cesse lorsqu'il y a retention d'usufruit, pag. 132. 133. C'est donner & retenir quand la condition imposée dépend de la seule volonté du donateur, pag. 154.

Les *Donations* en faveur de mariage sont exceptées de la regle de donner & retenir ne vaut, pag. 157. Sur quoi est fondée la maxime, *donner & retenir ne vaut*, pag. 169.

Dot : si elle peut être donnée entre-vifs *constante matrimonio*, pag. 5. Si la femme peut aliéner sa dot, pag. 75. Comment le mari & la femme ont-ils la propriété de la dot, pag. 80. Si la dot est sujette à l'insinuation, par rapport à l'intérêt du mari, pag. 261 & suiv. Si le mari tient son droit pour la dot expressément ou tacitement de sa femme, 262.

La *dot* n'est pas un titre gratuit par rapport au mari, pag. 262 & suivantes. Le mari est regardé comme acquéreur ou créancier pour la dot, *ibid.*

Du retranchement des dots pour les légitimes : voyez *légitimes*.

La *Dot* est une libéralité de la part du constituant, pag. 313. Si elle est sujette à la révocation par la survenance des enfans, *ibid.* Les biens donnés sont exempts de l'hypotheque de la dot & autres conventions matrimoniales, lorsque la Donation est révoquée par la survenance des enfans, pag. 333 au Texte, & 337 & 338.

Droit de retention pris pour convention matrimoniale, ce que c'est, pag. 208, 209, 210. S'il est sujet à l'insinuation, pag. 193, 194, 247, 248.

E

Ecriture : si elle est nécessaire en la Donation entre-vifs par le Droit Romain, pag. 6. Les Donations doivent être faites par écriture publique, pag. 11. Cela a même lieu pour les Donations faites en faveur des enfans & de la cause pie, pag. 10. Comme aussi pour celles qui sont faites en faveur de mariage, pag. 17. Si les conventions matrimoniales d'écriture privée sont valables, *ibid.* Les Donations faites par le pere à ses enfans qu'il a en sa

BIU Cujas

puiſſance, valent, quoique d'écriture privée, *ibid.* Si les Donations tacites ou préſumées, valent ſans écriture publique, & ſi les faits ſur leſquels la Donation préſumée eſt fondée, doivent être fondés par Acte, *ibid.* & pag. 18.

Election au Fideicommis contractuel : quand appartient au premier Donataire, pag. 89 & 90. Lorſque les enfans ſont diſpoſitivement appellés par la condition ſous la qualification des mâles, le pere peut élire, *ibid.* Si l'inſtituant peut élire un de ſes petits-fils *ex filio præmortuo*, pour recueillir l'inſtitution contractuelle, pag. 114. Si l'ayeul peut élire un de ſes petits-fils pour recueillir la Donation contractuelle faite à ſon fils en faveur de mariage, *ibid.* & pag. 115.

Enfans, qui n'exiſtent pas lors de la Donation, ne peuvent pas former de concours, pag. 88 & 89. De la révocation des Donations par la ſurvenance des enfans : voyez *révocation*.

Engagemens pris pour des conventions matrimoniales, ce que c'eſt, pag. 207. S'ils ſont ſujets à l'inſinuation, pag. 194. Si le défaut d'inſinuation laïque emporte nullité, & à quelle peine eſt-on ſujet, p. 247, 248.

Enrégiſtrement des Ordonnances, Edits, Déclarations & Lettres-Patentes, en quelle forme doit être fait ; & s'il eſt permis de faire des remontrances avant d'y procéder, pag. 366 & ſuivantes. Les Ordonnances & Edits ne ſont pas exécutés avant l'Enrégiſtrement, *ibid.*

Etat : des meubles & effets mobiliers donnés, dont il n'y a point de tradition réelle, pag. 121. au Texte, doit être annexé à la minute de la Donation & ſigné des Parties, *ibid.* à peine de nullité de la Donation pour les meubles, pag. 141. Si les Parties ne ſavent pas ſigner, cet état doit être fait dans la Donation ou par Acte public, pag. 137. Cet état doit contenir les meubles corporels & incorporels, *ibid.* à moins que le Donataire n'eût fait ſignifier la Donation aux débiteurs, 138. Si cet état doit être ſigné des Témoins quand il eſt ſigné des parties, *ibid.* Il n'eſt pas néceſſaire d'y comprendre les immeubles réels ou fictifs, *ibid.* Pourquoi l'état des meubles eſt-il requis pour la validité des Donations, pag. 127 & ſuivantes. La Donation des meubles eſt nulle, même par rapport au Donateur, quand il n'en eſt point fait d'état, ou qu'ils ne ſont point détaillés dans la Donation. *ibid.* L'état des meubles équipolle à la tradition réelle, pag. 132 & ſuivantes.

Quand la Donation porte que le Donateur ſe déſaiſit actuellement des meubles, *l'état* n'eſt pas néceſſaire, pag. 127.

Qu'eſt-ce que l'on entend par *total des meubles & effets mobiliers*, pag. 128 & 129.

Qu'entend-on en France par le mot *Meubles*, pag. 130.

Quand il n'a point été fait *d'état* de meubles, faut-il que la délivrance ou la tradition ſoit faite au moment de la Donation, pag. 131.

Quand une Donation eſt faite d'un Domaine, avec les meubles & effets, ſous la rétention d'uſufruit pendant la vie, eſt-il néceſſaire de faire un *état* deſdits meubles & effets mobiliers, pag. 134.

Eſt-il néceſſaire de faire un *état* des dettes actives, lorſque le donateur délivre les Actes juſtificatifs, pag. 138.

Quand il n'a point été fait *d'état* des meubles, le donataire peut-il vendiquer ceux que le donateur a vendu, pag. 139.

Extrait tiré des Regiſtres des Inſinuations, fait foi, quoiqu'il ſoit tiré ſans autorité de Juſtice, & ſans appeller la partie, pag. 242 & 243.

BIU Cujas

F

Femme : si elle est en la puissance de son mari, pag. 73. *Quid*, par le Droit Coutumier, *ibid.* & pag. 74.

Si la *femme* peut contracter, ester en Jugement, ou tester sans l'autorisation de son mari, pag. 73 & 76. *Quid*, si elle est séparée, page 75.

Les *femmes* mariées peuvent accepter les Donations pour leurs descendans mineurs ou interdits, sans être autorisées, quoiqu'elles ne les puissent pas accepter pour elles-mêmes, pag. 76 & 77. Si les Jugemens rendus avec la femme sont réputés contradictoires avec le mari, qui a connu les poursuites, pag. 80. Si le défaut d'Insinuation peut être opposé à la femme mariée, pag. 258.

Fils de famille ne peut tester, même avec la permission de son pere, pag. 24. Peut donner à cause de mort, avec la permission de son pere, *ibid.* Ne peut pas faire de Codicille, *ibid.* Différence entre le Testament & le Codicille faits par le fils de famille, page 24, & suivantes. Le pere & le fils de famille sont regardés comme une même personne, pag. 363. Ne peuvent pas contracter ensemble irrévocablement, *ibid.* Le pere ne peut pas donner irrévocablement à son fils de famille, *ibid.* Telle Donation n'est considérée que comme une destination, p. 364. Sept cas où la Donation faite par le pere à ses enfans de famille vaut irrévocablement, *ibid.* & 365.

Formalités des Donations, pag. 5. La principale est que la Donation soit faite par Acte public, *ibid.* L'insinuation est une formalité essentielle de la Donation, pag. 6. Cette formalité est extrinseque, *ibid.* En prescrivant les formalités des Donations, l'Ordonnance n'entend pas déroger à celles que les Coutumes exigent de plus, pag. 18. Formalités des Donations en Provence, *ibid.*

Les *formalités* des Donations entre-vifs, doivent être les mêmes que celles des autres Contrats & Actes passés devant Notaires, suivant les Loix & les Coutumes, pag. 19, au Texte, 20 & 21. Comment cela doit-il s'entendre, *ibid.* Quelles sont les formalités des Actes ; voyez *Actes*.

Formalités : les dispositions à titre gratuit, doivent être réduites à deux sortes de formalités, pag. 23, au Texte, & aux Notes. Les formalités des Testamens, ou des Codicilles, doivent être la regle des formalités des Donations à cause de mort, pag. 23, au Texte & aux Notes. On peut choisir les formalités des Testamens, ou celles des Codicilles dans les Donations à cause de mort, p. 31. Différence entre les formalités intrinseques & les extrinseques, pag. 48 & 49.

Formalités de l'Acte de notification de la naissance de l'enfant, pour assujettir le donataire à la restitution des fruits, pag. 332.

Frais funéraires ne sont pas une charge de la Donation, pag. 165.

Fruit des paraphernaux perçus par le mari, lui appartiennent quand il les a perçus par le consentement, même tacite de la femme, pag. 266. sont censés employés *in usum promiscuum familiæ*, *ibid.*

Fruits : de quel jour le donataire, dont la Donation est révoquée par la survenance des enfans, doit-il restituer les fruits, pag. 328, au Texte. Diverses opinions des Auteurs sur cette question, pag. 329. Si les fruits sont restituables par le donataire depuis l'Acte de notification de la naissance de l'enfant, quoiqu'il se soit passé plus de trois ans, pag. 331. Qu'est-ce qu'on met au rang des fruits, *ibid*

BIU Cujas

Les fruits naturels, les civils, & ceux qui viennent par l'industrie, *ibid.* Si l'on distingue les fruits extans d'avec ceux qui sont consommés, quant à la restitution, *ibid.* & 332. On ne distingue pas si les fruits sont dus pour une action réelle ou personnelle, de bonne foi, ou de Droit étroit, *ibid.* Quels sont les fruits que le donataire gagne avant la notification de la naissance de l'enfant, *ibid.* Quels sont ceux qu'il doit rendre après la notification, *ibid.* Restitution des fruits à l'estimation d'Experts, *ibid.*

Fruits : la notification de la naissance de l'enfant, opere le même effet pour la restitution des fruits, que l'interpellation judiciaire, & la contestation en cause, pag. 331 & 332. Afin que la notification puisse produire la restitution des fruits, elle doit être faite en bonne forme, *ibid.* Le possesseur gagne les fruits, quoique le Contrat soit résolu *ex causa antiqua*, & pourquoi, page 335 & 336. Le titre & la bonne foi, font gagner les fruits, *ibid.*

G

Gain de nôces & de survie: ce que c'est, pag. 207, 208. Ces gains valent contre les créanciers & les tiers-acquéreurs, sans Insinuation, 208. Comment cela s'entend, *ibid.* S'ils sont sujets à l'Insinuation Laïque, & à quelle peine est-on soumis par ce défaut, pag. 247 & 248.

Garantie : le mari est garant du défaut d'Insinuation des Donations faites à sa femme pour dot, même pour biens paraphernaux, quand il a joui du consentement de sa femme, p. 268 & 269. *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*, *ibid.* Si le mari est garant du défaut d'Insinuation, quand la Donation est faite pour bien paraphernal, & que le mari n'a pas joui des biens donnés, quoiqu'il ait joui des autres biens paraphernaux, p. 268, 269, & suiv.

Du recours de garantie ; voyez *Recours*.

Celui qui est *garant*, ne peut pas impugner l'Acte dont il doit garantir la validité, pag. 278 & 279. Si le donateur doit indemniser le donataire, lorsque l'acquéreur à titre onéreux des biens donnés, exerce sa garantie contre le donataire qui a aliéné la Donation, étant révoquée par la survenance des enfans, page 356.

H

Hypotheque : les biens à venir sont hypothéqués, même par une disposition générale, pag. 121. De quel jour la femme a l'hypotheque sur les biens de son mari, pour son recours, quand il n'a pas fait insinuer la Donation pour dot, pag. 168. De quel jour le fidéicommis a-t-il hypotheque sur les biens du grevé, qui n'a pas fait insinuer la substitution, *ibid.*

Hypotheque du pupille, doit se prendre du jour que la tutelle ou administration a été déférée, pag. 278.

Les legitimaires ont une hypotheque sur les biens donnés pour leur légitime, du jour de la Donation, pag. 284 & 285. Les biens donnés reviennent au donateur, exempts de toutes hypotheques, même de la dot, & des conventions matrimoniales, quand la Donation est révoquée par la survenance des enfans, pag. 333, au Texte, & 337. Si le Contrat étant résolu *ex causa antiqua*, les hypotheques sont aussi résolues, pag. 336 & 337.

I

Immeubles sont de deux sortes, les réels & les fictifs, pag. 230 & 231. Quels sont les immeubles réels, *ibid.* Quels sont les immeubles fictifs, *ibid.* Quels sont les immeubles fictifs corporels, & quels sont les incor-

BIU Cujas

porels, *ibid.* & pag. 232. Il y a des meubles fictifs qui suivent la personne, & d'autres qui ne la suivent pas, pag. 230. Quels sont les immeubles qui ne suivent pas la personne, pag. 232. Les rentes foncieres, les Dîmes inféodées, les Péages, Passages, Pontanages, & toute sorte de droits perpétuels, sont censés immeubles fictifs qui suivent la personne, pag. 234 & 235.

Insinuation des Donations, est une formalité essentielle & extrinseque, pag. 6.

Les Donations en Contrat de mariage, en ligne directe, ne sont sujettes à aucune Insinuation, pag. 176 au Texte, & aux Notes.

Les Donations en Contrat de mariage, en ligne directe, ne sont sujettes à aucune Insinuation, *ibid.* au Texte. Il en étoit autrement par le Droit Romain, & les anciennes Ordonnances, pag. 177 aux Notes, & pag. 178, 179. Pourquoi l'Insinuation a-t-elle été introduite, & quand étoit-elle nécessaire par le Droit Romain, pag. 176, 177. Cas où l'Insinuation n'étoit pas nécessaire par le Droit Romain, *ibid.* Détail des Ordonnances, Edits & Déclarations, touchant l'Insinuation des Donations, *ibid.* & suiv. aux Notes. Ordonnance de 1539, Ordonnance de Moulins, & Déclaration de 1690, pag. 177.

Insinuation : Jurisprudence du Parlement de Toulouse, touchant les Donations non-insinuées, autorisée par la Déclaration de 1690, & abrogée par l'Ordonnance de 1731, pag. 192, 193, 253 & 254. Si les Donations en ligne directe par Contrat de mariage, étoient sujettes à l'Insinuation avant l'Ordonnance de 1731, pag. 177 & 178. Conditions requises, afin que les Donations en Contrat de mariage vaillent sans Insinuation, *ibid.*

Si la Donation en faveur de mariage, mais hors du Contrat, est dispensée de l'Insinuation, pag. 178, 179.

Les Donations, dispensées de la nécessité de l'Insinuation, valent même contre les créanciers & tiers-acquéreurs, pag. 180.

Insinuation : Si les substitutions faites en ligne directe par Contrat de mariage, valent sans Insinuation, pag. 181, 182.

Si *l'Insinuation* de la Donation faite en la forme de l'Ordonnance de 1731, suffit pour la validité de la substitution contre les créanciers & tiers-acquéreurs, pag. 182, 183. L'insinuation des Donations & celle des Substitutions, est différente, *ibid.*

Insinuation : toutes les Donations, même les mutuelles, rémunératoires, ou à la charge de Services ou Fondations, doivent être insinuées, à peine de nullité, pag. 183, 184, au Texte, & aux Notes, soit qu'il s'agisse des immeubles, des meubles, actions, ou sommes d'argent, *ibid.*

Insinuation : si la Donation à titre de dot, est sujette à l'Insinuation, pag. 184, 185.

Si les Donations pour Titre Sacerdotal, ont besoin d'être insinuées, pag. 185 & 186.

Quid, des institutions contractuelles, *ibid.*

Comment doit-on entendre que la Donation rémunératoire est sujette à l'Insinuation, pag. 189 & 190.

Comment s'entend que les Donations mutuelles sont sujettes à l'Insinuation, pag. 190.

Les Donations faites aux Eglises, Monasteres, & autres lieux pieux, doivent être insinuées, pag. 191.

Dans quel délai les Donations doivent être insinuées, pag. 191, 192. Faut-il qu'elles le soient pendant la vie du donateur, *ibid.* Est-il nécessaire d'insinuer les Actes séparés de la Dona-

BIU Cujas

tion, mais qui en font partie, pag. 193.
Dans quel délai les Donations doivent être insinuées, pag. 191, 192. Si le donateur doit donner un nouveau consentement pour l'Insinuation, *ibid.*
Si l'Insinuation peut être faite après les quatre ou six mois, & pendant la vie du donateur, pag. 191, 192.
L'Insinuation, après les délais, n'a d'effet contre les créanciers & tiers-acquéreurs intermédiaires, *ibid.*
L'insinuation ne peut être suppléée par des équipollens, pag. 192.
Si l'augment, l'agencement, gain de nôces ou de survie, & autres conventions matrimoniales, sont sujets à l'Insinuation, pag. 193, 194, au Texte. Sont sujets à l'Insinuation Laïque; mais le défaut n'emporte pas nullité, 195 aux Notes.
Si le douaire Coutumier a besoin d'Insinuation, pag. 208. La Donation des meubles, lorsqu'il y a tradition réelle, n'a pas besoin d'Insinuation, pag. 213, au Texte, ni lorsque la somme donnée, & payable une seule fois, n'excede pas 1000 livres, *ibid.* & pag. 218.
Les Donations valoient par le Droit Romain sans Insinuation, à concurrence de, pag. 216 217.
Si toute sorte de Donations dont la valeur n'excede pas 1000 livres, valent sans Insinuation, pag. 215.
Si la Donation qui excede 1000 livres, vaut sans Insinuation à concurrence de 1000 livres, page 216, & suivantes.
Plusieurs Donations non excédant 1000 livres, faites par le même donateur au même donataire, valent sans Insinuation, & l'on ne doit pas les joindre ensemble, pag. 217.
Dans quels lieux les Donations doivent être insinuées, pag. 220, au Texte. Ne peuvent être faites dans les Justices Seigneuriales, même dans celles des Pairies, *ibid.* & pag. 221, & suivantes. Même dans celles des Pairies, *ibid.* De l'origine & du progrès de l'Insinuation, *ibid.* Quelle étoit la forme de l'Insinuation, pag. 223.
Dans les Villes, où il y avoit Sénéchaussée & Juge Royal, devant qui l'Insinuation pouvoit être faite, pag. 221.
Etablissement des Greffes des Insinuations Laïques, pag. 223.
Comment cette Insinuation devoit être faite, *ibid.* & pag. 224 & 225. Cette Insinuation excluoit toute autre, *ibid.*
Permission d'établir des Commis pour faire les Insinuations sur les Lieux, pag. 223. Le Greffier des insinuations est responsable de ses Commis, pag. 223 & 224.
L'Insinuation pouvoit être faite, ou dans le Bureau principal du Bailliage ou Sénéchaussée, ou au Bureau des Commis des Justices Seigneuriales, pag. 223.
L'Insinuation Laïque des Donations devoit être faite, tant dans les Bureaux de la situation des immeubles, que de ceux du domicile du donateur, *ibid.* & p. 224.
Il n'étoit pas nécessaire que cette Insinuation se fit dans le Chef-lieu, mais elle pouvoit être faite aux Bureaux de l'arrondissement des Justices Seigneuriales ou des Villes Royales, *ibid.*
L'Insinuation Laïque faite dans les Lieux dépendans des Justices des Seigneurs, appellés arrondissemens, étoit aussi valable, que si elle avoit été faite au Greffe des Juges Royaux, pag. 223.
L'insinuation devoit être faite au Bureau de l'arrondissement, & non à d'autres Bureaux, excepté celui du Bailliage & Sénéchaussée, page 223.
Arrêt du Parlement de Toulouse qui l'a jugé de même, pag. 225

BIU Cujas

Si la signature de la Donation, ou la connoiſſance que l'on en a, équipolle à l'Inſinuation, *ibid.* & 226.
Inſinuation Laïque reglée par la Déclaration du 17 Février 1731, page 226 & 227. Texte de cette Déclaration, pag. 244, 245 & 246. & ſuiv.
L'Ordonnance de 1731 déroge aux Ordonnances & Edits antérieurs, en ce qu'elle ſe trouve contraire, & il faut ſuivre la forme de l'Inſinuation par elle preſcrite, pag. 230. Où doivent être inſinuées les Donations des immeubles réels ou fictifs, pag. 220, au Texte, & pag. 233.
Si l'Inſinuation au principal manoir ou à la Seigneurie principale, fait valoir la Donation pour le tout, *ibid.* pag. 233.
Inſinuation faite devant un Juge incompétent, eſt nulle, *ibid.*
Où doit être faite l'Inſinuation de la Donation des choſes mobiliaires, ou des immobiliaires qui n'ont point d'aſſiette, & qui ſuivent la perſonne, pag. 234, & ſuivantes. Où faut-il faire l'Inſinuation, lorſque les donateurs, & les biens donnés ſont ſitués dans une Juſtice Seigneuriale, reſſortiſſant nuement au Parlement, pag. 220, au Texte, & pag. 221.
Il n'y a aucune différence entre les perſonnes Nobles ou Roturieres, quant au lieu où l'Inſinuation doit être faite, pag. 237 & 238. Ni ſi les biens ſont Nobles ou Ruraux, *ibid.* La Déclaration de 1612, eſt abrogée, pag. 238. Le défaut d'Inſinuation annulle abſolument la Donation, pag. 220 au Texte, pag. 238. De la forme de l'Inſinuation des Donations, & du Regiſtre où elle doit être faite, page 239, au Texte, & aux Notes, 240. Si elle doit être faite en Audience, & ſi la préſence du Magiſtrat eſt requiſe pour l'Inſinuation, pag. 240. Si les Procureurs doivent intervenir pour requérir l'Inſinuation, *ibid.* Comment les Donations doivent être tranſcrites, pag. 241. Si la Donation eſt nulle, faute d'avoir ſuivi exactement la forme de l'Inſinuation, *ibid.* Si en faiſant l'Inſinuation, on doit tranſcrire la Procuration pour accepter ou pour donner, *ibid.*
Quelle étoit la forme de l'Inſinuation avant l'Ordonnance de 1731, page 240.
L'inſinuation ſeroit-elle nulle, ſi elle étoit faite ſur une feuille volante, pag. 241.
Pourquoi a-t-on introduit la néceſſité des inſinuations, page 241.
Faut-il inſinuer l'état ou inventaire des meubles ou effets mobiliers, pag. 242.
Si l'inſinuation faite dans les délais donne un effet rétroactif à la Donation, & la fait valoir du jour de ſa date contre les créanciers & tiers-acquéreurs intermédiaires, page 249 au Texte. L'inſinuation peut être faite après les délais, même après la mort du donataire, *ibid.* Mais il faut que le donateur ſoit encore vivant, *ibid.* Dans le cas que l'inſinuation eſt faite après les délais, elle n'a point d'effet rétroactif, *ibid.* Selon la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe, l'inſinuation, quoique faite dans les délais, n'avoit point d'effet rétroactif, pag. 251. De quel tems ſe compte le délai pour inſinuer, lorſque la Donation faite à un abſent eſt acceptée après coup, pag. 251, 252. Dans quel délai les Donations faites aux femmes mariées doivent être inſinuées, page 249, 250.
Quelle différence y a-t-il entre l'inſinuation & l'acceptation, pag. 250. L'inſinuation eſt requiſe pour rendre la Donation publique, pag. 251. L'acceptation eſt requiſe afin que le droit ſoit acquis au donataire, *ibid.*
Quelles perſonnes peuvent oppo-

BIU Cujas

ser le défaut d'insinuation, pag. 253 au texte. Le Donateur ne peut pas opposer le défaut d'insinuation, *ibid.* Mais tous les autres intéressés, comme les tiers-acquéreurs, créanciers, héritiers, Donataires postérieurs ou légataires, peuvent l'opposer, *ibid.* aux notes; ce qui a lieu, quoique le donateur se fût chargé de l'insinuation, à peine de tous dépens, dommages & intérêts, laquelle clause sera nulle, *ibid.* On ne peut faire aucune exception que celles qui sont marquées par l'Ordonnance, pag. 253 254.

Le Parlement de Toulouse faisoit valoir les Donations non-insinuées à l'égard du donateur & de ses successeurs, à titre gratuit, & le défaut d'insinuation ne pouvoit être opposé que par les créanciers ou tiers-acquéreurs, p. 256.

Quelles sont les Donations sujettes à l'insinuation à peine de nullité: Quelles sont celles qui en sont dispensées: Quelles sont celles qui sont sujettes à l'insinuation laïque, pag. 254 255.

Un Donateur peut-il faire une seconde Donation avant l'insinuation de la premiere, pag. 254.

Quand une Donation est nulle par le défaut d'insinuation, toutes les clauses qui sont dans cet Acte sont pareillement nulles, pag. 257.

Les Donations dispensées de la formalité de l'insinuation vaudront, contre tous, même contre les créanciers & tiers-acquéreurs; que si elles y sont sujettes, elles seront également nulles à l'égard de tous, pag. 254, 255.

Le défaut d'insinuation peut être opposé, même par ceux qui ont connu ou même signé la Donation non-insinuée, page 255, 256.

On ne peut renoncer, même avec serment, à la formalité de l'insinuation, parce qu'elle est de la substance de l'Acte, page 257.

Le défaut d'insinuation peut être opposé à la femme commune ou séparée, pour toutes les Donations, même à titre de dot; sauf à elle ou à ses héritiers, leur recours contre le mari, sans que l'insolvabilité puisse faire valoir l'insinuation, pag. 258 au texte.

Si le délai pour faire insinuer les Donations faites à la femme, court pendant le mariage, *ibid.* aux notes & pag. 259.

Quelle étoit la Jurisprudence du Parlement de Toulouse à cet égard, pag. 259. Lorsque le mari a fait la Donation à sa femme, de quel jour couroit le délai pour insinuer, *ibid.* La Jurisprudence du Parlement de Paris a été abrogée sur cette question, *ibid.*

Dans quel cas le défaut d'insinuation ne peut pas être opposé à la femme mariée, *ibid.*

Comment doit-on entendre que le défaut d'insinuation peut être opposé contre les Donations à titre de dot, pag. 261. Si le défaut d'insinuation peut être opposé au mari pour la dot, 261, 262.

Si le mari pour la dot peut opposer le défaut d'insinuation des Donations, antérieures ou postérieures, pag. 261, 262.

Si les mari, ses héritiers ou ayant cause, peuvent opposer le défaut d'insinuation des Donations faites à sa femme pour cause de dot, pag. 267 au texte. *Quid*, si la Donation est pour bien paraphernal, quand le mari en a eu la jouissance, *ibid.* Ce qui est expliqué aux observations, *ibid.* & p. 268.

Toute sorte de Donations entre-vifs sont sujettes à la formalité de l'insinuation, à l'exception de celles qui sont faites en ligne directe, pag. 263.

Si les tuteurs, curateurs, administrateurs ou autres peuvent

BIU Cujas

opposer le défaut d'insinuation à ceux dont ils administrent les biens ou à leurs héritiers, ou ayant cause, pag. 276 au texte. Ce qui est expliqué aux observations qui suivent.

Le mari ni les héritiers ne peuvent opposer à la femme le défaut d'insinuation, pag. 270.

Personne n'est restitué envers le défaut d'insinuation, pag. 279 au texte. Les peines & amendes encourues par le défaut d'insinuation, doivent être supportées par le mari, le tuteur ou curateur & autres administrateurs, sans espoir de répétition, pag. 280, 281.

Le donataire ne peut pas se prévaloir du défaut d'insinuation, ni prétendre, lorsqu'il est attaqué par quelque créancier, que la Donation est nulle, page 277.

Les Pays du Ressort du Parlement de Flandres ne sont pas sujets à la forme de l'insinuation prescrite par l'Ordonnance de 1731, pag. 282. Comment l'insinuation y est-elle pratiquée, *ibid.*

Les Donations à cause de mort n'ont pas besoin d'insinuation, pag. 358, 359. Si les Donations entre mariés ont besoin d'insinuation pour valoir à cause de mort, pag. 361, 362. *Quid*, de celles qui sont faites par le pere à ses enfans qu'il a en sa puissance, pag. 363.

Institution : est un titre universel, pag. 112.

Si l'institution contractuelle est révoquée par la survenance d'enfans, pag. 313.

L'institution contractuelle vaut sans acceptation, pag. 99 & 100.

Si les institutions contractuelles sont autorisées par l'Ordonnance de 1731, dans les pays où elles n'étoient pas reçues, pag. 100. La Coutume de Berry improuve les institutions contractuelles, *ibid.* Les institutions contractuelles sont reçues dans tous les autres pays du Royaume, *ibid.* sont contraires au droit Romain, pag. 100 & 101. Les conventions de succéder étoient bonnes entre soldats, *ibid.* Conditions requises, afin que les institutions contractuelles vaillent, *ibid.* Comment ont considéré les Auteurs les institutions contractuelles, *ibid.* C'est une maniere de disposer, ou une convention que quelques-uns d'entre eux ont appellé avec raison *amphibie*, 101.

Institution contractuelle, faite en Contrat de mariage après la célébration, ne feroit pas irrévocable, pag. 102. Les institutions contractuelles sont des titres universels, & font de véritables héritiers, pag. 104 : renferment tous les biens présens & à venir. La promesse d'instituer a le même effet que l'institution contractuelle, *ibid.* La promesse d'instituer aux biens que l'instituant aura à son décès, ne comprend pas les biens présens, *ibid.* & pag. 105. Si l'instituant peut élire un de ses petits-fils, *ex filio præmortuo*, page 114.

Si l'institution contractuelle, ou convenance de succéder, faite en Contrat de mariage, par un des conjoints en faveur de l'autre, est bonne, pag. 114, 115.

Les institutions contractuelles sont irrévocables, pag. 104. Comment cela s'entend dans le Pays Coutumier, *ibid.* Les institutions contractuelles tiennent de la nature des Donations entre-vifs, & des Donations à cause de mort en Pays Coutumier, *ibid.* Comment sont-elles considérées au Parlement de Toulouse ? pag. 107 & suiv. Si l'instituant peut aliéner ou contracter des dettes, & dans quel cas, 105, 106. Si l'institution contractuelle peut être divisée pour éviter les dettes postérieures, pag. 108, 109. Les principes du pays Coutumier, touchant les institutions contractuelles, ne se choquent

BIU Cujas

point; mais il en eſt autrement de ceux du Parlement de Toulouſe, p. 211 & ſuiv. Si l'inſtitué peut révoquer les aliénations, pag. 106 & ſuiv. Si l'héritier contractuel qui prédécede, tranſmet ſon droit à ſes héritiers, page 112.

Interdit par Juſtice ne peut donner entre-vifs, pag. 4, n'eſt reſtitué envers le défaut d'acceptation, pag. 116 au texte.

Inventaire : ſi l'héritier contractuel ne faiſant pas inventaire, eſt tenu *ultra vires*, pag. 104.

Juriſprudence : ſa diverſité produit de grands inconvéniens, pag. 2.

Juſtice : doit être uniforme, pag. 1. L'adminiſtration de la Juſtice eſt un des premiers devoirs de la Royauté, pag. 2.

Juſtice doit être reſpectée, pag. 2. Juſtice, ce que c'eſt, pag. 366. La diverſité des maximes eſt contraire au caractere de la Juſtice, & à l'honneur de ſes Miniſtres, *ibid.* La Juſtice eſt le Jugement de Dieu, *ibid.*

L

Si la *légitimation* du bâtard par mariage ſubſéquent, révoque la Donation, pag. 310 au texte & aux notes.

La légitimation par mariage ſubſéquent, fait conſidérer les enfans comme véritablement légitimes, pag. 323 & 324.

Afin que le mariage ſubſéquent opere la légitimation, il faut que le bâtard ſoit né *ex ſoluto & ſoluta*, *ibid.*

Selon le Droit Romain, il y avoit cinq ſortes de légitimations, la premiere, *per oblationem curiæ*, la deuxieme par mariage ſubſéquent, la troiſieme par reſcrit du Prince, la quatrieme par adoption ou arrogation, la cinquieme, lorſque le pere appelloit ſon bâtard ſimplement ſon fils, dans quelque Acte, pag. 324.

En France on ne connoît que deux ſortes de légitimations, ſavoir, par mariage ſubſéquent & par reſcrit du Prince, *ibid.* La légitimation par reſcrit ne révoque pas la Donation, *ibid.* pag. 324.

Légitime : s'il y a des cas auxquels les enfans peuvent demander leur légitime du vivant de leur pere ou mere, pag. 306 & 307. Si dans ce cas la preſcription court contre eux avant la mort de leur pere ou mere, *ibid.*

Si les enfans peuvent demander leur légitime ſur les biens de leur pere qui ont été confiſqués, pag. 307. Uſage du Parlement de Toulouſe, pag. 308 309.

Si les enfans peuvent demander leur légitime quand leur pere entre en Religion, pag. 307. Si la preſcription court contre eux depuis l'entrée en Religion, 308.

Si l'action que produit la légitime eſt hypothécaire ou perſonnelle, pag. 309.

Quelle preſcription faut-il contre les légitimaires, pour mettre le donataire à l'abri des légitimes, *ibid.*

Légitimes : Si le donataire des biens préſens peut être chargé de payer les légitimes, ou d'y contribuer, pag. 143. Si les légitimes ſont des charges de la donation des biens préſens ou bien de la ſucceſſion, pag. 144 145, 146.

Outre les dettes, quelles ſont les charges de la ſucceſſion ? pag. 145.

Les légitimes ne ſont pas des charges exiſtantes lors de la Donation, des biens préſens pag. 152. Comment le donataire peut-il être tenu de droit de payer les légitimes, pag. 153, 154.

Les légitimes peuvent être priſes ſur les biens donnés par voie de rétranchement, pag. 155.

Les donations en Contrat de mariage peuvent être chargées des légitimes, indéfiniment, pag. 168 au texte.

Si la légitime eſt une quote des biens ou de l'héredité, p. 170, 171.

BIU Cujas

De quelle maniere les légitimes des enfans peuvent être prises sur les Donations entre-vifs, pag. 283. Il faut épuiser les dernieres Donations, & remonter aux antérieures, *ibid.* Le donataire, qui est légitimaire, doit retenir les biens donnés à concurrence de sa légitime, *ibid.*

Comment se regle la discussion qui doit être faite des Donations & autres biens pour y prendre les légitimes, pag. 284. 285. Les légitimaires doivent premiérement discuter les biens dont le défunt n'a disposé que par institution ou legs universel, *ibid.* Si les légitimaires peuvent agir sur les legs particuliers, avant d'avoir discuté l'héritier, *ibid.* Les Donations à cause de mort doivent être discutées avant d'en venir aux Donations entre-vifs, *ibid.*

Tous les biens ayant appartenu au défunt, & dont il a disposé à titre gratuit, & autrement que par Contrat de vente, échange ou autres semblables Contrats onéreux, doivent entrer dans la composition du Patrimoine pour régler les légitimes, pag. 284, 285. Toute sorte de Donations sans distinction, & quoiqu'elles soient faites à des étrangers, entrent dans la composition, *ibid.*

Les légitimaires ont une hypotheque pour leur légitime sur les biens donnés, du jour de la Donation, pag. 285.

Si les aumônes dotales, ou ce qui est baillé au Monastere pour l'entrée en Religion du fils ou de la fille, entre dans la composition du Patrimoine, pag. 285. Les enfans Religieux *non faciunt partem nec admittuntur ad partem* pour le réglement de la légitime, *ibid.*

On doit mettre au nombre des biens du défunt pour régler les légitimes, ceux qui ont été réservés dans une Donation entre-vifs, pag. 283. On doit également comprendre les biens ou les sommes qui auront été réservées par mort, pag. 284.

Pour composer le patrimoine, à l'effet de parvenir au réglement des légitimes, quels biens faut-il y faire entrer? pag. 286.

Les légitimaires doivent discuter les dernieres Donations, & leurs acquéreurs, avant d'en venir aux antérieures, pag. 287, 288. Si les Donations comprises dans un même Acte contribuent, *pro rata*, à la légitime demandée par retranchement, *ibid. Quid*, des Donations à cause de mort & des legs, *ibid.* Si le légitimaire peut demander sa portion sur chaque effet, *ibid.* La légitime doit être réglée par Experts, *ibid.* Si la légitime est une charge de l'hérédité ou des biens, *ibid.*

La légitime de l'un des enfans n'est pas plus privilégiée que celle des autres, pag. 289.

Si les Donations en Contrat de mariage peuvent être retranchées pour les légitimes, *ibid.*

Si ce qui est donné aux Monasteres pour entrée en Religion est sujet au retranchement pour les légitimes, pag. 289. *Quid*, du titre Sacerdotal, *ibid. Quid*, de la dot, *ibid.* & au texte de l'Art. 34.

Si le legs ou la Donation *pro restitutione malè ablatorum*, sont sujets au retranchement pour les légitimes, pag. 295. *Quid*, des Donations rémunératoires, *ibid. Quid*, des legs, ou des Donations faites aux Lieux pieux, pag. 293.

La légitime est appellée *falcidie* dans le Droit, pag. 293.

Si la dot en deniers est sujette au retranchement pour les légitimes, pag. 290, au Texte, & aux Notes. Si la dot payée des derniers empruntés, est sujette à ce retranchement, page 291.

La dot doit être retranchée dans le même ordre que les autres Donations, pag. 291. Si les dots concourent avec les Donations

BIU Cujas

pour ce retranchement, *ibid.* Si la dot eſt retranchée pour les légitimes pendant la vie du mari, pag. 290, au Texte, & 291. Le retranchement des dots pour la légitime, peut être demandé, même après 30 ans, pag. 293. Si la dot eſt ſujette au retranchement pour les légitimes, quand la fille a renoncé ou excluſe de la ſucceſſion pag. 293. La légitime eſt à la place des alimens, pag. 294. Elle eſt fondée ſur le droit naturel, *ibid.*

Si les Donations pieuſes concourent avec les autres Donations pour le retranchement à raiſon des légitimes, & ſi elles entrent dans l'ordre de la diſcuſſion: pag. 294.

Si les Donations faites aux enfans entrent dans le même ordre de diſcuſſion, avec celles qui ſont faites aux étrangers, pag. 294.

De quelle maniere le donataire de tous les biens préſens & à venir, eſt chargé des légitimes pag. 296 au Texte. *Quid*, du donataire d'une quote des biens préſens & à venir, *ibid.* & aux Notes. Si les légitimaires ſont obligés de diſcuter l'héritier de la réſerve, avant d'en venir au donataire des biens préſens & à venir, pag. 297.

Les biens réſervés ne doivent pas être aſſujettis à la légitime, pag. 298. Comment le donataire qui a été chargé des légitimes, en eſt-il tenu, pag. 296, au Texte, & 298.

La charge de contribuer aux légitimes, doit être expreſſément impoſée au donataire d'une quote des biens préſens & à venir, page 299. Si le mot *Charges* comprend les légitimes, *ibid.* & pag. 300.

Si le donataire d'une quote des biens, chargé de contribuer aux légitimes, doit y contribuer, lorſqu'il concourt avec les héritiers du donateur, pag. 300 & 301.

Lorſque le donataire des biens préſens & à venir renonce aux biens à venir, il ceſſe d'être tenu des légitimes autrement que par retranchement, pag. 302, 303, & 304, au Texte.

Si le donataire des biens préſens & à venir, peut être chargé des légitimes pour une quote plus forte que celle de la Donation, pag. 302.

Si le donataire des biens préſens & à venir, renonçant aux biens à venir, doit contribuer aux légitimes, pag. 303, & 304. *Quid*, du donataire d'une quote, pag. 305. Les enfans ne peuvent pas demander leur légitime pendant la vie de leur pere ou mere, page 306.

La Donation faite hors du Contrat de mariage, ſoit de la totalité des biens préſens ou d'une quote, ne peut pas être chargé du payement des légitimes, pag. 305.

Si au contraire la Donation eſt faite dans un Contrat de mariage, elle peut en être chargée, *ibid.*

Si la Donation en faveur de mariage eſt des biens préſens & à venir, le donataire ſera tenu du payement des légitimes, quoiqu'il n'en ait pas été chargé, pag. 306.

Quid, s'il opte la Donation pour s'en tenir aux biens préſens, *ibid.*

Si la Donation n'eſt que d'une quote, le donataire ne ſera tenu des légitimes que par voie de retranchement, pag. 306.

Légiſlateurs: leur objet eſt de prévenir les Procès, pag. 1.

La *Loi* eſt une dans ſa diſpoſition, pag. 1.

Ne doit pas dépendre de la différence des tems & des lieux, *ibid.*

Renferme le vœu de l'uniformité & de la perpétuité, *ibid. Ceſſante ratione Legis, ceſſat Lex*, pag. 325.

Les *Loix* ne doivent pas être incertaines, pag. 2.

BIU Cujas

Les *Loix* correctives doivent être resserrées, pag. 30 & 31.
Les *Loix* ne doivent avoir effet que pour l'avenir, *ibid.* & pag. 32.
Comment les Loix postérieures dérogent aux antérieures, pag. 134 & 135.
Ce qui est convenu en fraude de la Loi, est nul, page 256.

M

Mariage: les Contrats de mariage sont susceptibles de toute sorte de clauses, & on peut y renoncer à la Communauté conjugale, pag. 73. En faveur de ces Contrats, pag. 83. Par rapport à quoi cette faveur est-elle considérée, pag. 84 & 85.
Mari: s'il est responsable du défaut d'Insinuation des Donations faites à sa femme, à titre de dot, pag. 258, au Texte, & aux Notes. Cas où le mari n'est pas responsable du défaut d'Insinuation, pag. 263 & 264.
Si le mari, ou ses héritiers, sont responsables du défaut d'Insinuation des Donations faites à sa femme dans le Pays du Droit écrit, page 264.
Si le défaut d'Insinuation de la dot, peut être opposé au mari, pag. 258. Si le mari tient son droit de sa femme pour la dot constituée, 262. Le mari est considéré comme créancier ou acquéreur pour la dot, *ibid.*
Si le mari pourra opposer le défaut d'insinuation de la Donation antérieure ou postérieure à la constitution de dot, *ibid.*
Le mari est tenu de sa négligence, touchant la dot & les paraphernaux de sa femme, dont il jouit, pag. 265 & 266.
Le mari n'est responsable du défaut d'Insinuation des Donations pour bien paraphernal, à moins qu'il n'en ait joui, *ibid.*
Meubles: que doit-on faire, afin que la Donation des meubles & effets mobiliers soit bonne, p. 121, 122, au Texte.
Pourquoi est-il nécessaire de faire un état des meubles donnés pour la validité de la Donation, p. 126, 127 & 128.
Les meubles & les immeubles qui n'ont point d'assiette, suivent la personne du propriétaire, pag. 232 & suivantes. Se réglent par la coutume du domicile du créancier, *ibid.*
Les rentes constituées sont réputées meubles au Parlement de Toulouse, pag. 166.
Les choses mobiliaires n'ont point de suite par l'hypotheque, pag. 214. On met au rang des choses mobiliaires les sommes d'argent données, *ibid.* & pag. 218.
Si les Navires, Vaisseaux, & Moulins flottans, sont meubles, pag. 231.
Les deniers sont réputés meubles, & ne peuvent être suivis par hypotheque, pag. 291.
Mineur ne peut donner entre-vifs, pag. 4.
Si le mineur peut accepter la Donation à lui faite, pag. 61.
Mineur n'est restitué que quand il est lésé, pag. 61 & 62.
Le mineur doit se nommer le curateur, & en quelle forme, pag. 63 & 64.
Mineur n'est restitué envers le défaut d'acceptation, pag. 116, au Texte. *Quid*, suivant le Droit Romain, pag. 117. Mineurs sont restitués, quand ils manquent l'occasion de gagner, 118. Si les mineurs sont restitués envers le défaut d'Insinuation, pag. 279 & 280.
Minute de l'Acte de Donation, doit exister, pag. 4. La perte de la minute n'annulle pas la Donation, pag. 14, 15. Si la Donation est nulle, lorsque la minute est délivrée au donateur, après en avoir été délivré une expédition au donataire, 15. Lorsque la minute est délivrée au donateur, la Donation est nulle, *ibid.* Il est défendu de délivrer les Actes en minute, page 16.
Mort: si la mort civile est comparée à la mort naturelle, p. 307 &

BIU Cujas

& 308. Il y a trois sortes de mort civile, *ibid.* Si l'excommunication a le même effet que la mort civile, *ibid.* Si les enfans peuvent demander leur légitime, quand leur pere est condamné à une peine qui emporte mort civile, *ibid.*

Moulins : s'ils sont meubles, pag. 231.

N

Navires : s'ils sont meubles, pag. 231. S'ils sont susceptibles d'hypotheque, *ibid.* De quelle maniere peuvent-ils être saisis, & le prix doit-il être distribué aux créanciers, *ibid.*

Négative est plus énergique que l'affirmative, pag. 118.

Négligence : Le mari est tenu de sa négligence dans l'administration du paraphernal de sa femme, pag. 261, 262.

Il est tenu de sa négligence, au sujet des choses dotales, pag. 266.

Le tuteur ou curateur, ou leurs héritiers, doivent rendre compte de leur négligence, pag. 278 & 279.

Notaires doivent recevoir les Actes de Donation, pag. 11. Si d'autres personnes peuvent passer les Actes de Donation, & quelles sont ces personnes, *ibid.* Les Notaires doivent garder les minutes ou originaux des Actes, & n'en délivrer que des expéditions, page 16. Si les Notaires peuvent accepter pour les donataires absens, pag. 46, au Texte. Les Notaires n'ont jamais été des Esclaves publics, ils ont toujours été des personnes libres, pag. 50 & 51. Différence entre les Notaires de France, & les Tabellions des Romains, pag. 51 & 52.

Notification de la naissance de l'enfant qui a révoqué la Donation de ses effets, & de ses formalités, pag. 328, au Texte, & aux Notes.

Nullité : lorsque la Loi prononce l'Acte nul, la Donation d'écriture privée est nulle, page 14. Il en est de même, si la Donation n'est que verbale, pag. 19. La Donation seroit nulle, si on n'y observoit pas les formalités requises pour la validité des Contrats & Actes, pag. 21 & 22.

Nullité de tout ce qui est fait au préjudice des Loix prohibitives, page 75. La nullité de la Donation des biens à venir, entraîne la nullité de la Donation des biens présens, pag. 121, au Texte. Si la Donation nulle pour partie, est nulle pour le tout, pag. 122. 123 & 124. Nullité de ce qui est fait en fraude de la Loi, page 256.

O

Obligations ne peuvent être résolues sans le consentement réciproque des contractans, pag. 172 & 173. L'obligation une fois résolue, ne peut plus revivre, *ibid.* Si le donataire contracte une obligation envers le donateur, quand on en demeure aux termes d'une Donation pure, pag. 338.

Option : de quel tems le donataire des biens présens & à venir, peut-il opter la Donation, pag. 158, & suivantes.

Conditions requises, afin que le donataire ait trois tems pour opter, *ibid.* Quand l'option est une fois faite, il ne peut plus varier, à moins qu'il ne fût mineur, *ibid.* L'option pour être irrévocable, doit être faite après la mort du donateur, pag. 162 & 163.

P

Pacte est défini, *duorum vel plurium in idem placitum consensus*, & ne produit point d'action chez les Romains, pag. 43 & 44.

Paraphernaux : quels sont les biens paraphernaux, pag. 80 & 81. La femme en a la libre disposition & administration, sans la volonté de son mari, *ibid.* Le mari ne peut s'en mêler sans le consentement de sa femme, *ibid.* Le mari gagne les fruits des paraphernaux, quand sa femme les lui laisse prendre, *ibid.* Lors-

BIU Cujas

que le mari administrant les biens paraphernaux de sa femme, les consume ou les dissipe, il doit en rendre la valeur, *ibid.*

Les fruits des paraphernaux sont censés employés *in usum promiscuum familiæ*, pag. 81. Le mari ne peut pas toucher aux capitaux du paraphernal, *ibid.* Les biens sont présumés paraphernaux, & non dotaux, *ibid.*

La femme a une libre disposition de son paraphernal, pag. 265.

Le mari qui a la jouissance du paraphernal de sa femme, est tenu de son dol, & de sa négligence, pag. 265.

Le consentement tacite de la femme, suffit pour attribuer au mari la jouissance du paraphernal, & pour lui faire gagner les fruits, pag. 265, au Texte, aux Notes.

Peines ne doivent être étendues d'un cas à l'autre, pag. 270.

Pension : si le donataire doit contribuer à la Pension viduelle, stipulée en Contrat de mariage, pag. 167.

Péremption : si l'Acte de notification de la naissance de l'enfant qui a révoqué la Donation, est sujet à la péremption, pag. 331. La péremption n'a pas lieu aux Actes extrajudiciels, *ibid.*

Possession : celui qui a pris possession le premier de la chose donnée, doit être préféré, p. 136. *In pari causa melior est conditio possidentis*, p. 288. & 289.

Posthume : la naissance d'un posthume révoque la Donation, p. 310, au Texte, & 323.

Le posthume qui est au sein de la mere, n'est censé né que pour ce qui regarde son utilité, pag. 323 & 326.

Prescription : si la Donation faite *à non Domino*, attribue le droit de prescrire, pag. 5.

Pour prescrire par dix ou vingt ans, il faut titre, & bonne foi, *ibid.* Au Parlement de Toulouse, la propriété ne peut être prescrite que par trente ans, *ibid.* & pag. 308. 309.

Raisons de cela, pag. 350, 351.

Si le Donataire prescrit l'action hypothécaire, quoique la Donation ne soit pas insinuée, quand elle est dispensée de l'insinuation, pag. 180, 181. Jurisprudence du Parlement de Toulouse avant l'Ordonnance de 1731, *ibid.*

La *prescription* des sommes dotales a lieu contre la femme, quoique le mari soit insolvable, p. 264. Si le mari qui laisse prescrire le fonds dotal en est responsable, *ibid. Quid*, s'il y a quelque légitime empêchement ou s'il n'y a point de négligence de sa part, *ibid.*

Prescription : du retranchement pour les légitimes, pag. 292, 293, & 306 au texte & aux notes. De quel tems commence à courir, *ibid. Contra non valentem agere non currit præscriptio*, pag. 307 aux notes. La prescription court dès-aussitôt qu'on peut agir, pag. 308. Dans quel tems la légitime peut être prescrite par les donataires, pag. 307, 308.

Prescription de l'action hypothécaire, pag. 309. De quel jour commence à courir la prescription contre le retour des biens donnés, quand la Donation est révoquée par la survenance d'enfans, & par quel tems s'accomplit-elle, pag. 348 au texte. Les interruptions de droit sont réservées, *ibid. Quid*, contre les tiers-acquéreurs ou détenteurs des biens donnés, p. 349, 350.

Prescription : dort pendant la pupillarité, pag. 350, 351. Si la prescription introduite par les Ordonnances, court contre les mineurs sans espoir de restitution, pag. 352. Si elle dort à l'égard du furieux ou de l'imbécille, pag. 356.

Si la prescription de trente ans, court contre les mineurs, s'ils en sont restitués, & dans quel tems la restitution doit-elle être demandée, pag. 355. Si la prescription court contre le pro-

BIU Cujas

digue, pag. 355. 356. Si l'Ordonnance de 1731 a resserré la prescription dans les lieux où elle est de 40 ans, *ibid.*

Présens: s'ils peuvent être faits sans Acte public ou privé, pag. 16 & 17.

Preuve par témoins d'une Donation verbale, n'est pas recevable, quand même il ne s'agiroit pas de 100 liv. *ibid.*

La *procuration* doit être annexée à la minute de la Donation; *ibid.* & pag. 46. Le Procureur général peut valablement obliger le mandant, pag. 46. Il y a de deux sortes de Procureurs généraux, *ibid.* De leur pouvoir, 47. Procureur spécial, quel est-il? *ibid.*

Prodigue: si la prescription court contre le prodigue, pag. 356. Le prodigue ne peut donner entre-vifs, pag. 4, ne peut accepter une Donation à lui faite, p. 60.

Promesse d'instituer. Voyez *institution contractuelle.*

Promesse de donner est obligatoire, pag. 137. Est une Donation, *ibid.* Comment cela s'entend au Pays Coutumier, *ibid.*

Puissance maritale, si elle est résolue par la séparation, pag. 74, 75. La mort civile du mari résoud la puissance maritale, p. 79.

R

Ratification de l'acceptation de la Donation par un tiers, doit être expresse par devant Notaire, & il en doit rester minute, pag. 42 au texte. La Donation n'a d'effet que du jour de la ratification, *ibid.* & aux notes.

La ratification équipolle au mandat & remonte au jour de l'Acte ratifié, pag. 48 & 49. En fait d'acceptation, la ratification ne remonte pas, *ibid.* La ratification ne remonte pas quand un tiers a acquis un droit dans le tems intermédiaire, & que *duo extrema non sunt habilia*, *ibid.* Conditions nécessaires, afin que la ratification vaille, 49. Si la ratification doit être faite en présence du donateur, *ibid.*

Si la ratification peut être faite par un Procureur-fondé ou par le Donataire lui-même, p. 49.

Si la ratification de la Donation après la naissance des enfans, la fait revivre, pag. 341. La ratification fait valoir un Acte nul, *ibid.*

Recours: comment les mineurs, l'Eglise, les Hôpitaux & autres personnes privilégiées peuvent exercer leurs recours contre les tuteurs & administrateurs, à cause du défaut d'acceptation des Donations, p. 116, 117, 118.

Du recours qui compete à la femme mariée contre son mari, pour n'avoir pas fait insinuer les Donations, pag. 258 au texte. Si la Donation est validée, sous prétexte que le recours ne peut être exercé, *ibid.* & aux notes. Si le recours doit avoir lieu quand la Donation est faite à la femme, pour lui tenir lieu de bien paraphernal, pag. 269, 270.

Du recours de garantie. *Vide garantie.*

Registre des insinuations, de sa forme, & comment doit-il être paraphé, pag. 239 au texte & aux notes. Quelles sont les obligations du dépositaire du Registre, *ibid.* Quels sont les salaires qu'il peut exiger pour les extraits, *ibid.* Si le dépositaire du Registre doit en donner communication, *ibid.*

Religieux profès ne peut donner entre-vifs, pag. 4. Si les dots des Religieuses valent sans insinuation, pag. 186. *Quid*, des pensions données aux Religieuses, *ibid.*

Renonciation: si on peut renoncer à la révocation de la Donation par survenance d'enfans, pag. 343 au texte & aux notes.

Réponse catégorique n'est recevable sur la vérité d'une Donation verbale, pag. 16, 17.

Répudiation: si le Donataire peut répudier la Donation, p. 171, 172.

BIU Cujas

Réserve comprise dans la Donation, n'en est ôtée que par une disposition, pag. 173, 174. A qui doit appartenir la réserve, le donateur n'en disposant pas, *ibid.* Si le donateur doit disposer expressément de la réserve, *ibid.* La nécessité de la réserve pour tester n'étoit fondée que sur une fausse explication des Loix, pag. 156.

Réserve, à qui appartient, lorsqu'elle est faite dans une Donation des biens présens & à venir, & que le donateur n'en a pas disposé, pag. 143. La réserve ne peut pas être comprise dans la Donation des biens présens, nonobstant toute stipulation, pag. 155 & suiv. Il en est autrement si la Donation est faite en Contrat de mariage, 168, 169. Raisons de cela, page 171, 172 & 173.

La *réserve* comprise dans la Donation est transmise à l'héritier du Donataire, pag. 174, 175.

Si le donateur peut se réserver des biens ou une somme à prendre sur les biens donnés, p. 155.

S'il est nécessaire de faire des réserves pour la validité des Donations universelles, pag. 156.

Si la réserve est sujette au payement des légitimes, pag. 298.

Quid, si le donataire des biens présens & à venir, sous une reserve, optoit la Donation du jour de la date, pag. 298.

Résolution : si la résolution du Contrat par quelque clause ou condition résolutive, expresse ou tacite, a un effet rétroactif, pag. 334. Si elle se fait *prout ex nunc*, ou bien, *prout ex tunc*, *ibid.* Que cette question peut se rencontrer dans le pacte commissoire; *de remere addictionis in diem*; le commis, le retrait lignager ou féodal de la rescision de la vente par lésion d'outre moitié, de la félonie, du déguerpissement, & de la révocation de la Donation par survenance d'enfans, p. 334, 335.

La résolution se fait par la volonté du propriétaire, qui ne peut pas nuire à ceux qui ont contracté avec lui auparavant, pag. 335.

Distinction des Auteurs entre la resolution qui se fait pour cause volontaire ou nécessaire, *ibid.* Que cette distinction est fausse, & qu'il suffit que la résolution arrive *ex causa antiqua*, pour que le Contrat soit anéanti, de même que les charges & hypotheques, *ibid.* & pag. 336. *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*, pag. 337. La résolution du Contrat anéantit les hypotheques, charges, servitudes & aliénations, *ibid.*

Restitution : n'est point accordée envers le défaut d'acceptation, sauf le recours contre les administrateurs, sans que la Donation puisse être valable en cas d'insolvabilité de l'administrateur, pag. 116 au texte.

Quelles sont les personnes qui jouissent du privilege des mineurs, à l'effet de la restitution en entier, pag. 117, 118.

Personne n'est restitué envers le défaut d'insinuation, pag. 279 au texte & aux notes sur cet article. Si la restitution avoit lieu par le Droit Romain contre le défaut d'insinuation, *ibid.*

Retour : si le pere, caution de la dot de sa fille, la payant, a droit de retour, pag. 339.

Retranchement des Donations en vertu de la Loi *Hac edictali*, *Cod. de secund. nuptiis*, page 5 & 6.

Du *retranchement* des Donations pour les légitimes. Voyez *Légitime.*

Révocation : si le donateur peut révoquer la Donation avant l'Insinuation, pag. 256.

De la révocation des Donations par survenance des enfans, p. 310, au Texte. Conditions requises pour cette révocation, *ibid.* Quelles Donations sont requises pour cette révocation, *ibid.* Quelles Donations sont révoquées par survenance d'enfans, & de celles qui sont rémunératoires ou mutuelles en

BIU Cujas

faveur de mariage, *ibid.*
La légitimation d'un bâtard par le mariage subséquent, produit la révocation, p. 310, au Texte. Mais non aucune autre légitimation, *ibid.* La naissance d'un posthume produit la révocation, *ibid.* Les Donations en faveur de mariage, faites par les conjoints ou par leurs ascendans, ne sont pas sujettes à la révocation par survenance d'enfans, *ibid.*
Toute sorte de Donations, à quelque titre & de quelque valeur qu'elles soient, sont révoquées par la survenance d'un enfant au donateur, pag. 311.
Quid, de celles qui sont faites au public, & autres privilégiés, *ibid.* Si la Loi *Si unquàm* opéroit la même révocation, *ibid.*
Si les Donations à cause de mort sont révoquées par la survenance d'enfans, pag. 311. *Quid*, des présens faits manuellement, *ibid.*
La survenance d'un enfant au donateur, révoque les Donations, par quelques personnes qu'elles aient été faites, mâles ou femelles, page 311 & 312. Si la Loi *Si unquàm* devoit être réservée dans son cas particulier, *ibid.*
Afin que la révocation ait lieu, il faut que le donateur n'ait point d'enfans, ni des descendans vivans au tems de la Donation, page 310, au Texte, & 311, aux Notes. La survenance des enfans révoque la Donation, quoique le donateur en ait eu avant la Donation, s'ils étoient morts, p. 311 & 312.
La Loi *Si unquàm* ne revoquoit les Donations que quand elles étoient de tous les biens ou d'une partie des facultés, pag. 311 & 312. Doutes des Interprêtes sur l'explication de cette Loi, pag. 312.
Si la Donation d'une chose particuliere ou d'une somme en deniers, est révoquée par la survenance des enfans, pag. 312. Il n'y a que les Contrats à titre onéreux qui ne sont pas sujets à la révocation par la survenance des enfans, *ibid.*
La dot est sujette à cette révocation, *ibid.*
Si la renonciation à un droit certain, est révoquée par la survenance d'enfans, pag. 312 & 313. *Quid*, des Institutions contractuelles, *ibid.* Tout ce qui peut être considéré comme Donation, est révoqué par survenance d'enfans, *ibid.*
Si le Titre Sacerdotal est révoqué par survenance d'enfans, p. 313.
La révocation par la survenance d'enfans se fait de plein droit, pag. 310, au Texte, 321 & 322. Il n'est pas nécessaire d'intenter Procès, ni d'impétrer des Lettres pour opérer la révocation, pag. 322. La naissance d'un seul enfant révoque la Donation, p. 323. Il en est de même de la naissance d'un petit-fils, *ibid.*
Tout ce qui tient de la Donation entre-vifs, quelque nom, ou titre qu'on lui ait donné, est sujet à révocation par la survenance d'enfans, pag. 312. L'on a dérogé en cela à l'Article 255 de la Coutume de Bourbonnois, pag. 313.
La Donation seroit-elle révoquée par la survenance d'enfans, si elle étoit faite pour services, dont la nature ne reçoit point d'estimation, pag. 314 & 315.
Les Donations faites par l'un des conjoints à l'autre en Contrat de mariage, sont-elles révoquées par la survenance d'enfans, page 315. *Quid*, si la Donation avoit été faite au futur époux par la future épouse en Contrat de mariage, avec clause que les enfans du premier lit du donataire en profiteroient, p. 316. Exemple, pag. 317 & suiv.
La Donation entre conjoints, appellée *sponsalitia largitas*, est-elle révoquée par la naissance des enfans communs, pag. 320. Avis de *Dumoulin*, sur cette question, *ibid.* & page 321.
Faut-il que l'enfant qui révoque

BIU Cujas

la Donation par ſa naiſſance, ſoit venu à bon port, bien formé, & à terme, 322 & 323.
La ſurvenance de l'enfant révoque la Donation, quoique l'enfant fût conçu lors de la Donation, pag. 324, au Texte, & aux Notes.
Sur quoi étoit fondée la révocation par ſurvenance d'enfans, pag. 325. Si la révocation a lieu, lorſque le donateur *cogitavit de liberis*, *ibid.*
La Donation demeure révoquée, quand même le donateur ſeroit entré en poſſeſſion des biens donnés, & qu'il y auroit été laiſſé par le donateur depuis la ſurvenance de l'enfant, pag. 328, au Texte.
Donation faite par la femme pendant ſa groſſeſſe, n'eſt pas réputée Donation à cauſe de mort, mais eſt révoquée par la ſurvenance de l'enfant, pag. 327.
La révocation de la Donation par ſurvenance d'enfans, fait revenir les biens au donateur, exempts de toutes hypotheques & charges, même de la dot, & conventions matrimoniales, quand même la Donation auroit été faite en Contrat de mariage, p. 333, au Texte, & 337.
Les biens reviennent de plein droit au donateur par la révocation cauſée par la ſurvenance des enfans, p. 310, au texte, p. 333. au texte & aux Notes. Opinion des Auteurs ſur cette révocation, pag. 334 & 335. Comment ſe faiſoit cette révocation par la Loi *Si unquàm*, pag. 334. Les enfans qui naiſſent, ne ſont regardés que comme la condition réſolutive, *ibid.* La naiſſance de chaque enfant produit l'action révocatoire, pag. 352.
Si le donateur peut diſpoſer des biens donnés, au préjudice des enfans, qui ont donné lieu à la révocation de la Donation, p. 334 & 335.
Les biens donnés reviennent au donateur, libres des hypotheques de la dot & autres conventions matrimoniales, quand même le donateur ſe ſeroit obligé, comme caution, à l'exécution du Contrat de mariage, pag. 333, au Texte, & 338. Raiſons de cela, pag. 339.
Si le cautionnement eſt révoqué par la ſurvenance des enfans, pag. 339.
Le cautionnement fait *donandi animo*, eſt révoqué par la ſurvenance des enfans, *ibid.*
Si la Donation révoquée par la ſurvenance des enfans, peut revivre, & être confirmée par quelque Acte poſtérieur, pag. 340, au Texte.
Si le donateur veut donner les mêmes biens au donataire, ſoit avant, ſoit après la mort de l'enfant, il ne le peut faire que par une nouvelle diſpoſition, *ibid.* La mort de l'enfant, ni celle du donateur, ne peut pas faire revivre la Donation révoquée, pag. 340, au Texte, & aux Notes.
La révocation par ſurvenance d'enfans, ſe fait, indépendamment de la volonté du donateur, & par un effet de la condition *ſi liberos ſuſceperit*, p. 341.
Si la ratification faite après la naiſſance de l'enfant, fait revivre la Donation, pag. 341. On ne peut renoncer par une clauſe ni convention à la révocation de la Donation par ſurvenance d'enfans, pag. 343, au Texte. Soit dans la Donation, ſoit dans les Actes poſtérieurs, avant ou après la naiſſance des enfans, ou après leur décès, *ibid.* aux Notes. Exemple des clauſes indirectes pour faire valoir la Donation révoquée, & qui ſont reprouvées, pag. 345 & 346.
Quelle preſcription peut être oppoſée au retour des biens donnés, quand la Docation eſt révoquée par la ſurvenance d'enfans, page 348.
Révocation : la Donation entre mariés ſe révoque *ſolâ pœnitentiâ*, pag. 360. Il en eſt de même de celle qui eſt faite par le pere à ſes enfans de famille, pag. 364.

BIU Cujas

S

Séparation : ne résoud pas la puissance maritale, pag. 268, & pag. 74.

Serment n'est admissible touchant la vérité d'une Donation verbale, pag. 16, 17.

Seing des Notaires & Parties, est requis pour la validité des Actes, ou du moins les Parties doivent être requises de signer, pag. 19 & 20.

Si l'Acte vaut lorsque les Parties ont signé & que le Notaire n'a pas signé, pag. 20.

Le défaut de *seing* du Notaire annulle la Donation, *ibid.*

Stellionat : celui qui donne deux fois la même chose à deux personnes, tombe dans le stellionat, pag. 136 & 137.

Stipulation : si les Notaires peuvent stipuler pour autrui, pag. 50. *Quid*, des Tabulaires, pag. 51.

Raison pourquoi les esclaves du public pouvoient stipuler pour autrui, pag. 51, 52.

Si les ascendans peuvent stipuler pour leurs descendans, pag. 66. Les biens à venir sont la matiere de la stipulation, pag. 121.

Substitution : si la charge imposée à l'acheteur de bailler le prix à un tiers absent, peut être regardée comme une substitution, pag. 52. *Quid*, si la charge est imposée dans un Contrat de vente, pag. 53. *Quid*, si elle est faite en faveur de la cause pie, *ibid.*

Substitution faite en faveur des enfans à naître est bonne, pag. 84. Si les substitutions ont besoin d'acceptation, *ibid.* & pag. 87 au texte. Comment cela doit-il être entendu : Voyez les notes sur l'Art. XI. Si la substitution contractuelle est irrévocable quand le substitué n'a pas accepté, *ibid.* aux notes. Comment la substitution contractuelle, non acceptée par le substitué, peut être révoquée, *ibid.* En quel cas la substitution contractuelle est irrévocable, *ibid.*

Dans le doute, les enfans du Donataire mentionnés dans la Donation, ne sont pas appellés à la Donation, pag. 89. & suiv. Si quand les enfans sont appellés, ils le sont conjointement ou par substitution, *ordine successivo*, pag. 88. Les enfans d'un autre mariage ne sont pas appellés à la substitution faite au donataire & aux enfans qui proviendront du mariage par lui contracté, pag. 89. De l'insinuation des substitutions, pag. 181, 182, 183.

La substitution contractuelle faite par le pere dans le Contrat de mariage de son fils, qu'il institue & qu'il substitue, doit-elle s'entendre des enfans du second mariage, pag. 89, 90.

Syndic peut accepter les Donations, pag. 69, est comparé au tuteur, *& habet administrationem cum libera*, *ibid.* ne peut transiger ni aliéner sans procuration spéciale, *ibid.*

T

Tabellions : leur condition, leur emploi, & en quoi ils different des Tabulaires, pag. 50, 51. Les Tabellions étoient des personnes libres, *ibid.*

Tabulaires : quelle étoit leur condition, leur emploi ? pag. 51. Les Loix qui parlent des esclaves publics, ne conviennent pas aux Tabulaires, *ibid.* En quel tems les Tabulaires ont été personnes libres, *ibid.*

Témoin : combien de Témoins faut-il aux Contrats, pag. 20. S'il est nécessaire que tous les Témoins signent, *ibid.* S'il faut expliquer la qualité, demeure & paroisse des Témoins, *ibid.*

Testament du fils de famille. Voyez *fils de famille.*

Les Testamens dans les Pays Coutumiers, sont regardés comme des Codiciles, pag. 31.

Titre Sacerdotal : s'il vaut sans acceptation, pag. 58. S'il est sujet à l'insinuation, 185, 186. Le titre Sacerdotal est plus favorable que la dot, 185. S'il nuit aux Créanciers antérieurs, *ibid.* Publication du titre Sacerdotal au Prône, le fait suffisamment con-

BIU Cujas

noître *ibid.* S'il vaut seulement pour l'usufruit, 186. Si le titre Sacerdotal est révoqué par la survenance des enfans, pag. 313 & suivantes.

Le titre Sacerdotal n'est favorable que quand il n'excede pas le taux du Diocese, & pour le revenu seulement, pag. 313, 314. Si la révocation a lieu, lorsque le Prêtre est pourvu d'un Bénéfice, *ibid.*

Tradition : si elle est de l'essence de la Donation, p. 6. *Quid*, dans le Pays du Droit écrit, pag. 135, 136 & suiv.

Dans quel cas le défaut de tradition annulle la Donation, pag. 6 & 7.

La tradition ne confirme pas la Donation verbale nulle, p. 17.

Si la tradition est nécessaire en la Donation des meubles & effets mobiliers, pag. 120, au Texte, & aux Notes, sur la fin.

La signification de la Donation aux débiteurs, tient lieu de la tradition réelle des actions, *ibid.* Les choses incorporelles sont incapables de tradition réelle, *ibid.*

Si les biens à venir sont capables de tradition, pag. 124 & 125.

Si la tradition feinte suffit pour la validité de la Donation des meubles, pag. 124, 125, 126 & 127.

Tradition, pourquoi introduite dans les Pays Coutumiers, pag. 135, 136 & 137.

Les Donations en Contrat de mariage sont dispensées de la tradition, pag. 169 & 170. Si les Donations entre mariés, valent sans tradition, *ibid.*

Tuteur peut accepter les Donations faites à son pupille, pag. 59, au Texte, & aux Notes.

Les Contrats du tuteur nuisent ou profitent au pupille, *ibid.* aux Notes. Le tuteur est au niveau du Maître, *ibid.*

Tuteur est responsable pour n'avoir pas accepté la Donation faite à son pupille, p. 118 & 119.

Tuteur & curateur, sont tenus de ce qu'ils n'ont pas fait pour l'utilité des pupilles ou mineurs. & de ce qu'ils ont négligé, *ibid.* Tuteur qui n'est pas instruit, n'est pas responsable de sa négligence, *ibid.*

Si plusieurs tuteurs en faute sont tous responsables solidairement, page 277 & 278.

Un des Tuteurs peut administrer *in solidum*, quand l'administration n'est pas divisée, pag. 70.

V

Vaisseaux : s'ils sont meubles, pag. 231. S'ils sont susceptibles d'hypotheque, *ibid.* Comment peuvent-ils être saisis, *ibid.* Et le prix distribué aux créanciers, *ibid.*

Virile : la femme gagne la virile de l'augment en propriété, pag. 195 & 196. Elle peut en disposer, si elle n'a pas convolé en secondes nôces, mais il n'y a qu'une disposition expresse qui comprenne la virile, *ibid.* Comment se regle la virile, si c'est eu égard au nombre des enfans vivans lors du décès du mari, ou bien par rapport à ceux qui existent lors de la mort de la femme, *ibid.*

De la virile que le mari gagne sur la dot en propriété, pag. 195.

U

Usufruit peut être constitué sur les meubles, de même que sur les immeubles, pag. 132 & 133.

Retention d'usufruit, équipolle à la tradition réelle, p. 127 & 128.

Usufruit peut être réservé dans la Donation, tant pour le donataire, que pour un tiers, p. 133.

Retention tacite de l'usufruit, suffit pour exclure la regle, donner & retenir ne vaut, pag. 133.

Usufruit prend fin, & se consolide de plein droit à la propriété, p. 133.

Quand le donateur est en possession sous la retention d'usufruit, ou sous la clause de constitut, la Donation est en suspens, p. 134.

Fin de la Table des Matieres des Observations,

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

BIU Cujas