

Œ U V R E S
C O M P L E T T E S
D E

M. FURGOLE.

NOUVELLE ÉDITION, revue, corrigée
& augmentée.

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

TOME SIXIEME.

Contenant la seconde Partie de l'Ordonnance sur les
DONATIONS.



QUARLES

COMPANIES

DE

THE

NEW YORK, N.Y.

1880

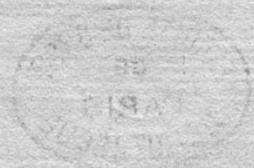
NEW YORK, N.Y.

1880

TOMAS

NEW YORK, N.Y.

1880



QUESTIONS
 REMARQUABLES
 SUR LA MATIÈRE
 DES
 DONATIONS,

AVEC PLUSIEURS ARRÊTS
 DU PARLEMENT DE TOULOUSE,

Pour servir de Supplément aux Observations sur
 l'Ordonnance du mois de Février 1731.

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

NOUVELLE ÉDITION,

Revue, corrigée, & considérablement augmentée.

SECONDE PARTIE.



A PARIS,

Chez CELOT, Imprimeur-Libraire, rue Dauphine.



M. DCC. LXXV.

Avec Approbation & Privilège du Roi.

QUESTIONS

REMARQUABLES

sur la MATIÈRE

DES

DONATIONS

AVEC PLUSIEURS ARRÊTS

DU PARLEMENT DE TOULOUSE,

Pour servir de supplément aux Observations sur
l'ordonnance du mois de Février 1727.

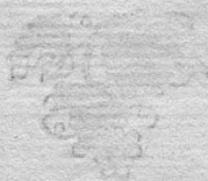
Par M. JEAN-BAPTISTE FURCOLE,

Avocat au Parlement de Toulouse.

NOUVELLE ÉDITION,

Revue, corrigée, & considérablement augmentée.

SECONDE PARTIE.



A PARIS,

Chez CÉLOU, Imprimeur-Libraire, rue Dauphine.

M. DCC. LXXV.

Avec Approbation & Privilège du Roi.



TABLE

DES QUESTIONS.

- Q**UESTION PREMIERE. I. *Si lorsque la Donation est faite à deux personnes, dont l'une est présente, & l'autre absente, l'acceptation de l'une profite à l'autre,* Page 1.
- II. *Si la Donation vaut pour le tout en faveur de l'acceptant, ou pour la moitié seulement,* pag. 4.
- III. *Si le droit d'accroissement a lieu dans les Donations entre-vifs,* pag. 5.
- IV. *Si la Donation est un Contrat synallagmatique,* pag. 11.
- Q**UEST. II. I. *Si les pupilles ou mineurs peuvent, sans l'assistance de leurs tuteurs ou curateurs, accepter les Donations à eux faites,* pag. 12.
- II. *Si les tuteurs ou curateurs peuvent accepter les Donations faites à leurs pupilles ou mineurs absens,* pag. 18.
- Q**UEST. III. *Si le pere ou la mere, & les autres ascendans, peuvent accepter les Donations faites à leurs enfans,* pag. 21.
- Q**UEST. IV. *Si le mari peut accepter la Donation faite en faveur de sa femme absente,* pag. 27.
- Q**UEST. V. I. *Si le donateur peut révoquer la Donation avant que le donataire l'ait acceptée,* pag. 31.
- II. *De la charge de rendre à un tiers absent.*
- III. *Quid, des Donations qui valent sans acceptation.*
- Q**UEST. VI. *Si la Donation faite après-coup, a*
- Tome VI. a

- un effet rétroactif au jour de la Donation,*
pag. 49.
- QUEST. VII. *Si les héritiers du donataire peuvent accepter la Donation à lui faite, & qu'il n'avoit pas acceptée,* pag. 51.
- QUEST. VIII. *Si le donataire est reçu à répudier la Donation, après l'avoir acceptée,*
pag. 54.
- QUEST. IX. *Si la légitime se prend par contribution sur toutes les Donations, ou d'abord sur la dernière, ensuite subsidiairement sur chacune des autres, en remontant de celles qui sont postérieures, à celles qui sont antérieures,* pag. 67.
- QUEST. X. *Si la dot des filles est sujette au retranchement de la légitime,* pag. 74.
- QUEST. XI. *Si les biens compris dans une Donation faite en faveur de mariage, en supposant qu'elle soit révoquée par la survenance d'enfans au donateur, demeurent néanmoins hypothéqués subsidiairement au douaire, & autres conventions matrimoniales,* pag. 86.
- QUEST. XII. *Si la donation à cause de mort est révoquée par la survenance des enfans,*
pag. 91.
- QUEST. XIII. *Si la Donation faite à l'Eglise, ou autre cause pie, est révoquée par la Loi Si unquam,* pag. 97.
- QUEST. XIV. *Si la Donation d'une chose particulière, est révoquée par la Loi Si unquam.* pag. 102.
- QUEST. XV. I. *Si la Donation rémunératoire est révoquée par la survenance des enfans.*
II. *S'il est nécessaire que les services soient prouvés,* pag. 113.
- QUEST. XVI. *Si l'enfant justement exhérédé, ou mort civilement, donne lieu à la révocation de la donation par la Loi Si un-*

quàm, pag. 120.

QUEST. XVII. I. Si les enfans nés d'un mariage nul, par l'incapacité de l'un des contractans, & qui sont légitimés à cause de la bonne foi de l'un des mariés, donnent lieu à la révocation de la Donation par la Loi Si unquam.

II. Quid, des enfans légitimés per subsequens matrimonium, après la Donation, pag. 124.

QUEST. XVIII. I. Si la Donation faite par le pere à son fils naturel, est révoquée par la Loi Si unquam, lorsqu'il survient des enfans légitimes du donateur.

II. Si la légitimation du bâtard est révoquée par la Loi Si unquam; pag. 140.

QUEST. XIX. Si la Donation faite par un homme ayant des enfans qu'il croyoit morts, est révoquée par leur retour, pag. 151.

QUEST. XX. Si un pere qui n'a que des filles, faisant une Donation à un de ses parens de son nom, ou avec charge de porter son nom, la Donation est révoquée par la naissance d'un enfant mâle, pag. 155.

QUEST. XXI. Si le fils de famille peut donner entre-vifs sans le consentement ou la permission de son pere. pag. 157.

QUEST. XXII. Si le fils de famille peut donner à cause de mort, sans le consentement de son pere, pag. 164.

QUEST. XXIII. Si la Donation faite en faveur de mariage, est bonne, quoique le mariage n'ait pas été accompli, pag. 167.

QUEST. XXIV. Si la femme peut donner le fonds dotal sans le consentement de son mari, pag. 176.

QUEST. XXV. Si la femme qui se marie sans Contrat de mariage, est censée s'être constituée tous ses biens, pag. 182.

QUEST. XXVI. Si le donateur peut substituer ex

- intervallo aux biens qu'il a donnés , p. 200.
- QUEST. XXVII. I. Des cas où la substitution aux biens donnés est valable.
- II. Dans quels Actes cette substitution peut-elle être faite ? pag. 211.
- QUEST. XXVIII. Si la substitution doit être faite nommément aux biens donnés , quand le donateur s'est réservé dans la Donation la faculté d'y substituer , pag. 229.
- QUEST. XXIX. Si lorsque la Donation est faite pour conserver une maison Noble , & que la faculté de substituer aux biens donnés a été réservée , le donateur peut faire une substitution masculine , verbis generalibus , pag. 236.
- QUEST. XXX. Si la substitution contenue dans un Testament antérieur à la Donation , contenant réservation de la faculté de substituer aux biens donnés , comprend les biens donnés , pag. 239.
- QUEST. XXXI. I. Si la Donation des biens-meubles & immeubles , comprend les actions.
- II. Quid , si le mot tous y est ajouté , pag. 245.
- QUEST. XXXII. Si les Avocats & les Procureurs sont incapables de recevoir les libéralités par Contrat ou par Testament de leurs Clients , tandis que le Procès dure , pag. 265.
- QUEST. XXXIII. Si la prohibition portée par l'Article CXXXI de l'Ordonnance de 1539 , a lieu contre l'héritier du tuteur , qui est décédé sans avoir rendu compte à son ancien pupille , pag. 276.
- QUEST. XXXIV. I. Si les Donations entre-vifs , & les dispositions testamentaires , faites par les Domestiques en faveur de leurs Maîtres , sont nulles.
- II. Quid , des dispositions faites par les Maîtres en faveur de leurs Domestiques , p. 285.
- QUEST. XXXV. Quelles sont les personnes qu'on peut regarder comme interposées , & de

DES QUESTIONS.

quelle maniere faut-il entendre la Déclaration du mois de Février 1549, qui défend les donations faites aux tuteurs, & autres administrateurs par des personnes interposées, pag. 290.

QUEST. XXXVI. I. Si la prohibition de l'Article CXXXI de l'Ordonnance de 1539, dure après la fin de la tutelle, jusqu'à ce que le tuteur ait fait clôturer son compte, & payé le reliqua.

II. Si la parenté qui unit le tuteur ou administrateur avec son mineur, suffit pour emporter la présomption de captation, & faire valoir la Donation faite au profit du tuteur, ou autre administrateur, pag. 305.

QUEST. XXXVII. De quel jour sont dus les fruits ou intérêts du retranchement qui est fait des Donations ou Dots pour la légitime des autres enfans, pag. 312.

QUEST. XXXVIII. Lorsque le donateur s'est réservé la faculté de disposer de certains biens, ou d'une certaine somme, comment faut-il qu'il en dispose? Une disposition générale est-elle suffisante, ou faut-il une disposition expresse? pag. 321.

QUEST. XXXIX. I. Si dans le concours de deux Donations universelles, dont la première a été faite avec retention d'usufruit, & la deuxième sans réservation de l'usufruit, la deuxième doit prévaloir, lorsque le donataire s'est mis en possession réelle des biens donnés.

II. Quid, si la seconde Donation est particulière, & que le donataire ait pris possession le premier, pag. 333.

QUEST. XL. Si la femme peut donner irrévocablement aux enfans du premier lit de son mari, constante matrimonio, & vice-versâ; si le mari peut donner irrévocable-

- ment aux enfans du premier lit de sa femme, pag. 350.
- QUEST. XLI. Si celui qui a fait une Donation à cause de mort à deux personnes différentes, en différens tems, déclarant par Acte devant Notaire & deux témoins, qu'il veut que la premiere sorte à effet, est censé avoir suffisamment révoqué la seconde, sans qu'il y ait une révocation expresse, pag. 360.
- QUEST. XLII. De l'origine du droit de reversion, de sa nature, s'il peut être considéré comme une condition tacite, s'il se fait de plein droit, & quels sont ses effets, pag. 370.
- QUEST. XLIII. I. Si la renonciation à un fidéicommiss non échu, faite par celui qui devoit le recueillir immédiatement, en faveur de son fils, doit être considérée comme une Donation, ou comme une répudiation & abdication.
- II. Si le fils venant à prédécéder sans enfans, le pere reprend par droit de retour le fidéicommiss auquel il avoit renoncé.
- III. Si la clause par laquelle le pere renonce au fidéicommiss en faveur de son fils & de ses enfans mâles, ne renferme pas stipulation tacite de son retour, en cas que le fils décède sans enfans mâles.
- IV. Si le pere faisant une élection anticipée du fidéicommiss, avant qu'il ne soit sur sa tête, peut faire une nouvelle élection, après que son fils qu'il avoit élu, & qui avoit recueilli le fidéicommiss en conséquence, est décedé sans enfans.
- V. Si le fidéicommiss remonte, lorsque celui qui devoit le recueillir immédiatement après l'héritier grevé, le cede à son fils, & lui quitte la place, le fils qui n'étoit appelé qu'au second degré, venant à prédécéder sans enfans.

VI. Quels sont les effets de la renonciation en faveur, & quelles sont ses différences avec la renonciation pure, privative & exclusive du droit du renonçant.

VII. Si celui qui est grevé de rendre à sa mort, restituant pendant sa vie, les actions passent sur la tête du fidéicommissaire ex trebelliano, ou si la restitution anticipée ne vaut que comme cession ou Donation pendant la vie du grevé, p. 381.

QUEST. XLIV. Si l'enfant qui n'est point né ni conçu au tems de la mort de son ayeul, est capable de recueillir sa succession, qui est vacante lors de sa naissance, & lorsqu'il veut l'accepter, pag. 406.

QUEST. XLV. Si le légataire de l'usufruit d'une maison peut contraindre le propriétaire à faire les grosses réparations, ou s'il est lui-même obligé de les faire à ses frais, sauf à les répéter après la fin de l'usufruit, pag. 419.

QUEST. XLVI. I. De quelle maniere doit-on entendre la regle établie par les Loix, que les dispositions du testateur doivent dépendre de sa volonté, & non de celle d'autrui.

II. Si le mari peut donner à sa femme, ou à un tiers, le pouvoir d'augmenter les legs qu'il a fait à ses enfans, ou à d'autres personnes.

III. Si la femme ou le tiers auxquels ce pouvoir a été accordé, peuvent augmenter les legs au-delà de la légitime, & quelle doit être la regle & la mesure de cette augmentation, pag. 426.

QUEST. XLVII. Si l'acceptation est nécessaire pour les Donations à cause de mort, selon le Droit Romain, pag. 442.

QUEST. XLVIII. Si la femme à laquelle sa mere ou quelqu'autre personne a fait une Do-

nation à titre de dot, est tenue envers son mari d'une action personnelle à raison de la constitution tacite, que la Loi présume être faite par elle à son mari, & si elle est obligée avec le constituant, p. 449.

QUEST. XLIX. Si les libéralités faites par l'un des futurs conjoints en faveur de l'autre, dans leur Contrat de mariage, appartiennent aux héritiers du donataire qui décède avant le donateur, ou si elles sont caduques, pag. 457.

QUEST. L. I. Si la Donation faite à une personne absente est soutenue par l'acceptation du substitué aux mêmes biens donnés.

II. Si supposé que la Donation soit nulle par le défaut d'acceptation, la substitution des mêmes biens, faite dans le même Acte de Donation, au profit d'une personne présente & acceptante, est valable, p. 466.

Fin de Table des Questions.

QUESTION



QUESTION

PREMIERE.

- I. Si lorsque la donation est faite à deux personnes , dont l'une est présente , & l'autre absente , l'acceptation de l'une profite à l'autre.
- II. Si la donation vaut pour le tout en faveur de l'acceptant , ou pour la moitié seulement.
- III. Si le droit d'accroissement a lieu dans les donations entre-vifs.
- IV. Si la donation est un contrat synallagmatique.

S O M M A I R E S.

1. *La donation doit être acceptée par le donataire.*
2. *La stipulation du Notaire est inutile.*
3. *L'acceptation du codonataire ne profite pas à l'autre.*
4. *Disposition de la Loi 3, cod. de donat. quæ sub modo.*

Tome VI,

A

5. La seule volonté du donateur n'acquiert aucun droit au donataire.
6. Disposition de la Loi 64, ff. de contrah. empt.
7. Disposition de la Loi 110, ff. de verb. obligat.
8. Quand la stipulation est faite pour deux, la chose est divisée d'abord.
9. La portion de l'absent est caduque.
10. Réponse de la Loi 1, cod. de donat. quæ sub modo.
11. Sentiment de Ricard.
12. Si le droit d'accroissement a lieu dans les donations.
13. Sentiment de Ricard pour l'affirmative.
14. Fondement de cette opinion.
15. Sur quoi est fondé le droit d'accroissement.
16. Suite.
17. Opinion contraire, que le droit d'accroissement n'a pas lieu aux donations.
18. Auteurs qui l'ont soutenue.
19. Fondemens de cette opinion.
20. Résolution pour cette dernière opinion.
21. Distinction sur la question si la donation faite à deux, appartient en entier à celui qui a accepté seul.
22. Exemples pour expliquer la distinction.
Premier exemple.
23. Deuxième exemple.
24. Jus non decrescendi.
25. Non fiunt partes nisi concursu.
26. Explication de ce que Ricard dit.
27. Réponse à l'Arrêt du Parlement de Paris.
28. Réponse à la Loi 64, ff. de contrah. empt.
29. La vente ne doit pas avoir lieu pour partie du tout vendu.
30. La communion attire des contestations.
31. Examen du quatrième point.

QUESTION I. 3

32. Opinion de Ricard , que la donation est un contrat synallagmatique.
33. Cette opinion n'est pas soutenable.
34. Les donations sont mises au rang des causes de contracter.
35. La donation ne peut pas être acquise ignorant vel nolenti.
36. Preuves que la donation vaut , quoiqu'il n'y ait pas une obligation réciproque.
37. L'esclave ne peut pas obliger son Maître.
38. Disposition de la Loi 6 , cod. de donat.
39. Comment la donation faite à un enfant peut être acceptée.
40. Quand on en demeure aux termes d'une donation , il y a une obligation qui lie le donataire.
41. La donation n'est pas proprement un contrat.
42. Ancienne Jurisprudence du Parlement de Toulouse.
43. Nouvelle Jurisprudence du même Parlement.
44. Conclusion.



NOUS avons établi dans nos observations sur l'ordonnance du mois de Février 1731 , par des principes assez solides , que la donation doit être acceptée par le donataire , ou par son Procureur fondé , ou légal , afin que le droit lui soit acquis , & que la stipulation du Notaire ne lui en attribue aucun ; d'où nous pouvons tirer une résolution certaine , que l'acceptation du codonataire ne profite pas à l'autre , à moins que celui qui a accepté ne soit du nombre des personnes auxquelles la loi donne le pouvoir d'accepter , ou de stipuler pour autrui.

La loi 3 , *cod. de donat. quæ sub modo* , qui veut que la donation faite à une personne présente & acceptante , avec condition que les biens donnés appartiendront à un tiers absent , vaille en faveur de l'absent en vertu de la volonté du donateur , & par la force de l'acceptation du premier donataire , semble contraire à notre décision , parce qu'on peut en

1. La Donation doit être acceptée par le donataire.

2. La stipulation du Notaire est inutile.

3. L'acceptation du codonataire ne profite pas à l'autre.

4. Disposition de la Loi 3 , *Cod. de Donat. quæ sub modo*.

QUESTION I.

inférer que l'acceptation du codonataire profite à son confort absent, ou que du moins la donation est soutenue dans ce cas par la volonté du donateur, tout comme dans l'espece de cette Loi, n'y ayant aucune raison de différence.

Mais cette loi ne doit pas nous faire départir de

3. La seule volonté du donateur n'acquiert aucun droit au donataire.

6. Disposition de la Loi 64. ff. de contrah. empt.

7. Disposition de la Loi 110. ff. de verb. obligat.

8. Quand la stipulation est faite pour deux, la chose est divisée d'abord.

9. La portion de l'absent est caduque.

10 Réponse à la Loi 3, Cod. de Donat. quæ sub modo.

la regle, dans le cas que nous avons proposé ; & cela par plusieurs raisons. La premiere, parce que, suivant les loix 10 & 26, ff. de donationibus, la seule volonté du donateur ne suffit pas pour attribuer au donataire absent un droit ou une action sur la chose donnée ; mais il faut qu'il accepte pour rendre la donation parfaite. La deuxieme, que la loi Fundus 64, ff. de contrah. empt. décide que si j'achete un fonds pour moi & pour Titius, aucun droit n'est acquis à Titius, ni par la stipulation, ni par la volonté du vendeur ; mais la personne de Titius doit être regardée comme non écrite, *personam Titii supervacuo accipiendam puto*, dit le Jurisconsulte Javolenus. La troisieme, que la Loi Si mihi 110, ff. de verb. oblig. décide pareillement que si je stipule dix écus pour moi & pour Titius absent, l'obligation ne vaut que pour cinq écus de ma portion, *pars enim aliena deducitur, ut quod extraneo inutiliter stipulatus sum, non augeat meam partem*. De cette loi résultent deux choses également

décisives, 1. Que toutes les fois qu'on stipule vaguement une somme pour soi & pour autrui, le partage s'en fait intellectuellement en deux portions égales. 2. Que la portion de l'absent est caduque,

& pour non écrite. La quatrieme raison est prise, de ce que la loi 3 décide un cas différent & par des raisons particulieres ; en effet, la donation entiere est faite au donataire acceptant, qui doit la recueillir en premier ordre ; au lieu que quand la donation est faite à deux, la moitié des biens ne regarde que l'acceptant, & l'autre moitié est vacante & caduque, faite d'acceptation ; la donation dans le cas de la loi opposée, a deux degres : elle est parfaite & irrévocable pour le premier, & le second donataire ne peut en profiter que subordonnément ; ce n'est même que par une espece de fidéicommis fondé sur la volonté du donateur qui produit une action utile au second donataire ; au lieu que dans notre cas la donation n'est parfaite que pour la moitié, & il n'y a point de loi qui la fasse valoir pour l'autre moitié ; il y en a au

QUESTION I.

5

contraire qui la déclarent nulle & caduque ; en un mot, la loi 3, *cod. de donationib. quæ sub modo*, dérogeant aux principes du droit dans une espece singuliere, & par un motif d'équité, *benignâ juris interpretatione*, il n'y a pas lieu de l'étendre hors de son cas particulier contre la disposition des loix expressees, qui décident le contraire ; c'est aussi le sentiment de Ricard, dans son traité des donations, tome 1, part. 1, n^o. 871, qui décide que quand la donation est faite à deux personnes, dont l'une est absente, l'acceptation du donataire présent ne profite pas à l'autre, & que la donation, quoique faite par un même acte, est valable au profit de celui qui a accepté, & nulle à l'égard de l'absent ; mais il faudroit excepter de cette décision le cas porté par l'article XII de l'ordonnance du mois de Février 1731 ; c'est-à-dire, quand la donation est faite à des enfans nés & à naître ; car l'acceptation de ceux qui sont déjà nés fera valoir la donation pour ceux qui sont à naître, comme nous l'avons expliqué sur cet article.

11. Sentiment de Ricard.

Il a plus de difficulté dans les autres deux points de notre question, qui consistent à savoir si la donation vaut pour le tout en faveur du donataire acceptant, & si le droit d'accroissement a lieu dans les donations.

12. Si le droit d'accroissement a lieu dans les Donations.

Ricard, dans son traité des donations, tom. 1, part. 1, n^o. 872, & part. 3, n^o. 477, & suivans, soutient que quand les donataires sont joints ensemble, la portion qui est caduque à l'égard de l'absent, ou de celui qui étoit incapable au temps de la donation, accroît à l'autre ; il se fonde sur ce que le droit d'accroissement n'est établi par aucune constitution générale, si ce n'est pour ce qui concerne l'institution ; ce n'est pas une grace & un privilege introduit par la loi en faveur des légataires, & ce que nous trouverons dans le droit n'est fondé que sur la raison & sur l'interprétation de la volonté des testateurs, lesquels ayant conjoint deux ou un plus grand nombre de personnes dans un même bienfait, comme tous les particuliers qui y sont appellés ont la volonté solidaire du testateur pour ce qui a été l'objet de la libéralité, s'il y en a quelques-uns qui n'y viennent pas, les autres sont subrogés en leur place en vertu de la présomption de la volonté du testateur : si bien que la même conjoncture se rencontrant dans la donation entrevifs, aussi-bien que dans le legs, la raison veut que

13. Sentiment de Ricard pour l'affirmative.

14. Fondement de cette opinion.

15. Sur quoi est fondé le droit d'accroissement.

l'un & l'autre soient susceptibles d'une même résolution, & il autorise son sentiment par un Arrêt du Parlement de Paris du 2 Mars 1657.

16. Suite,

Il pouvoit encore ajouter la décision de la loi *Fundus 64*, ff. de *contrah. empt.* où le Jurisconsulte Javolenus déclare nettement, que si *Mævius* achete un fonds pour lui & pour *Titius*, la vente vaut pour le tout en faveur de *Mævius*, tout de même que si la personne de *Titius* n'avoit pas été ajoutée; ce qui ne peut arriver que par la force du droit d'accroissement; autrement la chose étant divisible, la vente ne pourroit valoir en faveur de *Mævius* que pour la moitié, & l'autre moitié seroit vacante & caduque faute de stipulation de la part de *Titius*, celle de *Mævius* ne pouvant pas lui profiter, suivant la loi 38, §. 17, ff. de *verb. oblig.* & la loi 64, de *contrah. empt.*

17. Opinion contraire, que le droit d'accroissement n'a pas lieu aux Donations.

D'autres ont cru au contraire que le droit d'accroissement n'a pas lieu aux contrats ni aux donations entre-vifs; mais la portion stipulée pour un tiers absent par celui qui n'avoit pas droit de stipuler, est vacante & caduque; c'est le sentiment de Dumoulin, sur la coutume de Paris, §. 78, *Gloss.* 4, n°. 37 & 38; de M. Cujas, sur la loi 64, ff. de *contrah. emptione*; de Duaren, dans son traité de *jure accrescendi*, lib. 1, cap. 15 & 16; de Peresius, dans ses préleçons, sur le titre du code de *caducis tollendis*, n°. 9, & de plusieurs autres rapportés par Despeyffes, des *contrats*, part. 2, tit. 4, de la conjonction de divers contractans.

18. Auteurs qui l'ont soutenue,

19. Fondateurs de cette opinion,

Ces Auteurs se fondent sur la disposition de la loi 110 ff. de *verb. oblig.* & sur ce qu'on ne trouve aucun texte dans le droit qui admette le droit d'accroissement aux contrats & aux donations entre-vifs: ce droit n'ayant été introduit que pour les testamens, & autres dispositions de dernière volonté; & si l'Empereur Constantin l'a introduit en faveur des donataires du Prince dans la loi unique, *cod. si liberalit. Imperialis socius sine hærede decesserit*, ce n'est que par un droit spécial, à cause qu'on explique plus largement les libéralités du Prince, leg. 4, ff. de *constit. Principum*. Ce qui suppose que le droit commun est contraire; ainsi cette seule exception autorise la règle qui rejete le droit d'accroissement aux donations entre-vifs, & avec raison sans doute: parce que les donations *sunt stricti juris*, & ne souffrent point d'extension, de même que les contrats; L. 99, ff. de *verb. oblig.* au lieu

qu'on interprete plus pleinement la volonté des mourans.

Nous ne doutons point qu'il ne faille tenir pour regle certaine, que le droit d'accroissement n'a pas lieu aux donations entre-vifs, par les raisons que nous venons de toucher; cependant nous croyons qu'il faut user de distinction lorsqu'il s'agit de savoir si la donation faite à deux ou plusieurs personnes, & qui n'est acceptée que par un des donataires, doit être recueillie *in solidum* par l'acceptant, ou si elle vaut seulement pour sa portion.

20. Résolution pour cette dernière opinion.

21. Distinction sur la question si la Donation faite à deux appartient en entier à celui qui a accepté seul.

Il faut donc examiner les termes de la donation, & voir si elle est faite à deux ou plusieurs personnes en même tems, qui sont admises en concours dès l'instant de la donation, ou bien si elle est faite *in solidum* à chacun des donataires qui ne viennent pas par concours lors de la donation. Au premier cas, les portions étant distinguées intellectuellement, & par le ministère de la loi qui fait concourir également tous les donataires, l'acceptation de celui qui est présent ne lui profite que pour sa portion virile, & les autres demeurent vacantes & caduques. Au second cas, la libéralité étant dirigée *in solidum*, à chacun des donataires, ce n'est que par le concours qui pourra survenir par l'acceptation des absens, que les portions seront distinguées; & si les absens n'acceptent pas à tems, toute la libéralité demeure au donataire acceptant, *per jus non decrescendi*; parce qu'il est fondé sur la volonté solidaire du donateur, comme l'observe Ricard, & qu'il a accepté pour lui la donation en entier, sauf qu'il est obligé de la communiquer aux autres donataires, en cas qu'ils acceptent, parce qu'alors *concurso partes fiunt*, comme parlent les interpretes.

Ceci s'éclaircit parfaitement par deux ou trois exemples. Supposons donc premièrement que *Titius* donne un fonds à *Mævius* & à *Sempronius*; *Mævius* acceptant pour lui & pour son codonataire. Dans ce cas, les deux codonataires concourant à même-tems par la volonté du donateur, la libéralité n'est dirigée à *Mævius* que pour la moitié, & pour l'autre moitié à *Sempronius*; ainsi la donation se trouvant partagée par le ministère de la loi, & par la volonté tacite du donateur, *Mævius* n'accepte efficacement que pour la moitié, & par conséquent il n'a de droit que sur

22. Exemples pour expliquer la distinction. Premier exemple.

8 QUESTION I.

cette moitié, tout comme dans le cas de la loi 110 ; ff. de verb. obligat. celui qui stipule dix écus pour lui, & pour un tiers absent, ne peut demander que cinq écus de sa portion, parce que l'obligation est divisée de plein droit, & la portion de l'absent demeure vacante, faute de stipulation efficace.

23. Deuxième exemple, En second lieu, supposons que Titius donne un fonds à Mævius ou à Sempronius, & que Mævius accepte la donation pour lui & pour Sempronius absent; il est clair que la libéralité est dirigée *in solidum* à chacun des donataires, & ce n'est que par le concours qui surviendra par l'acceptation de Sempronius absent, que les portions peuvent être distinguées; & par conséquent cette libéralité doit appartenir à Mævius, *per jus non decrescendi*, si Sempronius n'accepte pas, parce que Mævius a accepté pour lui l'entière donation. Voilà pourquoi il ne peut pas y avoir de portion vacante ni caduque. Ceci est fondé sur la doctrine de Dumoulin, au lieu préallégué, n°. 38.

24. *Jus non decrescendi.* On doit dire la même chose toutes les fois qu'il ne faut pas recourir au droit d'accroissement, & que l'un des donataires ayant accepté l'entière donation *in solidum* pour lui, il est question seulement *de jure non decrescendi*; comme, par exemple, si la donation est faite *in solidum* à Mævius, & que les mêmes biens soient aussi donnés dans le même acte *in solidum* à Sempronius, auquel cas celui qui accepte la donation étant fondé sur la volonté solidaire du donateur, & sur son acceptation *in solidum*, il doit profiter de toute la libéralité, lorsque l'autre donataire n'accepte pas, ou se trouve incapable, parce que *non fiunt partes, nisi concursu*, que le concours n'arrive pas faute d'acceptation de la part de l'absent, & que le donataire acceptant doit être considéré de la même manière que s'il avoit expressément stipulé, qu'en cas que l'autre donataire absent ne prendroit pas sa part, l'entier fonds appartiendroit à l'acceptant; c'est ainsi que le décide Duaren, *de jure accrescendi, lib. 1, cap. 15.*

25. *Non fiunt partes, nisi concursu.* C'est dans ce sens qu'il faut prendre ce que dit Ricard sur cette difficulté; autrement il seroit tombé dans une contradiction visible, puisqu'à la première partie, n°. 871, il dit que si de deux donataires qui doivent prendre la donation des mains du donateur, l'un est présent & acceptant pour lui & son codonataire, & l'autre absent, l'acceptation de l'un ne pro-

26. Explication de ce que Ricard dit,

fitera pas à l'autre ; ce qui fait comprendre que cet Auteur parle de la donation faite à deux personnes ensemble par un même discours, & de la maniere que nous l'avons rapporté dans le premier exemple ; & quand il propose son exception au nombre 872, qu'il explique dans la troisieme partie, chap. 4, sect. 4, il suppose que chaque donataire est fondé sur la volonté solidaire du donateur ; ce qui prouve que cet Auteur entend parler des cas d'une conjonction que les interpretes appellent *réelle*, & *de jure non decrescendi*, & qu'il a confondu ce droit avec le droit d'accroissement.

L'arrêt du Parlement de Paris du 2 Mars 1657 n'est pas contraire à notre décision, parce que cet arrêt peut avoir eu deux motifs tirés des circonstances particulieres du fait. Le premier, que c'étoit un frere qui avoit accepté la donation faite par sa mere, tant pour lui, que pour son frere ; qu'ainsi cette acceptation étoit plus favorable que dans les cas ordinaires, à cause qu'elle avoit été faite par une personne conjointe, & qui sembloit avoir un pouvoir légal, suivant la loi *sed & hæ personæ 35, ff. de procurator*. Le deuxieme, que la mere qui vouloit révoquer la libéralité faite à ses enfans, avoit passé à des secondes nôces, sans laquelle circonstance Ricard croit qu'on auroit pu juger autrement ; & d'ailleurs cet Auteur dit seulement que la donation fut confirmée pour le tout ; mais il n'observe pas si les biens donnés furent adjugés aux deux donataires, ou bien seulement à celui qui avoit accepté.

Al'égard de la loi 64, *ff. de contrah. empt.* sa décision n'est pas fondée sur le droit d'accroissement, selon M. à la Loi 64, Cujas sur cette Loi, mais sur des considérations particulieres tirées de la nature du contrat de vente ; c'est-à-dire, sur ce que ce contrat étant de bonne foi, *id quod bonum & æquum est tantùm spectatur* ; que le vendeur & l'acheteur n'auroient pas vendu ou acheté partie du fonds ; L. 47, §. 1, *ff. de minoribus*. Voilà pourquoi le Jurisconsulte décide que la vente doit valoir pour le tout, afin de ne pas tomber en communion, qui attire ordinairement des contestations ; sur quoi on peut voir le même Docteur, qui satisfait pleinement à toutes les objections & à tous les argumens qui sont opposés.

Passons à l'examen du quatrieme point de notre question. Ricard, dans son traité *des donations*, tom. 1, part.

27. Réponse à l'Arrêt du Parlement de Paris.

28. Réponse à la Loi 64, *ff. de contrah. empt.*

29. La vente ne doit pas avoir lieu pour partie du tout vendu.

30. La communion attire des contestations.

31. Examen du quatrieme point.

32. Opinion de Ricard que la Donation est

un Contrat synallagmatique.

I, n°. 835 & 846, a cru que la donation entre-vifs étoit un vrai contrat synallagmatique; voilà pourquoi il dit qu'il est de la nature des donations entre-vifs, qu'elles soient fixes, permanentes & irrévocables, tant de la part du donataire, que du donateur; & c'est par cette raison qu'il croit que l'acceptation est

33. Cette opinion n'est pas soutenable.

requise de la part du donataire; mais cette opinion n'est pas soutenable en point de droit, & si l'acceptation ou le consentement du donataire est requis pour

34. Les Donations sont mises au rang des causes de contracter.

la perfection des donations, c'est parce qu'elles sont mises au rang des causes de contracter, suivant la loi 55, ff. de oblig. & actionib. que la loi exige le consentement réciproque des contractans, & que d'ailleurs une libéralité ne peut point être acquise, ignoranti

35. La Donation ne peut pas être acquise ignoranti vel nolenti.

vel nolenti, L. 10, & L. 19, §. 2, ff. de donat. car la donation ne laisse pas d'être irrévocable à l'égard du donateur, quoiqu'il n'y ait pas une obligation réciproque de la part du donataire.

36. Preuves que la Donation vaut, quoiqu'il n'y ait pas une obligation réciproque.

En effet, la loi 10 ff. de donat. décide par l'argument des contraires dans sa première disposition, qu'il suffit que le donataire qui a chez lui la chose donnée, sache qu'elle lui a été donnée, afin que la donation soit parfaite; ce qui prouve que l'obligation réciproque n'est pas nécessaire: elle dit encore sur la fin, que si la chose est livrée à l'esclave présent dans le dessein qu'elle lui appartienne, la donation est parfaite dès ce moment au profit du maître de l'esclave, quoiqu'il n'ait point donné son consentement, & qu'il ne se soit point obligé envers le donateur; ce qui ne se pourroit point, si la réciprocité de l'obligation étoit

37. L'esclave ne peut pas obliger son Maître.

nécessaire pour la perfection de la donation; car on ne sauroit prétendre avec quelque fondement que l'esclave, auquel la donation est faite, puisse valablement obliger la personne de son maître envers le donateur, puisqu'il est lui-même incapable de contracter une obligation civile, L. 14, ff. de oblig. & actionib.

38. Disposition de la Loi 6, Cod. de Donat.

La loi nec ambigi 6, cod. de donat. renferme la même décision d'une manière encore plus claire & plus précise; car elle veut que la donation faite en faveur d'une personne absente, soit parfaite du moment que le donataire aura pris possession des biens donnés; d'ou il résulte clairement qu'il suffit de la simple démonstration de la volonté du donataire, qui approuve la libéralité, même par des simples faits, sans qu'il soit besoin qu'il contracte une obligation précise envers le donateur.

QUESTION I.

II

Enfin la loi 26, *cod. de donat.* décide que la donation faite en faveur d'un enfant peut être acceptée par un esclave, qui assurément n'est pas capable d'obliger le donataire; & par conséquent il n'est point vrai que la réciprocité de l'obligation ait fait introduire la nécessité de l'acceptation.

39. Comment la Donation faite à un enfant peut-elle être acceptée.

Il faut de plus observer que si la donation a été mise au nombre des contrats, ce n'est qu'imparfaitement, puisque d'un côté, quand on en demeure aux termes d'une pure donation, elle ne porte aucune obligation qui lie le donataire, *obligationem non contrahi eo casu quo donatio est*, dit la loi, *Aristo 18, ff. de donat.* D'autre part, 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'au rang des contrats; *magis enim ad donationes & beneficium causam, quam ad negotii contractu spectat precarii conditio*, dit cette loi: ce qui prouve que si la donation est considérée comme un contrat, elle n'est pas de la nature des autres contrats; bien plus, François Hotman, *disput. jur. civilis de donationibus omnium generum, cap. 1*, prouve par une foule de textes du droit, que la donation n'est pas un contrat; & de-là il s'ensuit que la loi n'a requis le consentement ou l'acceptation du donataire, que pour lever l'obstacle porté par la règle du droit, qui veut qu'une libéralité ne soit point acquise, *ignoranti vel invito*.

40. Quand on demeure aux termes d'une Donation, il n'y a aucune obligation qui lie le donataire.

41. La Donation n'est pas proprement un Contrat.

Il est vrai que le Parlement de Toulouse regardoit autrefois la donation faite avec certaines charges, comme un contrat synallagmatique; puisque, selon le témoignage de *M. de Catellan, liv. 5, ch. 24*, ce Parlement jugeoit que quand un donataire avoit accepté une donation à lui faite, sous certaines charges, au profit du donateur, il n'étoit pas recevable à répudier la donation pour se libérer des charges auxquelles il s'étoit soumis; mais il juge présentement le contraire, comme nous le dirons dans une autre question; ce qui ne se pourroit point, si la donation étoit un contrat synallagmatique, parce que d'une fois qu'une obligation a été volontairement contractée, elle doit être remplie, & il n'est pas libre de s'en décharger sans le consentement de la partie intéressée; *L. 5, cod. de oblig. & actionib.*

42. Ancienne Jurisprudence du Parlement de Toulouse.

43. Nouvelle Jurisprudence du même Parlement.

Nous pouvons donc conclure de ce que nous avons observé, que la donation n'est pas un contrat synallagmatique. Voyez l'Article XVIII de l'ordonnance du mois de Février 1731, avec nos observations.



QUESTION II.

- I. Si les pupilles ou mineurs peuvent, sans l'assistance de leurs tuteurs ou curateurs, accepter les donations à eux faites.
- II. Si les tuteurs ou curateurs peuvent accepter les donations faites à leurs pupilles ou mineurs absens.

SOMMAIRES.

1. Les tuteurs & curateurs, avec les pupilles & mineurs, peuvent accepter les donations.
2. Si le pupille peut accepter la donation, sans l'assistance de son tuteur.
3. Quid du mineur qui a un curateur ?
4. Le pupille est incapable de consentir.
5. Conditions expressees ou tacites.
6. Le pupille ne peut pas accepter une hérédité avantageuse.
7. Ni la restitution d'un fidéicommiss universel, sans l'autorité du tuteur.
8. Si l'acceptation de la donation est un acte solennel.
9. Résolution que le pupille peut accepter la donation sans tuteur, selon le droit romain.
10. Le pupille peut tout faire sans le tuteur, pour rendre sa condition meilleure.
11. Il peut stipuler des obligations en sa faveur, quoique de son côté il ne soit pas obligé.
12. L'acceptation du pupille lui profite, quoiqu'il ne soit pas lié envers le donateur.
13. Ce qui s'entend du pupille qui a quelque connoissance.
14. Confirmation par les Loix.

15. Suite.
16. Réfutation de la premiere raison de l'opinion contraire.
17. Réfutation de la seconde raison.
18. L'acceptation de l'hérédité a des fondemens qui ne conviennent pas à l'acceptation de la donation.
19. Premiere raison de différence.
20. Deuxieme raison de différence.
21. L'adition de l'hérédité est un acte légitime.
22. En acceptant une hérédité, on profite des avantages, & on se soumet aux charges.
23. L'acceptation de la donation n'est pas un acte solennel.
24. Premiere preuve.
25. Deuxieme preuve.
26. La donation peut être faite aux absens.
27. Elle peut être faite à jour, & sous condition.
28. Si le mineur peut accepter la donation sans l'assistance de son curateur.
29. Le mineur peut accepter une hérédité sans l'assistance du curateur.
30. Invito curator non datur.
31. Le mineur qui a un curateur peut accepter la donation faite en sa faveur.
32. Explication de la Loi 3, cod. de integ. restit. minor.
33. Si le mineur qui a un curateur est comparé au pupille.
34. Si le tuteur ou curateur peuvent accepter la donation faite au pupille ou adulte absent.
35. Résolution pour l'affirmative.
36. L'acceptation de l'esclave du pupille fait valoir la donation.
37. Les tuteurs & curateurs peuvent acquérir des actions à leurs pupilles ou mineurs.
38. Les contrats passés avec le tuteur ou curateur sont regardés comme le fait des pupilles ou mineurs.
39. Le tuteur peut accepter la possession des biens pour le pupille.

40. Les Loix ont confondu le tuteur avec le tuteur & accordent à l'un & à l'autre le même pouvoir.
41. La donation peut être acceptée par le Procureur fondé.
42. Qu'il n'y a point de différence entre le Procureur fondé & le légal.
43. Les tuteurs & curateurs sont loco Domini.
44. Le tuteur ou le curateur ont le même pouvoir que le Procureur fondé.
45. Quid du Procureur ad lites.
46. Si l'acceptation de la donation doit être faite par le tuteur, de l'avis des parens du pupille.
47. Sentiment de Ricard pour l'affirmative.
48. Résolution pour la négative.
49. Les pupilles & les mineurs sont sous la protection des loix.
50. Au Parlement de Toulouse l'acceptation n'est requise que pour la perfection du contrat.
51. Le majeur, nonobstant l'acceptation, peut répudier la donation.

1. Les tuteurs & curateurs, avec les pupilles ou mineurs, peuvent accepter les Donations.

¶ L ne peut point y avoir de doute raisonnable que les tuteurs ou curateurs, conjointement avec les pupilles ou mineurs, ne puissent accepter les donations faites à ces derniers; car autrement les pupilles ou mineurs qui sont dignes de faveur, & desquels les loix prennent un soin tout particulier, seroient de pire condition que les majeurs.

2. Si le pupille peut accepter la Donation sans l'assistance de son tuteur.

Mais le pupille, sans l'autorité de son tuteur, & le mineur, qui a un curateur, sans l'assistance de son curateur, peuvent-ils, selon les regies établies par le droit Romain, accepter une donation? Il semble d'abord que le pupille ne le peut pas sans l'autorité de son tuteur. 1. Parce qu'il est incapable de consentir aucun contrat synallagmatique, *his causis ex quibus obligationes mutua nascuntur, pupilli non obligantur*, dit l'Empereur Justinien aux institutes de *auctoritate tutorum in principio*; or, disent certains Auteurs, la donation est un contrat de cette espece; car outre qu'il arrive le plus souvent que les donateurs imposent aux donations diverses charges qui doivent obliger le donataire; d'ailleurs dans les donations

3. Quid du mineur qui a un curateur.

4. Le pupille est incapable de consentir.

5. Conditions expressees ou tacites.

¶ *his causis ex quibus obligationes mutua nascuntur, pupilli non obligantur*, dit l'Empereur Justinien aux institutes de *auctoritate tutorum in principio*; or, disent certains Auteurs, la donation est un contrat de cette espece; car outre qu'il arrive le plus souvent que les donateurs imposent aux donations diverses charges qui doivent obliger le donataire; d'ailleurs dans les donations

même pures & simples, y a toujours plusieurs conditions tacites, auxquelles le donataire s'oblige en acceptant, comme de payer les dettes quand la donation est de tous les biens ou d'une quotité, de nourrir le donateur en cas de nécessité, de rendre les choses données en cas de survenance d'enfans au donateur, ou d'ingratitude de la part du donataire; & par conséquent le pupille ne peut pas accepter sans l'autorité de son tuteur.

2. La loi 9, §. 2 & 3, ff. de auctorit. & consensu tutor. décide que le pupille ne peut pas accepter une hérité qui lui a été déferée, quoiqu'elle lui soit avantageuse; il ne peut pas non-plus accepter la restitution d'un fidéicommiss sans l'autorité de son tuteur:

Hæreditatem adire pupillus sine tutoris auctoritate, quamvis lucrosa sit, nec ullum habeat damnum, nec ex Senatusconsulto Trebelliano hæreditatem recipere pupillus sine tutoris auctoritate potest; d'où l'on peut inférer que le pupille ne peut pas accepter une donation, parce que l'acceptation de la donation est un acte solemnel, tout de même que l'adition d'hérité, commel'a remarqué Ricard, des donations, tom. 1, part. 1, n°. 845.

Nonobstant ces raisons, il faut tenir pour certain que le pupille peut, selon le droit Romain, accepter une donation sans l'autorité de son tuteur: la raison en est, parce que le pupille peut tout faire sans l'autorité de son tuteur, lorsqu'il fait sa condition meilleure. *Pupillus omne negotium rectè gerit*, dit le §. 9, instit. de inutil. stipul. il peut stipuler & accepter les obligations en sa faveur, & quoique dans les contrats synallagmatiques le pupille ne demeure pas obligé, les autres contractans ne laissent pas d'être liés envers lui; *L. 9, ff. de auctoritate & consensu tutorum instit. eod. in principio*. Or si le pupille peut faire sa condition meilleure, s'il peut par toutes sortes de contrats lier ceux qui contractent avec lui, encore même qu'il ne soit pas obligé envers eux, il est bien évident que le pupille peut valablement accepter une donation; & quoique son acceptation ne puisse produire aucun effet en faveur du donateur, elle vaut néanmoins pour obliger le donateur envers lui; ce qu'il faut néanmoins entendre du pupille qui a quelque connoissance, & dans le sens du §. 10, aux institutes de inutil. stipul.

Cela est même décidé en termes exprès aux institutes

6. Le pupille ne peut pas accepter une hérité avantageuse.

VII. Ni la restitution d'un fidéicommiss universel sans l'autorité du tuteur.

8. Si l'acceptation est un acte solemnel.

9. Résolution que le pupille peut accepter la Donation sans tuteur, selon le droit Romain.

10. Le pupille peut tout faire sans tuteur, pour rendre sa condition meilleure.

11. Il peut stipuler des obligations en sa faveur, quoique de son côté il ne soit pas obligé.

12. L'acceptation du pupille lui profite, quoiqu'il ne soit pas lié envers le donateur.

13. Ce qui s'entend du pu-

pille qui a quelque connoissance. *de auctorit. tut. in principio. Al'égard de la donation si quid dari sibi stipulentur (pupilli) non est necessaria tutoris auctoritas ;* lesquelles paroles les interprètes entendent de la donation, parce que *verbum dari eam vim habet, & par le §. 2, inst. quib. alien. lic. vel non & ex contrario omnes res pupillo & pupillæ sine auctoritate tutoris rectè dari possunt.*

14. Confirmation par les Loix.

15. Suite.

Enfin cette décision est appuyée par la disposition de la loi 11, *ff. de acquirend. rerum dominio*, qui dit, *pupillus quantum ad acquirendum non indiget tutoris auctoritate*; d'où il s'ensuit évidemment que le pupille peut par son acceptation rendre valable une donation, & acquérir les biens donnés, tout de même que s'il étoit majeur.

16. Réfutation de la première raison de l'opinion contraire.

La première raison de l'opinion contraire se trouve déjà réfutée au moyen de ce qui a été observé ci-dessus; car s'il est vrai, comme on ne peut pas le contester, que, quoique le pupille ne soit pas obligé dans les contrats synallagmatiques, néanmoins les autres contractans sont liés envers lui, il importe peu de dire que le pupille ne peut pas se lier par l'acceptation, puisque cela n'empêche pas que le donateur ne demeure irrévocablement obligé envers le pupille.

17. Réfutation de la seconde raison.

A l'égard de la deuxième raison, prise de ce que le pupille ne peut pas accepter une hérédité même

18. L'acceptation de l'hérédité a des fondemens qui ne conviennent pas à l'acceptation de la Donation.

avantageuse, suivant le §. 2 de la loi 9, *ff. de auctoritate tut.* & le §. 1 aux *inst. eodem tit.* elle ne conclut rien contre l'acceptation de la donation, parce que la décision de ces textes est fondée sur deux raisons particulières, qui ne sauroient convenir à l'acceptation de la donation. La première, que l'on découvre dans les paroles du §. 1 aux *inst. de auctorit. tut.* est parce qu'il peut arriver qu'une hérédité qui paroît avantageuse, sera néanmoins onéreuse; voilà

19. Première raison de différence.

pourquoi le pupille pouvant ne pas faire sa condition meilleure en acceptant une hérédité, on ne doit pas le lui permettre.

20. Deuxième raison de différence.

La deuxième, qu'il n'en est pas de l'adition d'une hérédité comme des contrats synallagmatiques, dans lesquels le pupille n'est point obligé, & néanmoins

21. L'adition d'hérédité est un Acte légitime.

les autres contractans le sont envers lui; car l'adition d'hérédité est un acte légitime, qui ne reçoit ni division, ni condition, ni terme; en sorte que si quelque chose de pareil s'y rencontre, elle est inutile;

L. Actus legitimi 77, ff. de regul. jur. in totum vitiantur per temporis vel conditionis adjectionem; & celui qui accepte une hérédité profitant des avantages, doit aussi ressentir les incommodités, & supporter les charges, l'un étant une suite inséparable de l'autre; voilà pourquoi si le pupille ne peut pas valablement s'obliger envers ceux qui ont des droits dans une hérédité à lui déferée, il faut nécessairement qu'il ne puisse pas accepter, à cause de l'indivisibilité de l'acte.

Ricard, qui avoit sans doute prévu cette raison de différence, a soutenu que la donation est un acte solennel, tout comme l'adition d'hérédité; mais c'est une erreur facile à détruire; car premièrement la loi *actus legitimi 77, ff. de reg. juris*, qui a fait l'énumération des actes légitimes ou solennels, y a bien mis l'adition d'hérédité, mais non pas la donation; ainsi cet acte en doit être exclus; d'autant mieux qu'il n'y a aucune loi ni argument d'où l'on puisse induire que l'acceptation de la donation soit un de ces actes solennels.

2. Comment se pourroit-il que la donation fût un acte solennel, puisqu'elle ne requiert autre chose que le consentement du donateur & du donataire, sans qu'il soit besoin de tradition ni de stipulation?

L. 35, §. 5, cod. de donat. & §. 1, inst. eod. qu'elle peut être faite en faveur des personnes absentes; *L. absenti 10, ff. de donat. L. 6, cod. eod.* Que de plus elle peut être faite à jour ou sous condition, *in diem & sub conditione, l. 25, cod. de donat. l. 1, & tot. titul. cod. de donat. quæ sub modo*; ce qui ne se peut point dans les actes solennels ou légitimes, & les vicié totalement, suivant la loi *77, ff. de reg. juris*. Ainsi il est évident que l'argument tiré de l'acceptation de l'hérédité est tout-à-fait mauvais.

A l'égard du mineur, il y a bien plus de raison de lui donner la faculté d'accepter une donation à lui faite, parce qu'il peut valablement s'obliger & contracter, *l. 101, ff. de verb. oblig. l. non omnia 44, ff. de minorib. & plusieurs autres*, qu'il peut même sans l'assistance du curateur, accepter une hérédité à lui déferée; *l. 96, ff. de acquir. hered.* sauf qu'il peut demander la restitution en entier lorsqu'il est lésé; cela paroît sans difficulté à l'égard du mineur qui n'a point de curateur, comme il le peut en Pays de droit écrit, où l'on observe la maxime *invito cur*

22. En acceptant une hérédité, on profite des avantages, & on se soumet aux charges.

23. L'acceptation de la Donation n'est pas un Acte solennel.

24. Première preuve.

25. Deuxième preuve.

26. La Donation peut être faite aux absens.

27. Elle peut être faite à jour, & sous condition.

28. Si le mineur peut accepter la Donation sans l'assistance de son curateur.

29. Le mineur peut accepter une hérédité sans l'assistance du curateur.

30. *Invito curator non datur.*

rator non datur, tirée du §. 2, *institut. de curator.* parce que dans ce cas le mineur est personne libre.

31. Le mineur qui a un curateur peut accepter la Donation faite en sa faveur.

Il en doit être aussi de même du mineur, quoiqu'il ait un curateur, parce que cela ne le rend pas incapable de contracter; *l. 101, ff. de verb. oblig. & M. Cujas*, sur cette loi; à quoi la loi 3, *cod. de 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, comme *M. Cujas & plusieurs autres bons Auteurs* l'ont expliqué.

32. Explication de la Loi 3, *Cod. de integ. restit. minor.*

Mais quand on voudroit suivre le sentiment des interprètes, qui ont cru que le mineur qui a un curateur est comparé à un pupille, & n'a pas plus de pouvoir que lui, la chose seroit égale, parce qu'on a montré ci-dessus que le pupille pouvoit valablement accepter une donation à lui faite, sans qu'il fût autorisé de son tuteur; il faudroit donc donner le même pouvoir au mineur qui a un curateur, en le mettant au niveau du pupille.

Ce que nous venons de dire est conforme au véritable esprit du droit Romain; mais il en est autrement, selon l'ordonnance du mois de Février 1731, qui ne permet pas au mineur, encore moins au pupille, d'accepter des donations; nous en avons expliqué les raisons dans nos observations sur l'article VII de cette ordonnance.

34. Si le tuteur ou curateur peuvent accepter la Donation faite au pupille ou adulte absent.

Il faut présentement examiner la seconde difficulté, qui consiste à savoir si le tuteur ou le curateur peuvent accepter pour leur pupille ou adulte, une donation qui leur est faite à leur absence. Soit que l'on veuille décider cette difficulté sur les principes de la loi Romaine ou des ordonnances, l'acceptation faite par le tuteur ou curateur pour le pupille ou mineur absent, suffira pour la validité de la donation, pourvu que le curateur ne soit pas *ad lites* seulement.

35. Résolution pour l'affirmative.

Si la loi 26, *cod. de donat.* décide que la stipulation de l'esclave pour le donataire pupille, fait valoir irrévocablement la donation; il en doit être de même à plus forte raison des tuteurs & curateurs, qui ont une puissance légale sur les personnes, ou sur les biens de leurs pupilles ou mineurs, en vertu de laquelle ils peuvent valablement obliger les pupilles ou mineurs, & leur acquérir des actions par leurs

36. L'acceptation de l'esclave du pupille fait valoir la Donation.

37. Les tuteurs & curateurs peuvent acquérir des actions à leurs pupilles ou mineurs.

contrats ; l. 3, & l. 4, *cod. quando ex facto tutor. vel curator. minor. agere vel conven. poss.* d'où il résulte que les contrats passés par les tuteurs ou curateurs sont regardés comme le propre fait des pupilles ou mineurs ; qu'ainsi on doit regarder l'acceptation du tuteur ou du curateur de le même manière que si elle avoit été faite par le donataire en personne.

De plus, le tuteur peut accepter la possession des biens qui est une adition d'hérédité introduite par le droit honoraire ; c'est-à-dire, par l'édit du Préteur ; l. Servo 65, §. Si pupillo 3, ff. ad Senatusconsult. Trebell. & M. Cujas, dans ses observations, liv. 1, ch. 34.

Il a donc le pouvoir d'accepter pour son pupille une donation qui requiert bien moins de droit & de pouvoir que l'acceptation de la possession des biens ; & comme les loix ont confondu le curateur avec le tuteur, & accordent le même pouvoir à l'un & à l'autre, ce que le tuteur peut, le curateur le peut aussi, même en pays de droit écrit.

En examinant la chose sur les principes des ordonnances, la décision doit être la même ; la règle est que la donation peut être acceptée par un Procureur fondé, suivant la déclaration du Roi du 17 Mars 1539, sur l'article CXXXIII de l'ordonnance de la même année.

Que le pouvoir soit donné par acte, lorsque le donataire est majeur & capable de contracter par lui-même, ou par la loi, la chose est indifférente ; car on ne peut pas refuser cette faculté à la loi, qui est toute puissante. Or la puissance des tuteurs & des curateurs est si grande, que les loix les mettent au niveau du maître, ils sont considérés comme une seule personne avec leurs pupilles ou adultes. Tutor Domini loco habetur, sed & circa curatorem furiosi eadem dicenda sunt, dit la loi 56, §. 4, ff. de furtis. Tutor qui tutelam gerit quantum ad Providentiam pupillarem Domini loco haberi debet ; l. 27, ff. de administ. & peric. tutor. & curator. Ils doivent donc avoir autant de pouvoir que le Procureur fondé, puisque la loi les met à la place du maître ; & par conséquent il est incontestable qu'ils peuvent valablement accepter pour leurs pupilles ou adultes, suivant l'esprit des ordonnances, qui ne requierent qu'un pouvoir suffisant pour l'acceptation faite au nom d'autrui.

Il faut néanmoins excepter de la règle le curateur

38. Les Contrats passés avec le tuteur ou curateur, sont regardés comme le fait des pupilles ou mineurs.

39. Le tuteur peut accepter la possession des biens pour le pupille.

40. Les Loix ont confondu le curateur avec le tuteur, & accordent à l'un & l'autre le même pouvoir.

41. La Donation peut être acceptée par Procureur fondé.

42. Qu'il n'y a point de différence entre le Procureur fondé & le légal.

43. Les tuteurs & curateurs sont loco Domini.

44. Le tuteur ou le curateur ont le même pouvoir que le Procureur fondé.

45. Quid du Procureur ad lites ?

ad lites, dont le pouvoir est borné & limité au *foist* & à la direction des Procès; & par conséquent on ne peut pas dire de lui qu'il soit à la place de l'adulte dans les autres choses: cette exception est approuvée par Dumoulin dans son Conseil 60, & paroît conforme aux regles qui sont présentement en vigueur.

46. Si l'acceptation de la Donation doit être faite par le tuteur, de l'avis des parens du pupille.

Mais l'acceptation du tuteur ou curateur doit-elle être faite avec l'avis des parens & l'autorité du Juge? Ricard, *des donations*, tome 1, part. 1, n°. 850, a décidé pour l'affirmative: il se fonde sur les mêmes raisons qu'il allegue pour prouver qu'un mineur n'est

47. Sentiment de Ricard pour l'affirmative.

point capable d'accepter une donation sans l'autorité de son curateur; mais comme ces raisons ne sont autres que celles qui ont été réfutées ci-dessus, en

48. Résolution pour la négative.

établissant la capacité des pupilles & des mineurs, pour accepter les donations à eux faites, on peut

49. Les pupilles & les mineurs sont sous la protection des Loix.

dire que le sentiment de cet Auteur n'est pas fondé; d'autant mieux que les mineurs & les pupilles étant, à cause de la foiblesse de leur âge & du défaut de solidité de leur jugement, sous la protection des loix, bien loin qu'on doive les charger des formalités inutiles & superflues, lorsqu'il s'agit de leur avantage, on doit se relâcher à leur égard de la rigueur des regles faites pour les majeurs.

50. Au Parlement de Toulouse, l'acceptation n'est requise que pour la perfection du Contrat.

Cela paroît encore plus indubitable, selon les maximes que l'on observe au Parlement de Toulouse, où l'acceptation n'est requise que pour la perfection de la donation, & nullement pour obliger le donataire; car nonobstant l'acceptation faite par un majeur, & quoiqu'il se soit soumis aux charges à lui imposées dans l'acte de donation, soit pour l'utilité

51. Majeur, nonobstant l'acceptation, peut répudier la Donation.

des créanciers ou du donateur même, il a la liberté de répudier la donation par les raisons que nous avons touché dans la question 8. On voit donc qu'il n'est rien de plus inutile que l'avis des parens & le décret du Juge pour la validité de l'acceptation faite par le tuteur ou curateur, de la donation faite à leurs pupilles ou adultes; aussi l'article 7 de l'ordonnance du mois de Février 1731, a dispensé de cette formalité, voulant que la donation faite au mineur de vingt-cinq ans puisse être acceptée par son tuteur ou curateur, ou par ses pere ou mere, ou autres ascendans, même du vivant du pere ou de la mere, sans qu'il soit besoin d'aucun avis des parens pour rendre l'acceptation valable.

QUESTION III.

- I. Si le pere ou la mere, & les autres ascendans, peuvent accepter les Donations faites à leurs enfans.

S O M M A I R E S.

1. Deux difficultés touchant l'acceptation des ascendans pour leurs descendans.
2. Cinq cas différens sur la même matiere.
3. Si la Donation faite au fils peut être acceptée par son pere.
4. Jurisprudence du Parlement de Toulouse pour l'affirmative.
5. Le pere & le fils sont considérés comme une même personne.
6. Si la mere ou l'ayeule tutrice, peuvent accepter les donations faites à leurs descendans.
7. Quid des autres ascendans qui ont la même qualité de tuteurs ?
8. La mere & l'ayeule sont tutrices légitimes de leurs descendans.
9. Anciennement les femmes étoient in perpetua tutela.
10. Si les ascendans qui ne sont pas tuteurs peuvent accepter les donations faites à leurs descendans.
11. Raisons pour la négative.
12. Résolution pour l'affirmative.
13. Raisons & autorités pour cette opinion.
14. Si les ascendans peuvent stipuler pour leurs descendans.
15. Que les ascendans doivent avoir plus de pouvoir que les Agens, appelés Negotiorum gestores.
16. Que les parens peuvent agir sans mandat pour leurs descendans.

22 QUESTION III.

17. Raisons pourquoi le Droit Romain exige le consentement du donataire.
18. Sentiment de Ricard.
19. Réfutation de l'opinion de Ricard.
20. Que la réciprocité de l'obligation n'est pas nécessaire pour la validité des Donations.
21. La Donation faite à une personne absente est parfaite, dès qu'elle a pris possession des biens donnés.
22. La Donation faite à un enfant peut être acceptée par un esclave.
23. Que la Donation est bonne quand elle a été acceptée par une personne qui a un pouvoir légal.
24. Si l'Ordonnance de 1539 est contraire à cette décision.
25. Que cette Ordonnance & les postérieures doivent être expliquées par le Droit Romain.
26. L'acceptation faite par le pere ou la mere, ou autres ascendans, fait valoir la Donation, quoiqu'ils ne soient pas administrateurs.
27. Si le pere ou la mere naturels peuvent accepter les Donations pour leurs enfans bâtards.
28. Le pere ou la mere doivent les alimens à leurs bâtards.
29. La mere est tutrice de son fils bâtard.

1. Deux difficultés touchant l'acceptation des ascendans pour leurs descendans.

2. Cinq cas différens sur la même matiere.

3. Si la Donation faite au fils peut être acceptée par son pere.

CECI renferme deux difficultés, l'une touchant le pere, la mere, & autres ascendans légitimes administrateurs; l'autre quand ils ne sont point tuteurs ni administrateurs. De ces deux difficultés naissent plusieurs cas, lesquels méritent une discussion particuliere. Le premier est du pere qui est légitime administrateur de son fils. Le deuxieme, de la mere administreresse. Le troisieme, de la mere qui n'est point administreresse. Le quatrieme, des ascendans qui ont ou n'ont pas l'administration. Le cinquieme, qu'en peut-il être de l'acceptation faite par un ascendant pour un descendant majeur?

La donation faite au fils peut être valablement acceptée par son pere, non-seulement lorsqu'elle est faite dans un contrat de mariage, mais encore dans d'autres contrats; c'est la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, selon le témoignage de M. Maynard,

liv. 4, ch. 7, & M. Dolive, liv. 4, ch. 30 : les raisons sont que le pere & le fils sont considérés comme une même personne ; que le fils est une portion du corps de son pere ; que le pere est procureur légal & naturel de son fils ; qu'enfin si de plus il est son tuteur ou administrateur, cette nouvelle qualité lui donne le droit de pouvoir accepter pour son fils ; car cela étant permis aux tuteurs étrangers, comme on l'a établi ci-dessus dans la deuxième question, on ne doit pas le refuser au pere tuteur, auquel sa qualité de pere attribue un nouveau droit.

4. Jurisprudence du Parlement de Toulouse pour l'affirmative.

5. Le pere & le fils sont considérés comme une même personne.

On doit dire la même chose de la mere ou de l'ayeule, tutrice ou administreresse ; comme aussi de l'ayeule & des autres ascendans qui ont la même qualité, par les raisons qui ont été touchées ci-dessus, auxquelles on peut ajouter pour ce qui concerne la mere & l'ayeule, que puisque par le droit nouveau en l'Auth.

6. Si la mere ou l'ayeule tutrice peuvent accepter les Donations faites à leurs descendans.

matri & avia, *cod. quando mulier. tutel. off. fungi possit*, la mere & l'ayeule ont été admises à la tutelle, quoique par les loix anciennes elle fût déclarée une charge virile, dont les femmes étoient exclues, parce qu'elles étoient elles-mêmes dans une tutelle perpétuelle ; *L. feminae 2, ff. de reg. jur.* elles doivent avoir le même pouvoir que les autres tuteurs ; & par conséquent, en vertu de cette qualité, elles peuvent valablement stipuler & accepter les donations faites à leurs enfans pupilles ou mineurs ; mais les ascendans auront-ils le même pouvoir lorsqu'ils ne seront pas tuteurs ou administrateurs de leurs ascendans auxquels les donations sont faites ? A suivre l'ordonnance & la déclaration du Roi de 1539 à la rigueur, il semble qu'il faudroit décider pour la négative, parce qu'elles requierent que l'acceptation soit faite ou par le donataire ou par son procureur fondé. Or les ascendans qui ne sont ni tuteurs ni administrateurs, ne sont point Procureurs fondés, ni par le donataire, lorsqu'il n'a point donné de procuration, ni par la loi, puisque ce pouvoir devoit se prendre de la qualité de tuteur ou administrateur, que les loix mettent à la place & au niveau du maître ; & par conséquent l'acceptation faite par les ascendans non administrateurs, ne peut être d'aucune utilité.

7. *Quid des autres ascendans qui ont la même qualité de tuteur ?*

8. La mere & l'ayeule sont tutrices de leurs descendans.

9. Anciennement les femmes étoient *in perpetua tutela*.

10. Si les ascendans qui ne sont pas tuteurs peuvent accepter les Donations faites à leurs descendans.

11. Raisons pour la négative.

9. Anciennement les femmes étoient *in perpetua tutela*.

10. Si les ascendans qui ne sont pas tuteurs peuvent accepter les Donations faites à leurs descendans.

11. Raisons pour la négative.

L'équité exige néanmoins qu'on fasse valoir les donations faites aux absens, lorsqu'elles ont été acceptées par quelque ascendant du donataire, s'il n'y a

12. Résolution pour l'affirmative, selon le droit Romain.

13. Raifons & autorités pour cette opinion. point de loi particuliere qui s'y oppofe. Cette opinion très-équitable par elle-même, a fon fondement dans les principes du droit Romain ; voilà pourquoi elle a été autorifée par des Arrêts du Parlement de Paris, qui font rapportés par *Chenu*, cent. 1, quest. 70 ; par *M. Maynard*, liv. 7, ch. 92 ; & par l'*Auteur du Journal du Palais*, tom. 1, pag. 805. Mais la Jurifprudence n'étoit pas certaine ; car l'*Auteur des additions fur Ricard, des donations*, tom. 1, part. 1, n°. 856, rapporte un Arrêt du 16 Mai 1680, qui a jugé que l'acceptation faite par une mere, d'une donation en faveur de fon fils majeur, & Officier dans les troupes, n'empêchoit pas que la donation ne fût nulle, faute d'acceptation.

14. Si les ascendants peuvent stipuler pour leurs defcendants.

On peut donc dire, 1. que, quoiqu'à la rigueur on ne puiffe point stipuler pour autrui, fuivant la loi 37, §. 17, ff. de verb. oblig. & le §. *Si quis alii* 4 instit. de inutil. stipul. cette regle cefse à l'égard des ascendants, lesquels peuvent stipuler pour leurs defcendants, à cause du lien du fang qui les unit, & de l'affection, *propter affectionem personarum*, L. *Gaius Seius* 45, ff. soluto matrim. L. *Publica* 26, ff. depositi, & L. *Pater* 7, cod. de Pactis Conventis ; & comme dit *M. Cujas*, fur la loi *Debitor* 59, §. *Ea quæ*, ff. ad Senatusconsult. *Trebell.* lib. 4, quæst. *Pauli*, hoc datur jure speciali summo affectui ; atque enixæ benevolentix parentum erga liberos. Il faut donc que les ascendants puiffent accepter les donations faites à leurs tuteurs ou administrateurs, & que les ascendants foient majeurs, parce que la raifon prise de l'affection est même plus forte à leur égard.

15. Que les ascendants doivent avoir plus de pouvoir que les Agens, appelés *Negotiorum gesto res*.

2. Il femble qu'il y auroit une efpece de dureté de ne pas donner le pouvoir aux ascendants de faire l'avantage de leurs enfans, tandis que les loix l'accordent à un simple Agent, appellé *Negotiorum gestor*, auquel fa propre inclination tient lieu de mandar ; L. *Solvendo* 39, ff. de negot. gestis ; *naturalis enim, simul & civilis ratio suafit, alienam conditionem meliorem quidem etiam ignorantis, & inviti nos facere posse*, dit cette loi : raifon qui est bien plus forte dans la personne d'un ascendant, à cause de l'amitié & de l'affection qu'il a pour fes defcendants, & de la liaison du fang, qui fait confidérer les defcendants comme partie du corps de leurs ascendants.

16. Que les parens peuvent

3. Que cette même raifon tirée de l'affection & de

l'inclination, a fait considérer les parens comme les Procureurs de leurs descendans; en sorte qu'ils peuvent agir pour eux sans mandat, suivant la loi 35, ff. de procurator.

agir sans mandat pour leurs descendans.

L'application de ces raisons paroitra juste, si l'on prend la peine de rechercher les motifs qui ont fait exiger le consentement du donataire pour la perfection de la donation, selon Ricard, des donations, part. 1, n°. 846: la raison en est, parce qu'il est de la nature des donations entre-vifs, qu'elles soient fixes, permanentes & irrévocables, tant de la part du donataire, que du donateur; & sur ce principe il décide contre l'acceptation, toutes les fois qu'elle est faite par une personne qui ne peut point établir une obligation réciproque en faveur du donateur, pour forcer le donataire de remplir les charges imposées expressément par le donateur, ou tacitement par la loi.

17. Raisons pour quoi le Droit Romain exige le consentement du donataire.

18. Sentiment de Ricard.

Il s'en faut bien que la réciprocité de l'obligation soit le motif qui fait introduire la nécessité de l'acceptation des donations; mais la véritable raison de droit est parce qu'une libéralité ne peut point être acquise *nolenti vel ignoranti*; car aux termes de la loi 69, ff. de reg. jur. *invito beneficium non datur*, ou comme dit la loi 19, §. 2, ff. de donat. *non potest liberalitas nolenti acquiri*; & à l'égard de celui qui n'a point connoissance de la donation, la loi 10, ff. de donat. est formelle.

19. Réfutation de l'opinion de Ricard.

La même loi 10 décide sans équivoque que pour la validité de la donation, il n'est pas nécessaire que l'obligation soit réciproque; en effet, 1. elle décide par l'argument des contraires, qu'il suffit que le donataire, qui a chez lui la chose donnée, sache qu'elle lui a été donnée, afin que la donation soit parfaite; ce qui prouve que l'obligation réciproque n'est pas nécessaire. 2. Elle dit que si la chose est donnée à l'esclave dans le dessein qu'elle lui appartienne, la donation est parfaite dès ce moment au profit du maître de l'esclave, quoiqu'il n'ait point donné son consentement, & qu'il ne soit point obligé en faveur du donateur; ce qui ne se pourroit pas, si la réciprocité de l'obligation étoit le motif qui fait exiger l'acceptation de la part du donataire; car on ne sauroit prétendre avec quelque fondement, que l'esclave auquel la donation est faite, puisse valablement obliger la personne de son maître envers le donateur.

20. Que la réciprocité de l'obligation n'est pas nécessaire pour la validité des Donations.

21. La Donation faite à une personne absente est parfaite, dès qu'elle a pris possession des biens donnés. La loi *Nec ambigi 6*, *cod. de donat.* renferme la même décision d'une manière encore plus claire & plus précise; car elle veut que la donation faite en faveur d'une personne absente, soit parfaite du moment que le donataire aura pris possession des biens donnés: d'où il paroît clairement, qu'il suffit de la simple démonstration de la volonté du donataire, pour approuver la libéralité même par des simples faits, sans qu'il soit nécessaire qu'il contracte une obligation précise envers le donateur.

22. La Donation faite à un enfant peut être acceptée par un esclave. Enfin si la loi 26, *cod. de donat.* décide que la donation faite en faveur d'un enfant peut être acceptée par un esclave, qui assurément n'est pas capable d'obliger le donataire; n'est-il pas clair que la donation est parfaite de la part du donateur, quoique l'acceptation faite par le donataire ou à son nom, ne produise point d'obligation efficace en faveur du donateur?

23. Que la Donation est bonne, quand elle a été acceptée par une personne qui a un pouvoir légal. De ce principe, il s'ensuit que l'acceptation est bonne, & doit faire valoir la donation, toutes les fois qu'elle est faite par une personne qui a un pouvoir légal pour agir au nom du donataire; & comme les ascendants sont du nombre, suivant la loi 35, *ff. de procurator.*, il faut par conséquent que l'acceptation pareux faite pour leurs descendants soit suffisante pour la validité des donations; & la règle qu'il n'est pas permis de stipuler pour autrui ne s'oppose pas à cette décision, parce que la stipulation n'est pas requise présentement pour la validité des donations; *L. 35, §. 5, cod. de donat.*

24. Si l'Ordonnance de 1539 est contraire à cette décision. Comme l'ordonnance de 1539, ni celles qui ont été faites depuis, touchant l'acceptation des donations, n'expriment point le motif pour lequel elles ont requis l'acceptation, on n'en peut tirer aucune induction contre ce que nous venons de dire; mais il faut entendre ces ordonnances, & les expliquer par les loix Romaines; & par conséquent il faut leur attribuer le même motif; car si le Législateur en avoit eu quelque autre, il n'auroit pas manqué de l'exprimer & de le faire connoître.

25. Que cette Ordonnance & les postérieures doivent être expliquées par le droit Romain. De ce que nous avons dit dans l'examen de cette difficulté, on peut inférer que l'acceptation faite par le pere ou la mere, ou par les autres ascendants pour leurs descendants, rend les donations parfaites & irrévocables, quand même les donataires absens ne se-

Donation, qu'on
qu'ils ne soient
pas administra-
teurs.

roient pas sous la tutelle ou administration de leurs ascendants, & quand même ils seroient majeurs; soit que les donations soient faites en contrat de mariage, ou dans d'autres contrats. Notre décision a été confirmée par l'article VII de l'ordonnance du mois de Février 1731, à l'égard des donataires mineurs ou interdits par Justice; mais l'article V voulant que les donations soient acceptées par le donataire ou par son Procureur-général ou spécial, tout ce que l'on pourroit faire en France, ce seroit d'autoriser l'acceptation du pere ou de l'ayeul pour le donataire majeur, ainsi que nous l'avons expliqué sur l'article VII de cette ordonnance.

Quoi qu'en dise Brodeau, sur M. Louet, lettre D, somm. 58, n°. 8, le pere & la mere naturels doivent également avoir la faculté d'accepter les donations faites à leurs enfans naturels, mineurs; & cela par deux raisons. La premiere, parce que le pere naturel devant les alimens à son fils bâtard *in subsidium*, il est intéressé de lui procurer des biens; & à raison de cet intérêt, il peut stipuler pour lui; L. 38, §. 17, ff. de verb. oblig. La deuxieme, parce que la mere est tutrice légitime de son fils bâtard, de même que la mere légitime l'est de ses enfans. Auth. *ad hæc cod. quando mulier tut. officio fungi potest*, sans compter la liaison du sang qui doit être un puissant motif pour accorder au pere & à la mere naturels le pouvoir de procurer des avantages à leurs enfans.

27. Si le pere ou la mere naturels peuvent accepter les Donations pour leurs enfans bâtards.

28. Le pere ou la mere doivent les alimens à leurs bâtards.

29. La mere est tutrice de son fils bâtard.



QUESTION IV.

I. Si le mari peut accepter la Donation faite en faveur de sa femme absente.

SOMMAIRES.

1. Jurisprudence du Parlement de Toulouse, & de celui de Dijon pour la négative.
2. Le Parlement de Bourdeaux juge le contraire.
3. Que la Jurisprudence du Parlement de Bour-

deaux est plus conforme aux maximes du Droit Romain.

4. Preuves.
5. Si le mari est le Procureur naturel & légal de sa femme.
6. Le mari & la femme ne sont qu'une même chair.
7. Encore mieux dans les pays où la communauté des biens a lieu.
8. L'associé peut stipuler pour son associé.
9. L'associé a un mandat tacite de son associé pour l'avantage de la Société.
- 10 Si l'Ordonnance de 1539 est contraire.
11. Que cette Ordonnance n'exclut pas le mari de pouvoir accepter pour sa femme.
12. Qu'elle n'empêche pas que les personnes qui ont un pouvoir légal ne puissent accepter les Donations.
13. Le mari peut intenter au nom de sa femme l'action en retrait lignager, sans mandat spécial.

1. Jurisprudence du Parlement de Toulouse, & de celui de Dijon pour la négative.

2. Le Parlement de Bourdeaux juge le contraire.

3. Que la Jurisprudence du

Les principes que nous avons établis ci-devant ; rendront la décision de cette question plus favorable. Selon *Albert, verb. (Donation) art. 6*, le Parlement de Toulouse ne permet pas au mari d'accepter la donation faite à sa femme absente ; ce qui doit sans doute être entendu de la donation faite pour tenir lieu de bien paraphernal, & dans les pays où la femme n'est pas en la puissance de son mari ; le motif est parce que, selon l'ordonnance de 1539, la donation doit être acceptée par le donataire ou par son Procureur fondé, & que le mari qui n'a point de procuration expresse, n'a pas un pouvoir suffisant, & tel que l'ordonnance exige ; le Parlement de Dijon juge la même chose, selon le témoignage de *M. Taisand, dans son commentaire sur la coutume de Bourgogne, tit. 4, art. 5, n°. 4* ; mais le Parlement de Bourdeaux juge le contraire, & autorise la donation faite à la femme absente, lorsqu'elle a été acceptée par son mari pour elle, selon *Lapeyrere, lett. D, n°. 93*.

La Jurisprudence du Parlement de Bourdeaux paroît très-équitable & conforme aux maximes du Droit

Romain, sans que l'ordonnance de 1539 y soit contraire. Pour le prouver, il n'y a qu'à rappeler ce que nous avons établi dans les questions précédentes, où nous avons fait voir, 1. Que la loi Romaine n'exige de la part du donataire pour la perfection de la donation, qu'un simple consentement de fait ou de parole, qui fasse comprendre qu'il reconnoît & agréé la libéralité. 2. Qu'il importe peu que le consentement soit prêté par le donataire, ou par quelqu'autre personne à laquelle la loi donne le pouvoir d'agir pour lui sans mandat, & de faire sa condition meilleure. 3. Que pour la validité de la donation de la part du donateur, il n'est pas nécessaire que le donataire soit lié envers lui par une obligation expresse & précise. 4. A tout cela il faut joindre cette règle, que suivant la loi *Maritus 21, cod. de Procurator.* le mari est Procureur naturel & légal de sa femme, sans qu'il ait besoin d'aucun mandat; de-là on peut inférer que l'acceptation faite par le mari, de la donation faite à sa femme absente, est suffisante pour rendre la donation parfaite, même pour les biens paraphernaux; car s'il s'agissoit des biens dotaux, il n'y auroit aucun doute à cause de l'intérêt personnel du mari; il ne nous semble pas non-plus qu'il y en ait lorsque la femme est en la puissance de son mari, parce que cette puissance ne doit pas avoir moins d'effet que celle du tuteur ou du curateur.

D'ailleurs l'union intime & indissoluble qui se trouve entre le mari & la femme, qui les fait considérer comme une même chair, selon le langage de l'Écriture Sainte, *erunt duo in carne una*, doit faire accueillir favorablement notre décision; autrement il y auroit de la dureté de ne pas permettre au mari de rendre meilleure la condition de sa femme, & de lui procurer des avantages, en profitant de la bonne disposition des personnes qui voudroient la gratifier, en acceptant la libéralité qu'elles voudroient lui faire.

Cela paroît encore mieux fondé, & plus raisonnable dans les pays où la communauté des biens est en usage, parce que le mari devant profiter de la moitié de la libéralité, comme étant un acquet qui entre dans la communauté, en acceptant la donation pour sa femme, il est censé le faire comme associé, non-seulement pour la portion qui doit lui revenir, mais encore pour le tout, parce que la qualité d'associé

Parlement de Bourdeaux est plus conforme aux maximes du Droit Romain.

4. Preuves.

5. Si le mari est le Procureur naturel & légal de la femme.

6. Le mari & la femme ne sont qu'une même chair.

7. Encore mieux dans les Pays où la communauté des biens a lieu.

8. L'affocié peut stipuler pour son affocié lui donne le droit de stipuler & d'accepter tous les contrats favorables à la Société; car c'est une maxime établie par les loix & les Auteurs, que chaque affocié a un mandat tacite par la nature du contrat, & par la volonté des autres affociés, pour faire l'avantage de la Société; ce qui est encore plus indubitable dans la société conjugale, dont le mari est le maître.

9. L'affocié a un mandat tacite de son affocié pour l'avantage de la Société.

10. Si l'Ordonnance de 1539 est contraire. L'ordonnance de 1539 ne décide rien au contraire; car, 1. Elle dit seulement que la stipulation du Notaire pour le donataire absent n'est pas suffisante, & avec raison sans doute; car le Notaire n'a aucun pouvoir ni caractère pour stipuler pour autrui, comme nous l'avons prouvé ailleurs.

11. Que cette Ordonnance n'exclut pas le mari de pouvoir accepter pour la femme. 2. Elle n'exclut pas le mari de pouvoir accepter pour sa femme; c'est un cas omis qui a été laissé par conséquent dans la disposition du droit commun.

12. Qu'elle n'empêche pas que les personnes qui ont un pouvoir légal ne puissent accepter les Donations. 3. Si elle requiert que la donation faite à une personne absente soit acceptée par le donataire en personne, ou par un Procureur spécialement fondé, ce n'est que dans le cas que le seul Notaire a accepté pour le donataire absent, & nullement lorsque l'acceptation a été faite par une personne qui avoit un mandat légal; car dans ce dernier cas l'acceptation étant bonne dans son origine, il n'est pas nécessaire que le donataire fasse une nouvelle acceptation, par lui ou par son Procureur fondé, sur-tout lorsque le mari a accepté pour sa femme absente, parce que le pouvoir légal du mari est aussi fort que s'il avoit un mandat spécial, du moins pour ce qui concerne les avantages de sa femme; en effet, quoique les Auteurs tiennent que l'action en retrait ne puisse point être intentée au nom d'autrui sans un mandat spécial, suivant *Tiraqueau, du retrait lignager, §. 1, gloss. 10, n^o. 97 & 99; Grimaudet, des retrait, liv. 2, ch. 29; & Mornac, sur la loi 2, ff. de Procurator.* toutefois le mari le peut sans autre pouvoir que celui qu'il tient de la loi, selon *Tiraqueau, §. 10, gloss. 1, n^o. 12, & seq. & Mornac, sur la loi Maritus 21, cod. de Procurator.* On peut voir l'article IX de l'ordonnance du mois de Février 1731, duquel on peut tirer un argument pour confirmer notre sentiment.

13. Le mari peut intenter au nom de sa femme l'action en retrait lignager, sans mandat spécial.



QUESTION V.

- I. Si le donateur peut révoquer la Donation avant que le donataire l'ait acceptée.
- II. De la charge de rendre à un tiers absent.
- III. *Quid* des Donations qui valent sans acceptation ?

S O M M A I R E S.

1. *Auteurs qui ont cru que la Donation ne peut pas être révoquée avant l'acceptation.*
2. *Raisons de ces Auteurs.*
3. *Auteurs qui ont décidé le contraire.*
4. *Résolution que la Donation peut être révoquée avant l'acceptation.*
5. *Que la Donation est imparfaite avant d'être acceptée par le Donataire.*
6. *Le droit n'est acquis au donataire que par l'acceptation.*
7. *La Donation non acceptée n'est qu'un simple projet.*
8. *La Donation en faveur d'un absent est réputée nulle par les Ordonnances.*
9. *La Donation ne prend sa force que de l'acceptation.*
10. *Quod nullum est nullum producit effectum.*
11. *Si la nullité est absolue quand elle procède du défaut d'acceptation.*
12. *L'acceptation peut être faite pendant la vie du donateur.*
13. *Si l'acceptation faite ex post facto a un effet rétroactif au jour de la Donation.*
14. *Si le donateur peut venir contre son propre fait avant l'acceptation.*
15. *Raison pourquoi la Donation peut être révoquée avant l'acceptation.*

32 QUESTION V.

16. La Donation n'acquiert aucun droit au donataire avant l'acceptation.
17. Réfutation de la raison prise de ce que la donation peut être acceptée pendant la vie du donateur.
18. Que l'acceptation faite ex post facto, n'a point d'effet rétroactif.
19. Réfutation de la raison, tirée de ce que le donateur ne peut pas venir contre son propre fait.
20. La seule volonté du donateur ne suffit pas pour la perfection de la Donation.
21. Pourquoi les Donations ne peuvent pas être acceptées après la mort du donateur. Mors omnia solvit.
22. La mort du donateur produit une révocation tacite du projet de donner.
23. La volonté expresse est plus efficace que la tacite.
24. Si la charge de rendre à un tiers absent peut être révoquée avant l'acceptation de l'absent.
25. Première raison pour la négative.
26. Action utile compete au tiers absent.
27. Deuxième raison; l'acceptation du premier donataire rend la Donation parfaite, même pour le second donataire.
28. Exception de la règle qu'on ne peut pas stipuler pour autrui, selon M. Cujas.
29. Troisième raison; après l'acceptation du premier donataire, le donateur cesse d'avoir droit sur la chose donnée.
30. Quatrième raison, tirée des Loix.
31. Auteurs qui ont tenu cette opinion.
32. Résolution pour l'affirmative.
33. Explication de la loi 3, Cod. de Donat. quæ sub modo.
34. L'action du tiers absent n'est fondée que sur la volonté du donateur.
35. Confirmation.
36. La charge de rendre à un tiers, est une donation.

37. Auteurs qui ont tenu pour la révocabilité de la charge de rendre à un tiers absent avant l'acceptation.
38. Réponse à la première raison de l'opinion contraire.
39. Pourquoi l'action utile est accordée au tiers absent, sans qu'il ait accepté.
40. Quid si la révocation est faite après l'échéance du terme de la restitution?
41. Le droit n'est acquis irrévocablement au tiers absent que par l'acceptation ou par la mort du donateur.
42. Ce qui est décidé en faveur de la liberté, ne peut être tiré à conséquence.
43. Réponse à la deuxième raison de l'opinion contraire.
44. Exception, lorsque le premier donataire qui a accepté peut stipuler pour le tiers absent.
45. Réponse à la troisième raison.
46. Le donateur peut rappeler les biens donnés, lorsque le donataire refuse d'exécuter la charge de rendre au tiers.
47. Réponse à la Loi 1, ff. qui sine manumif. ad libert. perven.
48. Réponse à la Loi 36. ff. de pactis.
49. Réponse à Loi dernière, ff. de pactis.
50. Le Pacte de non petendo profite irrévocablement à la caution.
51. Le Pacte de non petendo éteint l'obligation naturelle & libère de l'action civile par exception.
51. Bis. Si la charge de rendre, comprise tacitement sous la Donation, peut être révoquée avant l'acceptation.
52. Si le consentement du premier donataire est requis pour la validité de la révocation de la charge.
53. Raison pour l'affirmative.
54. Résolution pour la négative.
55. Raison de la décision.
56. 57. Suite.

QUESTION V.

- 34
 58. Si la charge est révocable lorsqu'elle a été acceptée par le donataire qui avoit droit de stipuler pour le substitué absent.
59. Premier cas, lorsque la Substitution ou charge est faite dans un contrat de mariage en faveur des descendants.
60. Auteurs qui ont tenu pour la révocation.
61. Auteurs qui ont décidé le contraire.
62. Résolution pour cette dernière opinion.
63. Raisons particulières de cette décision.
64. Deuxième cas, lorsque la Substitution est faite dans un contrat de mariage en faveur d'autres personnes que des mariés & de leurs descendants.
65. Troisième cas, lorsque la Donation est faite hors du contrat de mariage en faveur du donataire présent, chargé de rendre à ses descendants.
66. De quelle manière la charge de rendre à un tiers, imposée au donataire, doit-elle valoir?
67. Comme Pacte, selon Peregrinus.
68. Comme simple condition, selon Charondas.
69. Selon ces deux opinions, la charge seroit révocable.
70. Troisième opinion, que la charge vaut comme Substitution ou comme donation.
71. Que dans ce cas la charge ne seroit révocable, si elle avoit été acceptée par le premier donataire qui peut stipuler pour le substitué.
72. Résolution que la charge de rendre vaut comme Substitution ou seconde Donation.
73. Que les Substitutions contractuelles valent en France, sans acceptation de la part du substitué.
74. Mais elles ne sont pas irrévocables avant l'acceptation.
75. Résolution du troisième cas, que la Substitution faite en faveur des descendants du mariage, acceptée par leur père, est irrévocable.
76. Récapitulation.
77. Première résolution.
78. Deuxième résolution.
79. Troisième résolution.

80. Deux exceptions touchant la révocabilité de la charge de rendre à un tiers absent.
81. Si le donateur peut révoquer avant l'acceptation la donation qui vaut sans acceptation.
82. Distinction. Premier membre.
83. Deuxieme membre.
84. Résolution touchant les Donations, où la formalité de l'acceptation est remise.
85. Des Donations faites en Contrat de mariage en faveur des descendans des conjoints.
86. Quid des Donations hors du Contrat de mariage en faveur des enfans à naître ou nouvellement nés?
87. Raisons de différence.

Les Auteurs sont partagés sur la question, si la donation peut être révoquée avant l'acceptation. Les uns ont tenu que la donation ne pouvoit pas être révoquée par le donateur, parce qu'il ne peut pas venir contre son propre fait, & que le donataire ayant la liberté d'accepter la donation pendant la vie du donateur, & l'acceptation devant avoir un effet rétroactif, en quelque-tems qu'elle soit faite, le donateur ne peut lui donner aucune atteinte; de ce nombre sont *Ferrieres sur la question 222 de Guipape; Charondas, sur l'Article 275 de la coutume de Paris; & Dumoulin, dans son Conseil 60, n°. 14.*

Les autres sont d'avis que le donateur a la liberté de révoquer la donation, jusqu'à ce que le donataire ait accepté en la forme prescrite par les ordonnances. *M. Maynard, liv. 7, ch. 84; Charondas, contraire à lui-même, dans ses Pandectes, liv. 2, ch. 21; Coquille, sur la coutume de Nivernois, ch. 27, des donations, article 8; Ricard, Claude de Ferriere, sur la coutume de Paris, & plusieurs autres.*

Ce dernier avis est très-bien fondé, non-seulement sur les ordonnances, mais encore sur les loix Romaines. En effet, nous avons montré ailleurs que la donation n'étoit parfaite, suivant le droit Romain, qu'après que le donataire avoit accepté la libéralité; & c'est alors seulement que le droit est acquis au donataire; *L. 10, L. 19, §. 2, & L. 26, ff. de donat.* & lorsque la donation n'est revêtue que du consentement du donateur, ce n'est qu'un simple

1. Auteurs qui ont cru que la Donation ne peut pas être révoquée avant l'acceptation.

2. Raisons de des Auteurs,

3. Auteurs qui ont décidé le contraire,

4. Résolution que la Donation peut être révoquée avant l'acceptation.

5. Que la Donation est imparfaite avant d'être acceptée par le donataire.

6. Le droit projet; *L. In omnibus 55, ff. de oblig. & act.* d'où il n'est acquis au donataire que s'ensuit que le donateur a la liberté de révoquer la donation, ou pour mieux dire, le projet qu'il avoit par l'acceptation. formé de gratifier le donataire, avant que celui-ci ait accepté, & donné par-là la perfection à la donation;

7. La Donation non acceptée n'est qu'un simple projet. autrement il n'y auroit aucune différence entre le simple projet & l'acte parfait: cela est si vrai, que, selon la remarque de *Grotius*, dans son fameux traité de *Jure Belli & Pacis*, lib. 2, cap. 11, §. 14; & de *Puffendorf*, du droit de la nature & des gens, liv. 3, ch. 6, §. 15, la simple promesse non suivie de l'acceptation ne produit aucune action, même selon le droit naturel: la raison qu'en donne le dernier de ces Auteurs, est, que tant qu'il n'y a point d'acceptation, la chose promise demeure en la disposition du donateur; car quand on offre son bien à quelqu'un, on ne veut ni le lui faire prendre par force, ni l'abandonner dès ce moment-là.

8. La Donation en faveur d'un absent est réputée nulle par les Ordonnances. Il y a encore moins de doute, si l'on examine la difficulté sur les ordonnances, puisque l'article CXXXIII de celle de 1539 porte en termes exprès, que la donation faite en faveur d'un absent est réputée nulle, & ne commence d'avoir effet que du jour de l'acceptation.

9. La Donation ne prend sa force que de l'acceptation. Or si le défaut d'acceptation fait considérer la donation comme nulle, & si elle ne prend sa force que de l'acceptation du donataire, il est évident que le donateur a la liberté de la révoquer avant l'acceptation, & même la question semble oiseuse, à cause de la nullité prononcée par l'ordonnance, parce que

10. *Quod nullum est, nullum producit effectum.* *quod nullum est, nullum producit effectum*, & n'a pas besoin d'être révoquée.

11. Si la nullité est absolue quand elle procede du défaut d'acceptation. Il est vrai que, suivant l'esprit des ordonnances, cette nullité n'est pas absolue, & n'anéantit pas la donation de plein droit, puisqu'elles veulent que l'acceptation puisse être faite en tout tems pendant la vie du donateur, ce qui sert de fondement aux Auteurs qui tiennent l'opinion contraire, parce que,

12. L'acceptation peut être faite pendant la vie du donateur. selon eux, l'acceptation pouvant être faite pendant la vie du donateur, en quelque-tems qu'elle soit faite, elle a un effet rétroactif au tems de la donation.

13. Si l'acceptation faite *ex post facto*, a un effet rétro- Mais ce raisonnement n'a rien de solide, non-plus que la réflexion qu'ils tirent de ce que le donateur ne peut pas venir contre son propre fait; car premièrement, il importe peu que la nullité qui procede du

défaut d'acceptation ne soit pas absolue, & n'anéantisse pas la donation de plein droit; il suffit qu'elle la fasse considérer comme un simple projet, qui n'acquiert sa perfection que par l'acceptation faite en la forme prescrite par les ordonnances de 1539 & de 1549. Or s'il est vrai, comme on ne peut pas le constater, que la donation non acceptée ne soit qu'un simple projet, il n'acquiert donc aucun droit au donataire, le donateur ne se trouve pas lié; & par conséquent il peut révoquer son projet de libéralité.

Que la donation non acceptée n'acquiert aucun droit au donataire, même suivant les ordonnances, la chose est incontestable, puisque si le donateur décède avant l'acceptation, la donation est nulle, & le donataire ne peut en faire aucun usage, quand même il l'accepteroit: il en seroit de même, si le donataire décédoit avant d'avoir accepté, comme on l'établira ci-après dans l'examen d'une autre question; ce qui n'arriveroit point si le donataire avoit un droit acquis; car ni sa mort ni celle du donateur ne seroient pas capables de la résoudre.

En second lieu, si les ordonnances permettent au donataire d'accepter la donation pendant la vie du donateur, il ne s'ensuit pas que la donation ou le projet acquiere quelque droit au donataire, ni que la donation soit irrévocable; au contraire, elles portent que la donation est réputée nulle avant l'acceptation; ce qui prouve qu'elle n'acquiert aucun droit au donataire, & qu'elle peut être révoquée jusqu'à ce qu'elle ait été acceptée; & ce n'est que quand les choses sont encore entières, & que le donateur persévère dans la même volonté, que le donataire a la liberté de faire l'acceptation pendant la vie du donateur; mais la révocation qui survient avant l'acceptation, anéantissant le projet de libéralité formé par le donateur, l'acceptation faite après cela est inutile, & ne peut produire aucun effet.

En troisième lieu, l'ordonnance de 1539 porte que la donation faite à un absent n'aura d'effet que du jour de l'acceptation; c'est donc contre la disposition de cette ordonnance que les Auteurs ont prétendu que l'acceptation, en quelque-tems qu'elle fût faite, avoit un effet rétroactif; car si la donation n'est parfaite, & n'a d'effet que du jour de l'acceptation, il est évident que l'acceptation n'a point d'effet rétroactif.

actif au jour de la Donation.

14. Si le donateur peut venir contre son propre fait avant l'acceptation.

15. Raisons pourquoi la Donation peut être révoquée avant l'acceptation.

16. La Donation n'acquiert aucun droit au donataire avant l'acceptation.

17. Réfutation de la raison prise, de ce que la Donation peut être acceptée pendant la vie du donateur.

18. Que l'acceptation faite *ex post facto*, n'a point d'effet rétroactif.

19. Réfutation de la raison tirée, de ce que le donateur ne peut pas venir contre son propre fait. En quatrième lieu, on applique mal la règle que le donateur ne peut pas venir contre son propre fait; car cette règle n'a lieu que quand le fait est obligatoire par lui-même, & qu'il n'a pas besoin de quelque autre formalité pour le rendre parfait; ce qui ne se rencontre pas au cas présent, puisque la seule volonté, ou le fait du donateur n'est pas capable de donner la perfection à la donation qui demeure imparfaite, & n'acquiert aucun droit au donataire jusqu'à ce qu'il ait accepté, aux termes de l'ordonnance & de la loi Romaine.

20. La seule volonté du donateur ne suffit pas pour la perfection de la Donation. Enfin ce n'est pas sans raison que les ordonnances n'ont accordé au donataire la faculté d'accepter la donation que pendant la vie du donateur, c'est parce que sa volonté étant éteinte par sa mort, suivant *Sebastien Medicis*, dans son traité *Mors omnia solvit*. Part. 1, n°. 106, & part. 2, conclusion 112, n°. 306; & *Godefroy*, sur la nouvelle 22, ch. 20, l'acceptation qui seroit faite seroit inutile, parce qu'elle ne viendroit que dans un tems auquel la donation se trouveroit anéantie, & que la chose qu'on avoit projeté de donner appartiendroit à l'héritier, suivant la loi 9, §. 1, ff. de jure dotium. Or on peut tirer de-là un argument très-fort en faveur de la révocation; car si la mort du donateur produit une révocation tacite de son projet de donation, parce que sa volonté ne subsiste plus, pourquoi ne pourroit-il pas changer de volonté pendant sa vie, tandis que les choses sont entières, & faire expressément ce que la mort opere tacitement & par une simple présomption, puisqu'il est des premiers principes qu'une disposition expresse a bien plus d'efficace qu'une volonté tacite & présumée? Notre sentiment a été confirmé par l'article V de l'ordonnance du mois de Février 1731, qui veut que les donations, même celles qui sont faites à l'Église, ou autre cause pie, ne puissent engager les donateurs, ni produire aucun autre effet, que du jour qu'elles auront été acceptées par le donataire ou par son Procureur-général ou spécial.

21. Pourquoi les Donations ne peuvent pas être acceptées après la mort du donateur. *Mors omnia solvit*, Mais l'acceptation qui seroit faite seroit inutile, parce qu'elle ne viendroit que dans un tems auquel la donation se trouveroit anéantie, & que la chose qu'on avoit projeté de donner appartiendroit à l'héritier, suivant la loi 9, §. 1, ff. de jure dotium. Or on peut tirer de-là un argument très-fort en faveur de la révocation; car si la mort du donateur produit une révocation tacite de son projet de donation, parce que sa volonté ne subsiste plus, pourquoi ne pourroit-il pas changer de volonté pendant sa vie, tandis que les choses sont entières, & faire expressément ce que la mort opere tacitement & par une simple présomption, puisqu'il est des premiers principes qu'une disposition expresse a bien plus d'efficace qu'une volonté tacite & présumée? Notre sentiment a été confirmé par l'article V de l'ordonnance du mois de Février 1731, qui veut que les donations, même celles qui sont faites à l'Église, ou autre cause pie, ne puissent engager les donateurs, ni produire aucun autre effet, que du jour qu'elles auront été acceptées par le donataire ou par son Procureur-général ou spécial.

22. La mort du donateur produit une révocation tacite du projet de donner. Mais l'acceptation qui seroit faite seroit inutile, parce qu'elle ne viendroit que dans un tems auquel la donation se trouveroit anéantie, & que la chose qu'on avoit projeté de donner appartiendroit à l'héritier, suivant la loi 9, §. 1, ff. de jure dotium. Or on peut tirer de-là un argument très-fort en faveur de la révocation; car si la mort du donateur produit une révocation tacite de son projet de donation, parce que sa volonté ne subsiste plus, pourquoi ne pourroit-il pas changer de volonté pendant sa vie, tandis que les choses sont entières, & faire expressément ce que la mort opere tacitement & par une simple présomption, puisqu'il est des premiers principes qu'une disposition expresse a bien plus d'efficace qu'une volonté tacite & présumée? Notre sentiment a été confirmé par l'article V de l'ordonnance du mois de Février 1731, qui veut que les donations, même celles qui sont faites à l'Église, ou autre cause pie, ne puissent engager les donateurs, ni produire aucun autre effet, que du jour qu'elles auront été acceptées par le donataire ou par son Procureur-général ou spécial.

23. La volonté expresse est plus efficace que la tacite. Mais l'acceptation qui seroit faite seroit inutile, parce qu'elle ne viendroit que dans un tems auquel la donation se trouveroit anéantie, & que la chose qu'on avoit projeté de donner appartiendroit à l'héritier, suivant la loi 9, §. 1, ff. de jure dotium. Or on peut tirer de-là un argument très-fort en faveur de la révocation; car si la mort du donateur produit une révocation tacite de son projet de donation, parce que sa volonté ne subsiste plus, pourquoi ne pourroit-il pas changer de volonté pendant sa vie, tandis que les choses sont entières, & faire expressément ce que la mort opere tacitement & par une simple présomption, puisqu'il est des premiers principes qu'une disposition expresse a bien plus d'efficace qu'une volonté tacite & présumée? Notre sentiment a été confirmé par l'article V de l'ordonnance du mois de Février 1731, qui veut que les donations, même celles qui sont faites à l'Église, ou autre cause pie, ne puissent engager les donateurs, ni produire aucun autre effet, que du jour qu'elles auront été acceptées par le donataire ou par son Procureur-général ou spécial.

24. Si la charge de rendre à un tiers absent peut être révoquée avant l'acceptation de l'absent. Mais l'acceptation qui seroit faite seroit inutile, parce qu'elle ne viendroit que dans un tems auquel la donation se trouveroit anéantie, & que la chose qu'on avoit projeté de donner appartiendroit à l'héritier, suivant la loi 9, §. 1, ff. de jure dotium. Or on peut tirer de-là un argument très-fort en faveur de la révocation; car si la mort du donateur produit une révocation tacite de son projet de donation, parce que sa volonté ne subsiste plus, pourquoi ne pourroit-il pas changer de volonté pendant sa vie, tandis que les choses sont entières, & faire expressément ce que la mort opere tacitement & par une simple présomption, puisqu'il est des premiers principes qu'une disposition expresse a bien plus d'efficace qu'une volonté tacite & présumée? Notre sentiment a été confirmé par l'article V de l'ordonnance du mois de Février 1731, qui veut que les donations, même celles qui sont faites à l'Église, ou autre cause pie, ne puissent engager les donateurs, ni produire aucun autre effet, que du jour qu'elles auront été acceptées par le donataire ou par son Procureur-général ou spécial.

25. Première raison, pour la négative. Mais l'acceptation qui seroit faite seroit inutile, parce qu'elle ne viendroit que dans un tems auquel la donation se trouveroit anéantie, & que la chose qu'on avoit projeté de donner appartiendroit à l'héritier, suivant la loi 9, §. 1, ff. de jure dotium. Or on peut tirer de-là un argument très-fort en faveur de la révocation; car si la mort du donateur produit une révocation tacite de son projet de donation, parce que sa volonté ne subsiste plus, pourquoi ne pourroit-il pas changer de volonté pendant sa vie, tandis que les choses sont entières, & faire expressément ce que la mort opere tacitement & par une simple présomption, puisqu'il est des premiers principes qu'une disposition expresse a bien plus d'efficace qu'une volonté tacite & présumée? Notre sentiment a été confirmé par l'article V de l'ordonnance du mois de Février 1731, qui veut que les donations, même celles qui sont faites à l'Église, ou autre cause pie, ne puissent engager les donateurs, ni produire aucun autre effet, que du jour qu'elles auront été acceptées par le donataire ou par son Procureur-général ou spécial.

la loi 3, *cod. de donat. quæ sub modo*, décide que par une telle donation le droit est acquis au second donataire absent; *sed cum postea benignâ juris interpretatione divi principes, ei qui stipulatus non sit, utilem actionem juxta donatoris voluntatem competere admiserint, actio quæ sorori tuæ, si in rebus humanis ageret competit, tibi accommodabitur*; & par conséquent il ne peut pas lui être ôté, sur-tout après l'échéance du terme auquel la chose donnée doit être rendue au tiers absent, parce que dès ce moment elle lui appartient par l'argument tiré de la loi 1, *cod. si mancip. ita fuerit alienat*. Secondement, l'acceptation du premier donataire rendant la donation parfaite, elle doit l'être, tant par rapport au premier, que par rapport au second, comme l'a remarqué Ricard, *des donations tom. 1, part. 1, n°. 870*; d'autant mieux que, selon M. Cujas, sur la loi 3, *cod. de donat. quæ sub modo*, ce cas est une exception de la règle qui veut qu'on ne puisse pas stipuler pour autrui; d'où il s'ensuit que la stipulation du premier donataire a acquis un droit irrévocable à tous les substitués. Troisième-ment, la donation étant une fois parfaite par l'acceptation du premier donataire, le donateur cesse donc d'avoir aucun droit sur la chose donnée; & par conséquent il ne peut plus en disposer, suivant le raisonnement de l'Empereur Alexandre dans la loi 1, *cod. si mancipium ita fuerit alienat. ut manumittatur*; d'où l'on peut inférer qu'il ne lui est plus libre de révoquer la charge de rendre, ou la substitution faite en faveur d'un tiers absent, quoiqu'il n'ait pas accepté. Quatrièmement, on peut prendre encore des argumens de la loi 1, *ff. qui sine manumis. ad libert. perven.* de la loi 36, & de la loi dernière, *ff. de Pactis*, pour soutenir l'irrévocabilité de la charge ou de la substitution pour laquelle se sont déterminés *Aufrery*, sur la question 453; *Capell. Tolos. Benedicti*, sur le chap. *Raynutius*, *verb. si absque liberis moreretur* 2, de *fideicomm. substit.* n°. 23; & *Fachineus*, au liv. 8 de ses *Controverses*, ch. 89. Enfin les articles XI & XII de l'ordonnance de 1731, déclarent valables les dispositions par lesquelles le donataire est chargé de rendre les biens donnés à un tiers absent, en vertu de l'acceptation du donataire.

Nonobstant ces raisons & ces autorités, l'opinion contraire est très-véritable, & il est permis au do-

26. Action utile, compete au tiers absent.

27. Deuxieme raison: l'acceptation du premier donataire rend la donation parfaite, même pour le second donataire.

28. Exception de la règle, qu'on ne peut pas stipuler pour autrui; selon M. Cujas.

29. Troisieme raison, qu'après l'acceptation du premier donataire, le donateur cesse d'avoir droit sur la chose donnée.

30. Quatrieme raison, tirée des Loix.

31. Auteurs qui ont tenu cette opinion.

32. Résolution pour l'affirmative.

33. Explication de la Loi 3, *Cod. de Donat. quæ sub modo.* donateur de révoquer la charge ou la substitution en faveur d'un tiers absent, avant qu'il ait accepté; cela est fondé non seulement sur les ordonnances, mais encore sur les loix Romaines: en effet, la loi 3, *cod. de donat. quæ sub modo*, bien entendue, le décide expressément; car, suivant cette loi, l'action n'est acquise au tiers absent que sur le fondement de la volonté du donateur, *juxta donatoris voluntatem*; ainsi il est évident que c'est cette même volonté qui établit le droit de l'absent; il faut donc que le donateur y persévère; que s'il change, il ne reste plus aucun titre au tiers absent, aucun droit ni action sur les biens donnés.

34. L'action du tiers absent n'est fondée que sur la volonté du donateur.

Cela se fortifie par la décision de la loi 3, *ff. de servis export.* & de la loi 1, *cod. si mancipium ita fuerit alien.* qui, nonobstant la faveur de la liberté, veulent que quand un esclave a été vendu ou donné, à la charge qu'après un certain tems il seroit libre, cet esclave n'acquiert la liberté que dans le cas que le vendeur ou le donateur n'ont pas changé de volonté, & n'ont pas révoqué la convention, *si tamen is qui vendidit in eadem voluntate perseveret. Si modo Patroclus non contrariæ voluntatis fuerat*, disent ces loix; ce qui suppose d'une manière bien claire que le donateur a la liberté de changer de volonté, & de révoquer la charge ou la substitution, tandis que les choses sont encore entières. Voilà pour ce qui concerne le droit Romain.

35. Confirmation.

A l'égard des ordonnances, on ne peut pas convenir que la charge de rendre à un tiers absent imposée au premier donataire, ne soit une donation & une libéralité au profit de cet absent: cela posé, n'est-il pas clair qu'elle doit se régler tout de même que les autres donations que les ordonnances déclarent nulles, si elles ne sont acceptées, & ne pouvoir produire d'effet que du jour de l'acceptation? Et par conséquent il faut appliquer ici ce que nous avons dit ci-dessus au sujet des autres donations faites à un tiers absent.

36. La charge de rendre à un tiers absent est une donation.

Cette opinion a pour défenseurs plusieurs Auteurs & Interpretes, tant du droit Romain, que du droit François; & entr'autres, *Covarruvias, variar. resol. lib. 1, cap. 14; Faber, dans son code, lib. 8, tit. 37, déf. 1; Peregrinus, de fideicomm. art. 51, n°. 46; Peregrinus, dans ses Préleçons, sur le titre du code de donat.*

37. Auteurs qui ont tenu pour la révocabilité de la charge de rendre à un tiers absent avant l'acceptation.

Cette opinion a pour défenseurs plusieurs Auteurs & Interpretes, tant du droit Romain, que du droit François; & entr'autres, *Covarruvias, variar. resol. lib. 1, cap. 14; Faber, dans son code, lib. 8, tit. 37, déf. 1; Peregrinus, de fideicomm. art. 51, n°. 46; Peregrinus, dans ses Préleçons, sur le titre du code de donat.*

quæ sub modo, n^o. 7 & 8; *Tiraqueau*, de *jure primigen.* quest. 8, n^o. 4 & 5; *Ferrieres*, sur la question 222 de *Guipape*; *Charondas*, dans ses *Pandectes*, liv. 2, ch. 21, & dans ses réponses, liv. 10, rép. 92. *Corras*, in *centuria*, cap. 35; *Ricard*, des donations, tom. 1, part. 1, n^o. 873, & plusieurs autres.

Il est aisé de répondre aux fondemens de l'opinion contraire. 1. L'action acquise au tiers absent dont parle la loi 3, *cod. de donat. quæ sub modo*, n'est pas irrévocable, puisqu'elle dépend absolument de la volonté du donateur, comme on l'a observé ci-dessus; ainsi ceux-là entendent mal la loi, qui prétendent qu'elle décide pour l'irrévocabilité de la charge, puisqu'elle détermine le contraire; car ce n'est que par une interprétation favorable & contre la rigueur des principes qu'elle accorde une action utile au tiers absent, contre le premier donataire, laquelle action n'est pas pour le déclarer propriétaire au préjudice du donateur; mais elle a été introduite en haine de la perfidie, où le donataire tombe, lorsqu'il refuse d'exécuter la charge qui lui a été imposée de son consentement, pour tenir lieu de l'action qui compétoit auparavant au donateur & à ses héritiers, pour répéter la chose donnée, lorsque le donataire refuse d'exécuter la charge à lui imposée, comme la loi le porte expressément.

De-là vient qu'il est indifférent que la révocation arrive avant ou après l'échéance du terme auquel la chose donnée doit être vendue au tiers absent; il suffit que le droit ne soit pas irrévocablement acquis à l'absent; ce qui ne peut arriver que par l'acceptation de l'absent ou par la mort du donateur, comme l'ont remarqué *Cavarruvias*, var. *resol. lib. 1, ch. 14*; & *Ricard*, des donations, tom. 1, part. 1, n^o. 874; & si la loi 1, *cod. si mancip. ita fuerit alienatum*, décide que dès aussitôt que le terme est arrivé, l'esclave qui avoit été donné à la charge qu'il seroit libre après un certain tems, acquiert de plein droit sa liberté, elle suppose toujours que le donateur ait persévéré dans la même volonté; d'ailleurs cela n'a été introduit qu'en faveur de la liberté, & ne peut pas être tiré à conséquence pour les autres cas, selon *Ricard*, au lieu préallégué, n^o. 873.

2. L'acceptation du premier donataire rend la donation parfaite à son égard, mais non pas en faveur

38. Réponse à la première raison de l'opinion contraire.

39. Pourquoi l'action utile est accordée au tiers absent, sans qu'il ait accepté.

40. *Quid si la révocation est faite après l'échéance du terme de la restitution?*

41. Le droit n'est acquis irrévocablement au tiers absent, que par l'acceptation ou par la mort du donateur.

42. Ce qui est décidé en faveur de la liberté, ne peut pas être tiré à conséquence.

43. Réponse à la deuxième raison de l'opinion contraire.

du tiers absent, pour lequel il ne peut pas accepter; ce qui est si vrai, que dans le cas de la loi 3, ff. *servis export.* & de la loi 1, *cod. si mancip. ita fuerit alienat.* la stipulation de l'acheteur ou du donataire pour l'esclave, n'empêche pas le vendeur ou le donateur de pouvoir révoquer le pacte ou la charge imposée en faveur de l'esclave; il faut néanmoins excepter le cas de l'acceptation faite par une personne qui peut accepter & stipuler pour le tiers absent, & quoi qu'en puisse dire M. Cujas, la loi 3, *cod. de donat. quæ sub modo*, n'établit pas que dans son espece le donataire présent puisse stipuler & accepter pour le tiers absent; car cette loi ne se fonde pas sur la stipulation du donataire présent, mais uniquement sur la volonté du donateur.

44. Exception, lorsque le premier donataire qui a accepté peut stipuler pour le tiers absent.

45. Réponse à la troisième raison.

46. Le donateur peut rappeler les biens donnés, lorsque le donateur refuse d'exécuter la charge de rendre au tiers.

3. Quand le donataire cesseroit d'avoir droit sur la chose donnée, il n'en auroit pas moins la liberté de révoquer la charge ou la substitution faite au profit d'un tiers absent, avant qu'il ait accepté, parce que sa validité dépend absolument de la volonté du donateur, sans laquelle le substitué n'a aucun droit ni titre pour prétendre à la chose donnée; mais cela est superflu, parce que le donateur n'est pas tellement dépouillé de son droit, qu'il ne puisse rappeler les biens donnés; lorsque le donataire refuse d'exécuter la charge, suivant la décision textuelle de la loi 3, *cod. de donat. quæ sub modo*. Ainsi il n'est pas merveilleux qu'il conserve la faculté de révoquer la substitution faite en faveur d'un absent avant l'acceptation; & quoiqu'il soit dit dans la loi 1, *cod. si mancip. ita fuerit alienat.* que le donateur ne peut pas aliéner la chose donnée, elle ne laisse pas de décider que le donateur doit persévérer dans sa volonté, afin que la charge imposée au donataire puisse sortir son effet; ce n'est même qu'en faveur du premier donataire qui a accepté, & qui par-là a rendu la donation parfaite & irrévocable à son égard, que la loi dit que le donateur ne peut pas aliéner les biens donnés.

47. Réponse à la Loi 1, ff. *qui sine manumif. ad libert. perven.*

4. On répond à la loi 1, ff. *qui sine manumif. ad libert. perven.* que cette loi est dans le cas que le vendeur & l'acheteur sont décédés sans héritiers; voilà pourquoi on n'examine pas si le vendeur a persévéré dans la même volonté où il étoit, que l'esclave par lui vendu obtint sa liberté; c'est ainsi que M. Cujas

concilie cette loi avec la loi 3, ff. de servit. export. & la loi 1, cod. si mancip. ita fuerit alienat.

A l'égard de la loi 36, ff. de pactis, elle décide que le pacte fait en faveur d'une tierce personne absente, ne peut pas être révoqué par l'un des contractans, quand il importe à l'autre qu'il soit exécuté; d'où l'on peut inférer que si les contractans n'ont aucun intérêt pour empêcher la révocation du pacte, elle fera valable au préjudice du tiers absent, comme le remarquent *M. Cujas & Godefroy*. Ainsi, bien loin que cette loi soit contraire à la révocabilité de la charge ou de la substitution faite en faveur d'un tiers absent, elle la favorise visiblement.

Pour ce qui est de la loi dernière, ff. de pactis, elle ne décide autre chose, si non que le pacte de *non petendo* fait en faveur du débiteur principal, profite tellement à la caution, qu'il ne dépend pas du débiteur, en se départant du pacte, de lier de nouveau la caution; mais cela ne conclut rien pour notre cas, parce que le pacte de *non petendo* éteint l'obligation naturelle & libère la caution de l'obligation civile par voie d'exception, qui a la même efficacité que si le débiteur avoit payé; ainsi il n'est pas merveilleux qu'il ne soit pas au pouvoir du débiteur de faire revivre au préjudice de la caution une dette dont elle avoit acquis la libération.

Il est vrai que les articles XI & XII de l'ordonnance du mois de Février 1731, déclarent valables les substitutions & charges de rendre aux enfans nés ou à naître, ou à d'autres personnes, quoiqu'il n'y ait d'autre acceptation que celle du premier donataire; mais ils ne disent pas qu'elles soient irrévocables.

La règle ainsi établie a lieu, non-seulement pour les substitutions ou charges de rendre expresses, mais encore pour la substitution tacite qui résulte de la disposition, lorsque les enfans sont mis dans la condition sous la qualification de mâles; car une disposition tacite ne peut pas avoir plus de privilège qu'une expresse.

Il faut présentement examiner si le consentement du donataire est nécessaire, afin que la charge qui lui a été imposée par le donateur, puisse être révoquée: il y a plusieurs Auteurs qui ont cru que le consentement du premier donataire étoit nécessaire, suivant cette règle de droit, *nihil tam naturale est quam*

48. Réponse à la Loi dernière, ff. de pactis.

49. Réponse à la Loi dernière, ff. de pactis.

50. Le Pacte de *non petendo* profite irrévocablement à la caution.

51. Le Pacte de *non petendo* éteint l'obligation civile, & libère de l'action civile; par exception.

51. Bis. Si la charge de rendre comprise tacitement sous la Donation, peut être révoquée avant l'acceptation.

52. Si le consentement du premier donataire est requis pour la validité de la révocation de la charge.

eo genere quidve dissolvere quo colligatum est, L. 35, ff. de reg. jur. ainsi la donation ayant été acceptée par le donataire, avec la charge de rendre à un tiers absent, afin que cette charge soit révoquée de la même manière qu'elle a été établie, & que la révocation vaille, il faut nécessairement que le donataire intervienne pour prêter son consentement.

53. Raïsons pour l'affirmative.

54. Résolution pour la négative.

55. Raïsons de la décision.

56. Suite.

57. Suite.

58. Si la charge est révocable lorsqu'elle a été acceptée par le donataire qui avoit droit de stipuler pour le substitué absent.

59. Premier cas, lorsque la substitution ou charge est faite dans un Contrat de mariage en faveur des descendants.

60. Auteurs

Toutefois le sentiment contraire est fondé sur plusieurs loix que nous avons rapportées; & par conséquent il faut décider que le donateur peut révoquer la charge par lui imposée, sans que le consentement du premier donataire soit requis.

Nous avons observé ci-dessus que la charge ou substitution faite au profit d'un tiers absent, n'avoit d'autre fondement que la volonté du donateur: donc il peut lui seul changer de volonté, & détruire par-là le droit du tiers absent.

La loi 3, ff. de servis export. & la loi 1, cod. si mancip. ita fuerit alienatum, n'exigent autre chose, si non que celui qui a vendu ou donné un esclave, à la charge qu'après un certain tems il seroit libre, n'ait pas persévéré dans la même volonté, afin que la charge soit révoquée, & ne requierent point le consentement de l'acheteur ou du donataire; & par conséquent il ne faut point exiger cette formalité.

La loi 36, ff. de pactis, décide aussi que si deux personnes ont fait un pacte en faveur d'un tiers absent, celui des contractans qui veut révoquer le pacte, peut le faire malgré l'autre, s'il n'y a point d'intérêt, & s'il n'a pas été fait en sa faveur. Or si le pacte fait au profit du tiers peut être révoqué, malgré celui qui l'a fait, il est évident que le donateur peut révoquer la charge par lui imposée, sans qu'il ait besoin de requérir le consentement du donataire.

Il reste à examiner si la charge est révocable, lorsqu'elle a été faite au profit d'une personne pour laquelle le premier donataire avoit pouvoir d'accepter, & qui a accepté en effet pour l'absent. Pour discuter la chose avec exactitude, & donner une résolution certaine, il faut distinguer quelques cas. Le premier est lorsque la charge ou la substitution a été faite dans un contrat de mariage en faveur des enfans qui en naîtroient. Les Auteurs sont partagés; *Chopin, sur la coutume de Paris, liv. 2, tit. 3, n°. 10; Tiraqueau, de jure primigen. quest. 8; & Ricard, tom. 1, part.*

7, n°. 873, tiennent pour la révocation, lorsqu'elle est faite pour convention entre le donateur & le donataire; d'autres ont décidé le contraire: de ce nombre sont *Aufrey*, sur la quest. 453; *Capella Tolosana*; *M. de Catellan*, liv. 4, ch. 6, & liv. 5, ch. 55; *Delauriere*, des institutions & substitutions contractuelles, ch. 7, n°. 21 & 47. Le sentiment de ceux-ci paroît le mieux fondé sur les principes du droit François, parce que toutes les dispositions faites en contrat de mariage en faveur des mariés ou de leurs descendans, sont essentiellement irrévocables; & il ne dépend pas du donateur, ni du premier donataire d'y donner atteinte au préjudice des autres qui sont appelés après eux: voilà pourquoi il ne faut pas confondre ce cas particulier, comme infiniment favorable avec les autres, pour lesquels on doit suivre la disposition du droit Romain.

Le deuxieme cas est, lorsque la donation & la substitution sont faites dans un contrat de mariage, toutefois en faveur d'autres personnes que des mariés, ou de leurs descendans: il en doit être de ce cas tout de même que si la disposition avoit été faite hors d'un contrat de mariage, parce que la faveur de cette espece de contrat ne profite qu'aux conjoints & à leurs descendans.

Le troisieme cas est, lorsque la donation est faite hors du contrat de mariage en faveur d'une personne présente, avec charge de rendre, v. g. à l'aîné de ses enfans, pour lequel le donataire stipule & accepte. Avant d'examiner ce cas, il faut examiner une question qui apportera des éclaircissimens considérables; elle consiste à savoir de quelle maniere la charge imposée au donataire en faveur du tiers absent, devra valoir, si ce sera comme un pacte ou condition, ou bien comme substitution ou donation, si la charge ne peut valoir que comme pacte, ainsi que le décide *Peregrinus*, de fideicommiss. Art. 1, n°. 12, ou comme simple condition, selon le sentiment de *Charondas*, en ses pandectes, liv. 2, ch. 21, le donateur & le donataire de concert pourroient valablement révoquer la charge, parce que le droit n'est pas encore acquis au tiers absent, jusqu'à ce qu'il ait accepté; d'autant qu'il n'est rien de plus naturel que de pouvoir révoquer une chose de la même maniere qu'elle a été établie, & par les autres raisons que nous avons

qui ont tenu pour la révocation.

61. Auteurs qui ont décidé le contraire.

62. Résolution pour cette dernière opinion.

63. Raisons particulieres de cette décision.

64. Deuxieme cas, lorsque la substitution est faite dans un Contrat de mariage en faveur d'autres personnes que des mariés & de leurs descendans.

65. Troisieme cas, lorsque la Donation est faite hors du Contrat de mariage en faveur du donateur présent chargé de rendre à ses descendans.

66. De quelle maniere la charge de rendre à un tiers imposée au donataire, doit-elle valoir?

67. Comme Pacte, selon *Peregrinus*.

68. Comme simple condition, selon *Charondas*.

69. Selon ces deux opinions, la charge seroit révocable.
70. Troisième opinion, que la charge vaut comme substitution ou comme Donation.
71. Quedans ces cas la charge ne seroit révocable, si elle avoit été acceptée par le premier donataire qui peut stipuler pour le substitué.
72. Résolution que la charge de rendre vaut comme substitution ou seconde Donation.
73. Que les substitutions contractuelles valent en France sans acceptation de la part du substitué.
74. Mais elles ne sont pas irrévocables avant l'acceptation.
75. Résolution du troisième cas, que la substitution faite en faveur des descendans du mariage acceptée par leur pere, est irrévocable.
76. Récapitulation.
77. Première résolution.
78. Deuxième résolution.
- touchées ci-dessus, ou bien la charge vaut comme substitution, ou seconde donation : dans ces cas l'acceptation faite par le premier donataire profitant au second, & lui acquérant un droit irrévocable, de la même maniere que si l'absent avoit lui-même accepté, & si la chose n'avoit été donnée qu'à lui, il ne dépendroit pas de l'acceptant de détruire le droit par lui acquis à l'absent; car ceux qui ont pouvoir légal pour agir pour autrui, peuvent bien faire la condition meilleure de celui pour lequel ils agissent, mais non pas la rendre déterioré, ni lui faire perdre un droit acquis; *L. Solvendo 39, ff. de neg. gestis.*
- Pour résoudre donc cette difficulté, il n'y a point de doute que la charge de rendre à un tiers ne vaut pas en France, ni comme simple pacte, ni comme condition, mais bien comme substitution ou seconde donation; car quoi qu'il en soit du droit Romain, l'usage de ce royaume a reçu les substitutions contractuelles, soit particulieres, soit universelles, & ces sortes de substitutions sont bonnes, même sans acceptation de la part du substitué, selon *M. Maynard, liv. 6, ch. 69; M. Dolive, liv. 4, ch. 3, & l'article XI de l'ordonnance du mois de Février 1731*; ce qu'il faut néanmoins entendre de maniere qu'elles ne sont irrévocables qu'après que le substitué a accepté, ou que le donateur est décédé; mais comme elles sont considérées comme des donations, tout de même que l'acceptation faite par une personne qui a le pouvoir d'accepter pour le donataire, rend la donation parfaite; aussi lorsque la substitution ou charge est faite au profit d'un tiers absent pour lequel le premier donataire a droit d'accepter, il n'y a point de doute que l'acte ne soit parfait & irrévocable pour la substitution, de même que pour la premiere donation, parce que l'un & l'autre a été valablement accepté; savoir, la donation par le donataire à son nom, & la substitution par le même donataire au nom de celui au profit duquel elle est faite, laquelle acceptation a le même effet que si elle avoit été faite par le substitué.
- Et pour se recueillir en peu de paroles sur ce point, il est certain, 1. que lorsqu'une donation a été faite à une personne présente & acceptante, avec charge de rendre à un tiers absent, la charge vaut comme substitution ou donation. 2. Qu'elle peut être ré-

voquée par le donateur, même sans le consentement du premier donataire, tandis que les choses sont entières, & que l'absent n'a pas accepté. 3. Que cela a lieu, quoique la donation & la substitution ayent été faites en contrat de mariage, pourvu que ce soit en faveur d'autres personnes que des mariés, & de leurs descendans. 4. Que cette regle établie touchant la révocabilité de la charge, souffre deux exceptions: la premiere, lorsque la substitution est faite en contrat de mariage en faveur des enfans qui en naîtront, & la deuxieme, lorsque le premier donataire grevé de rendre est du nombre des personnes qui ont le droit d'accepter pour le substitué, & qu'il a réellement fait l'acceptation au nom du substitué.

Enfin, pour ce qui est de la difficulté qui consiste à savoir si le donateur peut révoquer avant l'acceptation, les donations qui valent sans l'acceptation du donataire, elle peut être résolue en peu de paroles; car ou les donations sont de telle nature qu'elles n'ayent pas besoin d'acceptation, comme les donations qui sont faites en contrat de mariage en faveur des enfans qui en naîtront, ou bien l'acceptation faite par une autre personne au nom du donataire, supplée à celle du donataire: dans ce dernier cas, l'acceptant du tiers pour le donataire, faisant considérer la donation tout comme si le donataire avoit accepté, & la rendant parfaite, comme il a été observé ci-dessus, le donateur ne peut pas la révoquer, suivant la loi *perfecta 4, cod. de donat. quæ sub modo*.

Au premier cas, c'est-à-dire, lorsque la formalité de l'acceptation est simplement remise, il semble d'abord qu'il faille décider contre la révocabilité, parce que du moment que l'acceptation n'est pas nécessaire, la donation est parfaite, dès aussi-tôt que le donateur a témoigné sa volonté; & par conséquent elle est irrévocable, suivant la loi 4, *cod. de donat. quæ sub modo*.

Cette décision paroît très-véritable à l'égard des donations faites en contrat de mariage en faveur des conjoints & de leurs descendans, qui sont irrévocables de leur nature, nonobstant le défaut d'acceptation; mais il ne semble pas qu'on doive dire la même chose des enfans à naître, ou des enfans nouvellement nés, que le Parlement de Toulouse fait valoir

79. Troisième résolution.

80. Deux exceptions touchant la révocabilité de la charge de rendre à un tiers absent.

81. Si le donateur peut révoquer avant l'acceptation la Donation qui vaut sans acceptation.

82. Distinction. Premier membre.

83. Deuxième membre. De la distinction.

84. Résolution touchant les Donations, où la formalité de l'acceptation est remise.

85. Des Donations faites en Contrat de mariage en faveur des descendans des conjoints.

86. Quid des Donations hors du Contrat de mariage en faveur des enfans à naître ou nouvellement nés.

fans acceptation, selon le témoignage de *M. Catellan*, liv. 5, ch. 55, quoiqu'elles ne soient pas revêtues de l'acceptation faite par une personne qui a le pouvoir d'accepter pour le donataire, & tout l'effet qu'on peut faire opérer à la dispense de l'acceptation, c'est que les donations valent, si le donateur a persévéré dans la même volonté, & s'il n'a pas révoqué la donation non acceptée.

87. Raisons
de la différence.

Les raisons de la différence sont que l'irrévocabilité des donations faites en contrat de mariage en faveur des enfans qui en naîtront, est fondée sur la nature du contrat, qui sert de cause à la donation, fans laquelle le mariage n'auroit pas été accompli, & que ces sortes de donations sont parfaites fans l'acceptation; qu'ainsi elles sont irrévocables; au lieu qu'à l'égard des donations faites aux enfans à naître, ou nouvellement nés, ce n'est que par pure grace, & contre la pureté des règles, qu'on les fait valoir au Parlement de Toulouse fans acceptation; ainsi tout ce qu'on peut faire de plus favorable, c'est de les mettre au niveau des substitutions ou charges faites au profit d'un tiers absent, qui sont sujettes à révocation, comme nous l'avons établi ci-dessus, & qui ne valent que quand le donateur a persévéré dans la même volonté. Il est même remarquable que la Jurisprudence du Parlement de Toulouse est abrogée par l'article V de l'ordonnance du mois de Février 1731, puisqu'elle n'excepte point de la nécessité de l'acceptation, les donations faites hors du contrat de mariage en faveur des enfans à naître, ou de ceux qui sont nouvellement nés. Voyez les observations sur les articles VII, X, XI & XII de la même ordonnance.



QUESTION VI.

I. SI l'acceptation faite après coup a un effet rétroactif au jour de la Donation.

SOMMAIRES.

1. En quel cas la question proposée peut arriver.
2. Avis de Maynard & de Ferrieres pour l'affirmative.
3. Autorités pour cet avis.
4. Que la question est difficile, selon les principes du Droit Romain.
5. Qu'elle est nettement décidée pour la négative par l'Ordonnance de 1539, & par celle du mois de Février 1731.

CETTE question est très-importante, & peut naître dans deux cas : le premier, lorsqu'il s'agit de la révocation de la donation non acceptée ; car si l'acceptation a un effet rétroactif au jour de la donation, il est clair que la révocation est inutile, lorsque le donataire accepte pendant la vie du donateur ; & le deuxieme, pour régler la préférence entre le donataire & les créanciers qui ont contracté avec le donateur depuis la donation jusqu'au jour de l'acceptation ; ce qui peut arriver fréquemment. Deux Auteurs de grand nom & de grand crédit au Parlement de Toulouse ; savoir, *M. Maynard*, liv. 7, ch. 84 ; & *Ferrieres*, sur la question 222 de *Guipape*, ont décidé que l'acceptation faite par le donataire long-tems après la donation, avoit un effet rétroactif, & remontoit au jour de l'acte de donation ; ce que ces Auteurs fondent sur la loi *Si fundus 16*, §. 1, ff. de *pignorib.* & sur le chapitre *Ratihabitionem 10 de reg. juris in 6*, qui veulent que la ratification ait un effet rétroactif.

A décider la question sur les principes des loix Romaines, elle pourroit souffrir beaucoup de difficultés ; on ne pourroit même la résoudre que par des

les principes du Droit Romain. distinctions; car la regle qui veut que la ratification au jour de l'acte ratifié, souffre beaucoup de distinctions & d'exceptions, que l'on peut voir dans le commentaire que *Pierre Peckius* a fait sur le chapitre 10, de *reg. juris in 6.*

V. Qu'elle est nettement dé- cidée pour la négative par l'Ordonnance de 1539, & par celle du mois de Février 1731

Mais quoi qu'il en puisse être du droit Romain, l'ordonnance de 1539, article CXXXIII, décide si nettement la question, qu'il est surprenant que *M. Maynard & Ferrieres* aient soutenu que l'acceptation faite après-coup, a un effet rétroactif au tems de la donation.

Cette ordonnance porte littéralement que les donations non acceptées sont réputées nulles, & qu'elles ne commenceront leur effet que du jour qu'elles auront été acceptées par les donataires, nonobstant les clauses de rétention d'usufruit ou de constitution de précaire, qu'on pourroit avoir inféré dans l'acte de donation, qui ne produiront aucun effet, si non depuis l'acceptation; ce qui exclud bien visiblement l'effet rétroactif que *Maynard & Ferrieres* veulent attribuer à l'acceptation faite *ex post facto*; ainsi on ne peut point soutenir sans erreur que l'acceptation remonte au jour que la donation a été faite. C'est conformément à l'ordonnance, & à ce que nous venons de remarquer, que *Charondas, liv. 6, rép. 47*; & *M. Leprêtre, centur. 1, ch. 43*, ont décidé cette question. Voyez l'article V de l'Ordonnance du mois de Février 1731, qui renouvelle la disposition de celle de 1739, & veut que la donation ne pourra engager le donateur, ni produire aucun effet que du jour de l'acceptation.



QUESTION VII.

I. SI les héritiers du donataire peuvent accepter la Donation à lui faite, & qu'il n'avoit pas acceptée.

SOMMAIRES.

1. *Disposition de l'Ordonnance de 1549.*
2. *L'acceptation ne peut pas être faite après la mort du donateur.*
3. *La volonté du donateur est éteinte par sa mort, arrivée avant l'acceptation.*
4. *La volonté du donateur & celle du donataire doivent se rencontrer pendant leur vie.*
5. *Si les héritiers peuvent accepter la Donation faite à leurs Auteurs, tandis que le donateur est en vie.*
6. *Auteurs qui ont tenu l'affirmative.*
7. *Auteurs pour la négative.*
8. *Résolution pour cette dernière opinion.*
9. *Première raison, que la volonté du donateur & celle du donataire doivent concourir.*
10. *Deuxième raison : avant l'acceptation aucun droit n'est acquis au donataire.*
11. *La faculté d'accepter une Donation n'est pas transmissible aux héritiers.*
12. *Troisième raison : la Donation devient caduque quand le donataire prédécède avant d'avoir accepté.*
13. *La faculté d'accepter est éteinte par la mort du donataire.*
14. *Quatrième raison : que la personne du donataire est la cause finale de la Donation.*

L'ORDONNANCE de 1549, article IV, veut que les donations faites à des personnes absentes, puissent être acceptées par les donataires en l'absence du

1. Disposition de l'Ordonnance de 1549.

QUESTION VII.

- donateur, pourvu que l'acceptation soit faite pendant la vie du donateur ; d'où il s'ensuit, de l'aveu de tous les Auteurs François, que l'acceptation ne peut plus être faite lorsque le donateur est décédé, parce que la donation est nulle par le défaut d'acceptation : on peut en donner une raison plausible ; c'est que l'acceptation doit être faite, tandis que les choses sont dans le même état ; ce qui ne se rencontre point lorsque le décès du donateur est arrivé ; car la volonté du donateur étant éteinte par sa mort, selon *Sebastien Medicis, tract. Mors omnia solvit. Part. 2, conclus. 112, n°. 306* ; & *Godefroy, sur la Nouvelle 22, cap. 20*, elle ne peut pas être unie avec celle du donataire, qui doit se manifester par l'acceptation ; ce qui est pourtant nécessaire pour la validité d'une donation, suivant les règles du droit Romain, & des ordonnances ; de-là vient que l'acceptation seroit inutile, parce qu'elle n'arriveroit que dans un tems auquel la donation se trouveroit anéantie, & que la chose qui avoit servi de matière au projet de donation, appartiendroit à l'héritier, *L. 9, §. 1, ff. de jur. dot.*
- Mais devra-t-on raisonner de même, lorsque le donataire est décédé sans avoir accepté la donation à lui faite, ou ses héritiers seront-ils reçus à faire l'acceptation pendant la vie du donateur, qui a survécu au donataire ? C'est sur quoi les Auteurs ne sont pas d'accord ; les uns du nombre desquels sont *Julius-Clarus, §. donatio, quest. 13, n°. 4* ; *Charondas, sur la coutume de Paris, article 275* ; & *Ferrieres, sur la question 222 de Guy-pape*, ont cru que les héritiers du donataire étoient encore à tems, & pouvoient accepter pendant la vie du donateur. *M. Maynard, liv. 7, ch. 84* ; *M. Leprêtre, cent. 1, ch. 43* ; *Peresius, dans ses préleçons, sur le titre du code de donat. n°. 24* ; *Claude de Ferrieres, sur la coutume de Paris, tit. 13, du don mutuel, §. 2, n°. 13, tom. 3, pag. 1079*, & plusieurs autres, sont d'avis contraire, & leur décision paroît très-conforme aux règles & aux maximes reçues ; car premièrement, pour la perfection de la donation, il faut que la volonté du donataire concoure avec celle du donateur : ce qui est impossible, lorsque le donataire est décédé sans avoir accepté & témoigné sa volonté ; il seroit inutile de dire que la volonté des héritiers du donataire qui accepteront, doit opérer le même effet, parce que la donation n'est point faite
2. L'acceptation ne peut pas être faite après la mort du donateur.
 3. La volonté du donateur est éteinte par sa mort, arrivée avant l'acceptation.
 4. La volonté du donateur & celle du donataire doivent se rencontrer pendant leur vie.
 5. Si les héritiers peuvent accepter la Donation faite à leur Auteur, tandis que le donateur est en vie.
 6. Auteurs qui ont tenu l'affirmative.
 7. Auteurs pour la négative.
 8. Résolution pour cette dernière opinion.
 9. Première raison : que la volonté du donateur, & celle du donataire, doivent concourir.

aux héritiers ; qu'ainsi leur acceptation ne peut pas remplacer celle du donataire.

2. Il est certain qu'avant l'acceptation faite par le donataire, aucune sorte de droit ne lui est acquis ; *L. absenti 10, L. 26, ff. de donat. L. 38, ff. de acquir. vel amitt. possess.* parce que la donation n'est qu'un simple projet, qui ne reçoit sa perfection que par l'acceptation ; *L. 55, ff. de oblig. & act. &* par conséquent le donataire ne peut avoir rien transmis à ses héritiers, *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet.* Il ne peut pas avoir transmis la propriété, puisqu'elle ne lui appartenait pas ; il ne peut pas non-plus avoir transmis la faculté d'accepter, parce que ce n'est pas un droit réel, mais une pure faculté personnelle & non transmissible.

3. De-là vient que quand le donataire décède avant d'avoir accepté, la donation devient caduque & inutile, parce que la faculté qu'il avoit d'accepter la donation du vivant du donateur étant personnelle, comme on vient de l'observer ; elle est éteinte par sa mort, & n'est pas transmise à ses héritiers.

4. Si l'on fait tant de vouloir se dépouiller de ses biens & de ses facultés, ce n'est pour l'ordinaire que par des considérations prises de l'amitié, ou de la reconnoissance ; de là vient que le donateur peut se déterminer à donner à une certaine personne, par des raisons qui cessent à l'égard de ses héritiers ; ainsi il y auroit de l'injustice de vouloir forcer un donateur qui se seroit proposé de gratifier une personne chérie, d'étendre sa libéralité aux héritiers du donataire, qui seront peut-être des personnes à lui inconnues, ou qui du moins n'auront rien fait pour s'attirer son amitié & sa reconnoissance ; ainsi le projet de gratification n'ayant pas eu son effet en la personne du donataire, dont le mérite ou les services par lui rendus au donateur, étoient sans doute l'objet & la cause finale de la libéralité, si cette cause vient à cesser, tandis que les choses sont encore entières, la libéralité doit cesser par la raison prise de de la maxime *cessante causâ cessat effectus.*

Enfin notre décision peut être appuyée sur l'article V de l'ordonnance du mois de Février 1731, qui veut que la donation soit acceptée par le donataire ou par son Procureur-général ou spécial ; ce qui fait comprendre que la faculté d'accepter est refusée aux héritiers du donateur.

10. Deuxieme raison : avant l'acceptation aucun droit n'est acquis au donataire.

11. La faculté d'accepter une Donation n'est pas transmissible aux héritiers.

12. Troisième raison : la Donation devient caduque, quand le donataire prédécède avant d'avoir accepté.

13. La faculté d'accepter est éteinte par la mort du donataire.

14. Quatrième raison, que la personne du donataire est la cause finale de la Donation

QUESTION VIII.

- I. SI le donataire est reçu à répudier la Donation, après l'avoir acceptée.
-

SOMMAIRES.

1. La nature des Contrats est de lier irrévocablement.
2. La Donation n'a été mise qu'improprement au rang des Contrats.
3. La Donation n'est pas un Contrat synallagmatique.
4. Renvoi à la question 3 supra.
5. Deux difficultés à examiner.
6. Première difficulté: si le donataire auquel aucune charge expresse n'a été imposée, peut répudier.
7. Résolution pour l'affirmative.
8. Première raison: la Donation ne se fait que par principe de libéralité.
9. Quand le donataire accepte, ce n'est pas pour s'obliger.
10. Deuxième raison: personne n'a intérêt de s'opposer à la répudiation.
11. De quelle action le donataire est tenu pour le paiement des dettes des biens donnés.
12. Troisième raison: la Donation ne doit pas être onéreuse au donataire.
13. Par la Donation, même universelle, on n'est censé avoir donné que ce qui reste, les dettes payées.
14. Quand les dettes absorbent les biens, il n'y a point de Donation ni d'acceptation.
15. Selon Ricard, le donataire universel n'est tenu qu'à concurrence de la valeur des biens.
16. Deuxième difficulté: si le donataire peut répudier, quand il s'est soumis à certaines charges.

17. On peut mêler un autre Contrat avec la donation.
18. La Donation en tant qu'elle est telle, n'assujettit le donataire à aucune obligation.
19. En ce qui n'est pas Donation, le donataire s'oblige irrévocablement.
20. Les conventions doivent être entretenues.
21. La Donation mêlée d'obligation de la part du donataire, est un Contrat do ut des, ou do ut facias.
22. Dans les Contrats sans nom pœnitentiæ locus est, quand les choses sont entières, & non après l'exécution d'un côté.
23. Sentiment de M. de Catellan.
24. Par quelles actions le donateur peut obliger le donataire à exécuter les charges auxquelles il s'est soumis.
25. Suite.
26. La Donation avec charge, est comparée à la vente.
27. Le donateur peut résoudre la donation quand le donataire refuse d'exécuter la charge.
28. Mais le donataire n'a pas la liberté de se dégager de ses obligations.
29. Raison de cela.
30. Le donateur peut contraindre précisément le donataire à exécuter ses engagements.
31. Le donateur a deux voies, dont il peut choisir celle qui lui convient mieux.
32. En France, la stipulation est censée intervenue dans tous les Contrats reçus par Notaire.
33. Comparaison de la Donation avec le legs.
34. Le légataire d'une somme, à la charge de bailler un fonds, acceptant le legs, est obligé d'exécuter la condition.
35. Auteurs qui ont décidé que le donataire ne peut pas se dispenser de la charge en répudiant.
36. Quand même la chose donnée auroit péri.
37. L'action personnelle subsiste, nonobstant la perte des biens donnés.

38. Nouvelle Jurisprudence du Parlement de Toulouse en faveur de la répudiation.
39. Première raison : que la Donation est une gratification, & non une charge.
40. Deuxième raison : que l'acceptation ne produit aucune action contre le donataire, lorsqu'il abandonne les biens.
41. Troisième raison : que l'acceptation de la Donation est relative à la libéralité.
42. Qu'elle ne produit tout au plus qu'une action personnelle, in rem scripta.
43. Réponse aux Loix 9 & 22, Cod. de Donat. & à la Loi 3, Cod. de contrah. empt.
44. La stipulation se règle par la nature du Contrat auquel elle est appliquée.
45. Quatrième raison : la Donation sous certaine charge, conserve sa qualité.
46. La Donation sub modo n'est pas un Contrat sans nom.
47. Elle n'est pas un contrat synallagmatique.
48. Cinquième raison : quand les dettes absorbent les biens donnés, le donataire est évincé de la Donation.
49. L'acheteur ne doit pas le prix, quand il est évincé des biens vendus.
50. Sixième raison : le donataire n'a pas la liberté de faire Inventaire pour connoître la force des biens donnés.
51. Il est facile au donateur de tromper le donataire.
52. La tromperie résulte de la chose même.
53. Septième raison : le légataire ou autre successeur particulier, ne peut pas être grevé au-delà des forces de la libéralité.
54. Si le donataire ne peut pas être grevé au-delà des forces des biens, il peut répudier.
55. Résolution pour la répudiation de la Donation.
56. Le Parlement de Toulouse le juge de même.
57. Fait d'un Procès sur lequel la répudiation a été reçue.
58. Raisons employées par le créancier pour s'opposer à la répudiation.

59. Si la convention entre le donateur & le donataire acquiert un droit aux créanciers par le Droit François.

60. Si en France il est permis de stipuler pour autrui.

61. Quando stipulatoris interest, la stipulation pour autrui est valable.

62. Raisons particulieres tirées des circonstances du fait.

63. Arrêt du 10 Septembre 1722, qui a reçu la répudiation de la Donation universelle.

SI la donation étoit un contrat synallagmatique, comme l'a pensé Ricard, des donations, tom. 1, part. 1, n^o. 835, cette question seroit bientôt décidée; car la nature de ces contrats est de lier irrévocablement les parties contractantes; en sorte qu'il ne dépend pas de l'une de se libérer de ses engagements sans le consentement de l'autre, sicut initio libera potestas unicuique est habendi vel non habendi contractus, ita renunciare semel constituta obligationi, adversario non consentiente, nemo potest, dit la loi 5, cod. de oblig. & act. Mais comme nous avons fait voir ci-dessus que la donation n'a été mise au rang des contrats qu'improprement, & qu'elle n'est point un contrat synallagmatique, il est à propos de discuter quelle est la nature de l'obligation que le donataire contracte en acceptant la donation, & s'il peut s'en décharger en répudiant.

Nous avons remarqué ci-dessus quelle étoit la Jurisprudence ancienne du Parlement de Toulouse, & quelle est la nouvelle sur cette question; mais nous n'avons pas approfondi la matiere; c'est ce que nous nous proposons présentement; & pour le faire avec quelque ordre, nous examinerons deux difficultés. La premiere, si le donataire auquel le donateur n'a imposé expressément aucune charge, peut répudier la donation. La deuxieme, qu'en doit-il arriver lorsque le donataire s'est expressément soumis à quelque obligation en faveur du donateur ou de ses créanciers?

Nous disons donc touchant la premiere difficulté, qu'il est juste que le donataire ait la liberté de répudier la donation, & de renoncer à la libéralité qui lui

1. La nature des Contrats est de lier irrévocablement.

2. La Donation n'a été mise qu'improprement au rang des Contrats.

3. La Donation n'est pas un Contrat synallagmatique.

4. Renvoi à la Question premiere supra.

5. Deux difficultés à examiner.

6. Premiere difficulté: si le donataire a aucune

charge expresse a été faite, sans qu'on lui ait imposé expressement n'a été imposée, aucune charge; & nous nous fondons sur les raisons suivantes. Premièrement, la donation dans ce cas ne se fait que par un principe de libéralité; elle est ainsi appelée, à *dono quasi dono datum*, comme l'enseigne le Jurisconsulte *Paul*, dans la loi *Senatus* 35, §. 1, ff. de *mortis causa donat.*

7. Révolution pour l'affirmative. D'où l'on peut inférer que si le donataire accepte, ce n'est pas pour contracter une obligation, suivant la loi *Aristo* 18, ff. de *donat. obligationem non contrahi eo casu quo donatio est*, dit cette loi; mais uniquement pour rendre l'acte parfait, & afin qu'il cesse d'être un simple projet, comme il l'est avant l'acceptation, aux termes de la loi 55, ff. de *oblig. & actionib.* de-là il s'ensuit qu'il lui est libre de renoncer à la libéralité & de la répudier, parce que *non potest liberalitas nolenti acquiri*, L. 19, §. 2, ff. de *donat.*

8. Première raison: la Donation ne se fait par principe de libéralité.

9. Quand le donataire accepte, ce n'est pas pour obligation.

10. Deuxième raison: personne n'a intérêt de s'opposer à la répudiation.

11. De quelle action le donataire est tenu pour le paiement des dettes des biens donnés.

12. Troisième raison: la Donation ne doit pas être onéreuse au donataire.

13. Par la Donation, même

2. Personne n'a aucun droit ni intérêt de s'opposer à la renonciation ou répudiation du donataire: en effet, si quelqu'un pouvoit s'y opposer, ce seroit ou le donateur ou ses créanciers; le donateur ne le peut point, parce que n'ayant rien stipulé en sa faveur, il n'a aucun intérêt que les biens donnés restent au pouvoir du donataire, ou qu'il les lui abandonne: il en est de même des créanciers qui ne peuvent faire autre chose qu'exercer le droit de leur débiteur qui a fait la donation; & d'ailleurs ils sont suffisamment désintéressés du moment que le donataire délaisse les biens, parce qu'en vertu de leur créance ils ne peuvent qu'exercer l'action hypothécaire, ou si l'on veut, l'action personnelle, *in rem scripta*, suivant la Jurisprudence Française, desquelles actions le détenteur est libéré, lorsqu'il abandonne les biens sujets à l'hypothèque.

3. La donation pure devant être une libéralité, il ne seroit pas juste qu'elle pût devenir onéreuse au donataire, à cause des charges tacites que l'acte renferme: comme, par exemple, l'obligation de payer les dettes, ou de nourrir le donateur quand la donation est universelle; en sorte que si ces charges absorbent la valeur des biens donnés, le donataire doit avoir la liberté de les abandonner, afin qu'il ne soit pas en perte en pensant faire du profit.

En effet, selon *M. Cujas*, sur la loi 37, ff. de *usufruct. leg.* par la donation même universelle, on

n'est censé avoir donné que ce qui reste, les dettes & charges payées, *donatis autem omnibus bonis inter vivos, vel rebus omnibus*, dit ce Docteur, *ea dumtaxat donata intelliguntur quæ supersunt, deducto ære alieno*, parce que *bona non dicuntur, nisi deducto ære alieno*; L. 39, §. 1, ff. de verb. signif. d'où l'on peut inférer que si les charges ou les dettes absorbent les biens, il n'y a point de donation, & par conséquent il ne peut pas y avoir d'acceptation; ainsi dès aussitôt que le donataire peut craindre quelque inconvénient, en conservant les biens donnés, on ne peut point lui refuser la faculté de répudier la donation pour s'en garantir; d'autant mieux que, selon Ricard, qui a cru que la donation étoit un contrat synallagmatique, le donataire, même universel, ne peut pas être tenu au-delà de la valeur des biens donnés, quoiqu'il n'y ait ni compte, ni mesure, ni inventaire; c'est au tom. 1, part. 3, n°. 1517, qu'il le décide ainsi. Or dès qu'on convient que le donataire n'est tenu qu'à concurrence de la valeur des biens donnés, n'est-il pas clair qu'il en est quitte en les abandonnant, l'un étant une suite de l'autre?

La deuxième difficulté, qui consiste à favoir si le donataire qui est expressément soumis à des charges en faveur du donateur ou de ses créanciers, est recevable à répudier & à se décharger des engagements par lui contractés, n'est pas si facile à résoudre; cependant elle peut recevoir de grands éclaircissements en rappelant les principes propres à la matière, desquels on pourra tirer une décision probable. Et premièrement, il est indubitable que dans l'acte de donation on peut mêler un autre contrat ou convention: il est vrai que l'acte, en tant que Donation, n'assujettit le donataire à aucune obligation envers le donateur. L. *Aristo* 18, ff. de donat. *Aristo ait cum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem non contrahi eo casu quo donatio est, & ita Pomponius eum existimare refert.* Mais on peut inférer de cette loi par l'argument des contraires, qu'en ce qui n'est pas donation, & pour les autres conventions qui y sont mêlées, le donataire s'oblige valablement & irrévocablement; car autrement ce seroit en vain que le Jurisconsulte auroit décidé, qu'on pourroit mêler dans la donation quelque autre contrat ou convention; & il ne se seroit pas borné à dire qu'il

me universelle; on n'est censé avoir donné que ce qui reste, les dettes payées.

14. Quand les dettes absorbent les biens, il n'y a point de Donation ni d'acceptation.

15. Selon Ricard, le donataire universel n'est tenu qu'à concurrence de la valeur des biens.

16. Deuxième difficulté: si le donataire peut répudier quand il s'est soumis à certaines charges.

17. On peut mêler un autre Contrat avec la Donation.

18. La Donation, en tant qu'elle est telle, n'assujettit le donataire à aucune obligation.

19. En ce qui n'est pas Donation le donataire s'oblige irrévocablement.

20. Les conventions doivent être entretenues.

n'y avoit point d'obligation de la part du donataire à l'égard de la donation pure : l'on peut encore appliquer ici la regle qui veut que les conventions soient gardées & entretenues, *quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerit servare. L. 1, ff. de pactis, L. 7, §. 7, ff. eodem.*

21. La Donation mêlée d'obligation de la part du donataire, est un Contrat *do ut des*, ou *do ut facias*.

2. Lorsque la donation n'est pas une pure libéralité, & qu'elle a été faite pour quelque cause, qu'on attend après la donation, & que le donataire s'est obligé d'accomplir, les Auteurs ont cru que ce n'étoit pas proprement une donation, mais un contrat

22. Dans les Contrats sans nom : *pœnitentiæ locus est*, quand les choses sont entières, & non après l'exécution d'un côté.

*do ut des, ou do ut facias. Faber, de error. Pragmat. Decade 45, error. 8, n^o. 12; & Claude de Ferrieres, sur la coutume de Paris, tit. 13, §. 1, n^o. 2; & quoique dans ces fortes de contrats qui sont appellés *innominati*, *pœnitentiæ locus fit*, tandis que les choses sont encore entières : il en est autrement lorsqu'ils ont été exécutés de la part de l'un des contractans ; auquel cas l'autre peut être forcé de l'exécuter par l'action *præscriptis verbis*, parce que l'obligation commence par le fait de celui qui le premier a exécuté le contrat de son côté, comme le remarque le *Président Faber, de error. pragmat. Decade 47, error. 4; & par conséquent dès que le donateur a exécuté l'acte, le donataire ne peut pas se dispenser de remplir ses engagements, ou, suivant l'expression de M. de Catellan, liv. 5, ch. 24, c'est moins une donation, qu'un contrat, dont la nature est d'obliger, & d'obliger réciproquement de part & d'autre, sans que de nulle part on puisse opposer la lésion hors des cas établis par les loix pour venir contre les contrats ; le donataire se met alors tout-à-fait à la place de l'héritier, mais de l'héritier pur & simple, en s'obligeant absolument sans réserve du bénéfice d'inventaire, au paiement de tous les créanciers, sous la stipulation du débiteur & donateur.**

23. Sentiment de Catellan.

24. Par quelles actions le donateur peut obliger le donataire à exécuter les charges auxquelles il s'est soumis.

En troisieme lieu, que le sentiment des Auteurs soit fondé ou non à cet égard, peu importe ; il est certain que quand le donataire a imposé des charges ou des conditions au donataire, & que celui-ci les a acceptées, le donateur peut l'obliger de les exécuter par l'action *ex stipulatu*, lorsque la stipulation est intervenue, sinon par l'action *præscriptis verbis* ; *L. 9, cod. de donat. legem quam rebus tuis donando dixisti, sive stipulatione tibi prospexisti, ex stipulatu, sive non, incerto iudicio ; id est, præscriptis verbis apud Præsidentem Pro-*

QUESTION VIII. 61

vincia debes agere, ut hanc impleri provideat. On trouve encore la même décision dans la loi 22 du même titre, qui porte que si la donation a été faite à la charge par le donataire de payer les dettes, quoique l'action ne soit pas acquise aux créanciers par la stipulation, ou le pacte fait entre le donateur & le donataire, néanmoins le donateur peut obliger le donataire à remplir ses engagements, *eum autem cui certâ lege prædia donasti incerta re civili actione placitorum obsequia urgeri, secundum legem donationibus dictam convenit*, dit cette loi.

La loi 3, *cod. de contrah. empt.* décide encore la même chose: *Sanè*, dit cette loi, *si in possessionem rei sub specie venditionis, causâ donationis ut te aleret induxisti, sicut perfecta donatio facile rescindi non potest, ita legi quam tuis rebus donans dixisti parere convenit*: Les termes de cette loi sont même très-remarquables; car elle compare l'obligation du donataire qui a accepté la charge qui lui a été imposée, à celle du donateur; & comme le donateur ne peut pas révoquer la donation une fois parfaite, *leg. 4, cod. de donat. quæ sub modo*, aussi le donataire ne peut pas par la même raison se dispenser de remplir ses engagements, après s'y être soumis volontairement; enfin la loi 6 & la loi dernière, *cod. de rerum permut. & præscript. verbis*, décident la même chose.

En quatrième lieu, il est vrai que quand le donataire refuse de remplir les charges & conditions de la donation, le donateur a la liberté de demander la résolution de la donation, & de rentrer dans la possession des biens donnés, *L. 2, L. 3, & L. 8, cod. de condict. ob causam datorum*; mais il ne s'ensuit pas de-là que le donataire ait la liberté de se dégager de l'obligation par lui contractée; c'est une faveur accordée au donateur, en haine du donataire, qui refuse de remplir ses engagements, afin de pourvoir aux intérêts du donateur par une voie plus courte & plus facile; mais cela n'empêche pas que le donateur ne puisse contraindre précisément le donataire à exécuter ses engagements, suivant la loi 9, la loi 22, *cod. de donat.* la loi 3, *cod. de contrah. empt.* & la loi 4, *cod. de rerum permut. & præscriptis verbis*; le donateur a donc deux voies, parmi lesquelles il peut choisir, & il lui est libre, ou de rentrer dans ses biens, *condictione causâ datâ, causâ*

25. Suite.

26. La Donation avec charge est comparée à la vente.

27. Le donateur peut résoudre la donation, quand le donataire refuse d'exécuter la charge.

28. Mais le donataire n'a pas la liberté de se dégager de ses obligations.

29. Raison de cela.

30. Le donateur peut contraindre précisément le donataire à exécuter ses engagements.

31. Le donateur a deux voies, dont il

peut choisir celle qui lui convient mieux. *non secutá*, ou bien d'obliger précisément le donataire à exécuter ses obligations; ce qui a lieu plus particulièrement lorsque la stipulation est intervenue; auquel cas les contrats sans nom sont absolument obligatoires par la force de la stipulation; L.

32. En France la stipulation est censée intervenue dans tous les Contrats reçus par Notaires.

4, *cod. de rerum permut. & præscriptis verbis*; & *Godeffroy*, sur cette loi. Or c'est une maxime en France, que la stipulation est censée intervenue dans tous les contrats reçus par les Notaires, & que toutes les conventions sérieuses sont prises pour des stipulations; & par conséquent l'obligation du donataire est précise & indispensable.

33. Comparaison de la Donation avec le legs.

En cinquième lieu, il en doit être de la donation tout de même que du legs fait avec charge de faire, ou de donner quelque chose; car le legs n'est pas moins une libéralité que la donation, puisque les loix disent que le legs est une donation, *donatio in testamento relicta*; L. 36, ff. de leg. 2; or il est décidé dans la loi *Imperator 70*, §. 1, ff. de leg. 2, que le légataire d'une certaine somme, à la charge de bailler un fonds lui appartenant, ayant accepté le legs, ne peut pas se dispenser d'exécuter la condition ou la charge qui lui a été imposée, quand même le fonds qu'il a été chargé de bailler seroit de plus grande valeur que le legs; & par conséquent il en doit être de même du donataire qui doit s'imputer d'avoir tant estimé les biens donnés, *sibi imputare debet cur rem donatam tanti æstimaverit*.

35. Auteurs qui ont décidé que le donataire ne peut pas se dispenser de la charge en répudiant.

Enfin les Auteurs l'ont ainsi décidé; & entr'autres, *Mornac*, sur la loi 3, *cod. de contrah. empt. M. le Président Faber*, dans son *code*, lib. 8, tit. 37: *déf. 4*; & *M. de Catellan*, lib. 5, ch. 24, lesquels rapportent des arrêts pour autoriser leur sentiment; & qui plus est, *Mornac*, *Faber*, aux endroits préallégués, & *l'Hommeau*, sur l'article 467 de la coutume d'Anjou,

36. Quand même la chose donnée auroit péri.

pag. 429, soutiennent qu'il en doit être de même, quoique les biens donnés aient péri; car cette circonstance ne seroit pas capable de changer la déci-

37. L'action personnelle subsiste, nonobstant la perte des biens donnés.

sion, ni de libérer le donataire, parce que l'obligation personnelle du donataire subsiste, nonobstant la perte des biens donnés, qui doit être supportée par le donataire, comme en étant le propriétaire, parce que *res perit Domino*.

38. Nouvelle Jurisprudence

La nouvelle Jurisprudence du Parlement de Toulouse, qui reçoit le donataire à répudier même dans

ce cas, soit que la donation soit universelle ou particulière, ne manque pas de raisons plausibles. La première, que la nature de la donation est de gratifier le donataire, & de lui procurer des avantages; qu'ainsi c'est la dénaturer & changer son principal objet, si l'on expose le donataire à souffrir des pertes; ce qui peut arriver en lui refusant la faculté de répudier la donation.

La deuxième, que s'il est vrai, comme le décide la loi *Aristo 18, ff. de donat.* que l'acceptation de la donation ne produit aucune action contre le donataire, il est toujours recevable à abandonner les biens donnés.

La troisième, que l'acceptation du donataire n'est pas précise, mais relative à la libéralité; voilà pourquoi si l'acceptation étoit capable de le lier, ce ne pourroit être que d'une action personnelle, *in rem scripta*, de laquelle il peut se décharger, en abandonnant les biens qui en sont la cause & le fondement, tout comme celui qui prend à fief, en emphytéose, ou à cens, a la liberté, en déguerpiant, de se dégager de l'action personnelle, *in rem scripta*, qu'il a contractée, & des charges auxquelles il s'est soumis en prenant les biens; que si la loi 9, la loi 22, *cod. de donat.* & la loi 3, *cod. de contrah. empt.* disent que le donateur a une action *ex stipulatu* ou *præscriptis verbis*, pour forcer le donataire à remplir les conditions & les charges de la donation, ce n'est qu'autant que le donataire retient les biens donnés; mais elles ne décident pas que le donataire ne doit pas avoir la liberté de s'en dégager en répudiant: ceci sert de réponse à toutes les autorités par lesquelles on prouve que le donataire demeure obligé par la convention, ou par la stipulation intervenue ou présumée, parce qu'elle se règle par la nature du contrat auquel elle est apposée, & *pendet ex negotio contracto*; L. 5, *ff. de verb. oblig.* comme l'a fort bien remarqué *Dumoulin*, sur le titre *de verb. oblig. n.º 56*, & par conséquent la stipulation n'empêche pas que l'acte ne soit regardé comme une donation, & que le donataire n'ait la liberté de la répudier, & de se décharger par-là d'une obligation qu'il n'a contractée qu'en qualité de donataire & pour l'exécuter, tandis qu'il conserveroit cette qualité.

La quatrième, que la donation, quoique faite

du Parlement de Toulouse en faveur de la répudiation.

39. Première raison: que la Donation est une gratification, & non une charge.

40. Deuxième raison: que l'acceptation ne produit aucune action contre le donataire, lorsqu'il abandonne les biens.

41. Troisième raison, que l'acceptation de la Donation est relative à la libéralité.

42. Qu'elle ne produit tout au plus qu'une action personnelle *in rem scripta*.

43. Réponse aux Loix 9 & 22, *cod. de Donat.* & à la Loi 3, *cod. de contrah. empt.*

44. La stipulation se règle par la nature du Contrat auquel elle est appliquée.

45. Quatrième

raison : la Donation sous certaines charges, conserve sa qualité.

sous certaines charges, ne perd pas sa qualité, & ne devient pas un contrat sans nom, encore que certains Auteurs l'aient pensé ainsi; mais elle retient le titre de donation, avec cette seule différence, qu'elle est appellée donation *sub modo* dans la plupart des loix du titre du code de donat. *quæ sub modo*, & par conséquent c'est sur les regles propres aux véritables donations que la question doit être décidée.

46. La Donation *sub modo* n'est pas un Contrat sans nom.

Or la donation, quoique faite *sub modo*, n'est point un contrat sans nom, puisque les loix lui en donnent un propre & particulier qui la distingue des autres contrats: elle n'est pas non-plus un contrat synallagmatique, suivant les loix, comme nous l'a-

47. Elle n'est pas un Contrat synallagmatique.

vons établi en examinant la question première; & par conséquent les loix opposées ne peuvent pas être un obstacle à la répudiation.

48. Cinquieme raison : quand les dettes absorbent les biens donnés, le donataire est évincé de la Donation.

La cinquieme, que si les dettes contractées par le donateur absorbent la valeur des biens, comme il arrive souvent, le donataire se trouvant par-là évincé en quelque façon des biens donnés, il ne seroit pas moins injuste de l'affujettir aux autres charges imposées en faveur du donateur, que d'obliger

49. L'acheteur ne doit pas le prix quand il est évincé des biens vendus.

un acheteur à payer le prix de son achat, après avoir été évincé des biens à lui vendus.

50. Sixieme raison : le donataire n'a pas la liberté de faire Inventaire pour connoître la force des biens donnés.

La sixieme, que le donataire n'ayant pas la liberté de faire inventaire pour examiner les forces des biens donnés, & pour en connoître les charges, il est facile au donateur de tromper le donataire en lui faisant espérer de grands avantages, en lui exagérant la valeur des biens, & en lui cachant les dettes pour l'engager à lui faire un meilleur parti; ce qui est un piege d'autant plus dangereux, qu'il est couvert sous le voile d'un profit. Il ne seroit donc pas

51. Il est facile au donateur de tromper le donataire.

juste que le donateur, qui a usé de fraude & de tromperie, profitât de son dol, & qu'il pût forcer le donataire à remplir les engagements qu'il lui a fait

52. La tromperie résulte de la chose même.

contracter, sous l'espérance flatteuse d'un gain que le donateur lui faisoit envisager comme certain & infaillible; la preuve de laquelle tromperie résulte de la chose même; car il n'y a point d'apparence que si le donateur n'avoit pas caché les dettes & autres charges des biens donnés, qu'il ne pouvoit pas ignorer, le donataire eût voulu les accepter pour s'affujettir à une perte certaine, sans compter les embar-

ras où jette la liquidation d'un patrimoine obéré, & épuisé par les dettes passives.

Enfin la septieme raison est prise de ce qu'un légataire ou autre successeur particulier, au nombre desquels on met le donataire même universel, ne peut pas être grevé au-delà des forces de la libéralité, quoiqu'il l'ait acceptée purement & simplement, & sans protestation, *non plus posse rogari quem restituere, quam quantum ei relictum est*; L. *Filius-familias* 114, §. 3, ff. de leg. 1, & c'est une regle qui se trouve répandue dans plusieurs autres textes, & entr'autres, la loi 122, §. 2, ff. de leg. 1; la loi 36, §. 1, ff. ad leg. falcid. & dans le §. 1, aux *Institutes de singul. reb. per fideicom. relictis*. Or si le légataire & le donataire ne peuvent être grevés qu'à concurrence de la valeur des biens donnés, il est évident qu'ils doivent être reçus à répudier; sans quoi la décision des loix deviendroit inutile, & le donataire seroit exposé à la perte; ce que les loix n'ont pas voulu permettre, afin qu'il y eût différence à cet égard entre l'héritier & le successeur particulier.

Les raisons que nous avons touchées pour soutenir la répudiation, nous paroissent supérieures à celles qui servent à appuyer l'avis contraire, qui sont néanmoins très-pessantes, & laissent beaucoup de difficulté.

Le Parlement de Toulouse a jugé en faveur de la répudiation dans cette espece. Le Sieur Voisin avoit fait une donation universelle en faveur de Roubin, Marchand de Milhau, dans laquelle le donateur l'avoit chargé de payer certaines dettes spécifiées dans le contrat, & le donataire s'y étoit expressément soumis: en conséquence le donataire avoit pris possession des biens donnés, avoit aliéné certains effets, & payé partie des créanciers indiqués; ensuite ayant reconnu que la donation étoit onéreuse, il la répudia. Le Sieur d'Izarn, Seigneur de Cornus, un des créanciers indiqués dans l'acte de donation, n'ayant pas été payé, s'opposa à la répudiation, & se servoit de toutes les raisons que nous avons rapportées ci-dessus contre la répudiation: il ajoutoit encore que l'action pour pouvoir obliger le donataire à payer les dettes du donateur en vertu de la stipulation, s'étant fixée sur la tête du donateur, suivant la loi 22, *cod. de donat.* les créanciers, en

53. Septieme raison: le légataire ou autre successeur particulier, ne peut pas être grevé au-delà des forces de la libéralité.

54. Si le donataire ne peut pas être grevé au-delà des forces des biens, il peut répudier.

55. Résolution pour la répudiation de la Donation.

56. Le Parlement de Toulouse le juge de même.

57. Fait d'un Procès sur lequel la répudiation a été reçue.

58. Raisonsem-
ployées par le
créancier pour
s'opposer à la
répudiation.
59. Si la con-
vention entre
le donateur &
le donataire ac-
quiert un droit
aux créanciers
par le Droit
Français.
60. Si en
France il est
permis de sti-
puler pour au-
trui.
61. *Quando stipulatoris interest*, comme dans cette espece,
quando stipulatoris interest, la sti-
pulation pour au-
trui est valable.
62. Raisons
particulieres ti-
rées des circonf-
tances du fait.
63. Arrêt du
10 Septembre
1722, qui a re-
çu la répu-
diation de la
Donation uni-
verselle.
- exercant les droits de leur débiteur, pouvoient s'op-
poser à la répudiation, & contraindre le donataire
à payer les dettes auxquelles il s'étoit engagé, tout
de même que le donateur auroit pu le faire. Que la
convention faite entre le donateur & le donataire,
acqueroit un droit irrévocable aux créanciers, sui-
vant les arrêts rapportés par *Bouvot, tom. 2, verb.*
(*Procurations*) *quest. 19*, & *verb. (Promesse) quest. 1*
& *3*, qui ont jugé que quand on s'est obligé par con-
trat de payer les dettes d'un tiers, le droit est telle-
ment acquis aux créanciers, quoiqu'absens, que la
convention ne peut pas être révoquée à leur préju-
dice, par la raison qu'en France, où l'on n'est pas
astreint aux subtilités du droit Romain, il est per-
mis de stipuler pour autrui, comme l'enseigne *Mor-*
nac, sur la loi 6, *cod. si quis alteri vel sibi*, & sur-tout
quando stipulatoris interest, comme dans cette espece,
où la stipulation tendoit à la décharge du donateur;
auquel cas le droit Romain autorise la stipulation
faite pour autrui. *L. 38, §. 17, ff. de verb. oblig. L.*
3, cod. de inutil. stipulat. Enfin il oppoisoit que dans
ses écritures, & dans une réponse catégorique,
Roubin étoit convenu que l'acte qui étoit qualifié
de donation, n'étoit qu'un contrat de vente dé-
guisé, & par cette raison, en exerçant les droits
du débiteur, il demandoit la remise du prix & l'af-
fectation des biens pour ce qui restoit dû; mais
nonobstant toutes ces raisons, & quelques autres
qui étoient relevées des circonstances particulieres,
la répudiation de Roubin fut reçue par arrêt rendu
en la troisieme Chambre des Enquêtes, au rapport
de M. Malaret, Magistrat plein de lumieres & d'in-
tégrité, le 10 Septembre 1722, & depuis on ne
doute plus au Parlement de Toulouse que la répudia-
tion ne soit recevable, quoique le donataire se soit
soumis expressément à certaines charges en faveur
du donateur ou des créanciers. Voyez l'art. XVIII
de l'ordonnance du mois de Février 1731.



QUESTION IX.

I. SI la légitime se prend par contribution sur toutes les Donations, ou d'abord sur la dernière, ensuite subsidiairement sur chacune des autres, en remontant de celles qui sont postérieures à celles qui sont antérieures.

S O M M A I R E S.

1. *Jurisprudence du Parlement de Toulouse pour la discussion des Donations postérieures, en remontant aux antérieures.*
2. *Sauf du droit de légitime des donataires postérieurs.*
3. *Motifs de cette Jurisprudence.*
4. *Premier motif.*
5. *Deuxième motif.*
6. *La Donation parfaite est irrévocable.*
7. *Troisième motif.*
8. *Quatrième motif.*
9. *Qui prior est tempore potior est jure.*
10. *Cinquième motif.*
11. *Résolution en faveur de la discussion.*
12. *Première raison de l'opinion contraire.*
13. *Réponse.*
14. *On ne doit pas accumuler les différentes Donations faites à la même personne.*
15. *Encore moins quand elles sont faites à des personnes différentes.*
16. *Les dernières Donations sont les seules inofficieuses.*
17. *Deuxième raison de l'opinion contraire.*
18. *Réponse.*
19. *Troisième raison de l'opinion contraire.*
20. *Réponse.*
21. *La plainte d'inofficiosité contre les Testa-*

mens, est différente de celle qui est proposée contre les Donations.

22. *Raisons de différence.*

23. *Les Donations faites dans le même Acte doivent contribuer Prorata à la légitime.*

24. *Quatrième raison de l'opinion contraire.*

25. *Réponse.*

26. *L'inégalité des biens est permise par le Droit Romain.*

27. *Cinquième raison de l'opinion contraire.*

28. *Réponse.*

29. *Explication de la Loi 16, §. dernier, ff. de jure Patronatûs.*

30. *Ordonnance du mois de Février 1731.*

1. Jurisprudence du Parlement de Toulouse pour la discussion des Donations postérieures, en remontant aux antérieures.

QUOIQUE l'opinion des Auteurs qui ont décidé pour la contribution de toutes les donations, ait des raisons plausibles, le Parlement de Toulouse a pris le parti de la discussion, & a toujours ordonné que quand la plainte d'inofficiosité a lieu, ce qui manque pour remplir la légitime des enfans, fût pris sur les dernières donations, en épuisant les plus récentes, & en remontant de celles qui sont postérieures à celles qui sont antérieures, selon le témoignage de *M. de Cambolas, liv. 3, ch. 30; & de Graverol, sur M. Larroche, liv. 6, tit. 63, art. 14,* sauf toutefois le droit de légitime que les derniers donataires ont droit de retenir, parce que leur légitime est également favorable que celles des autres enfans qui proposent la plainte d'inofficiosité. Les motifs de cette Jurisprudence sont,

2. Sauf le droit de légitime des donataires postérieurs.

3. Motifs de cette Jurisprudence.

4. Premier motif.

1. Que le droit Romain permettant de donner entre-vifs la moitié, ou les deux tiers des biens, selon le nombre des enfans, sans qu'ils puissent se plaindre, il est évident que les premières donations sont bonnes & irrévocables, si elles n'excèdent pas cette mesure, & que le donateur, en les faisant, n'a pas passé les bornes de son pouvoir; ainsi les dernières donations sont les seules qui donnent lieu à la plainte d'inofficiosité; car si elles n'avoient pas été faites, les légitimaires trouvant dans le patrimoine de quoi prendre leur légitime, ne seroient pas obligés de recourir à la plainte d'inofficiosité.

2. Si on retranchoit également les donations antérieures & les postérieures, ce seroit fournir au donateur un moyen indirecte pour donner atteinte aux premières donations, qui ne doivent pas être révoquées, ni en tout ni en partie, par le fait du donateur, directement ni indirectement, parce qu'une donation parfaite est irrévocable; *L. Perfecta 4, cod. de donat. qua sub modo.*

5. Deuxieme motif.

3. Si les premières donations étoient retranchées par contribution, les premiers donataires auroient une action recoursoire contre les postérieurs, quoique la garantie n'eût pas été stipulée, parce que le donateur est toujours garant de son fait, & que s'il en caufoit le retranchement par des donations postérieures, ce seroit le cas de la garantie, non par la nature du contrat, mais à cause du dol du donateur; *L. 18, §. 3, ff. de donat.* Pour éviter le circuit, il convient donc de discuter les dernières donations.

6. La Donation parfaite est irrévocable.

7. Troisieme motif.

4. Comme les donations entre-vifs n'entrent pas en contribution avec les legs, lorsque les légitimaires proposent la plainte d'inofficiofité contre le testament, *L. 11. ff. de inoff. testam.* à cause de la préférence des donations sur les legs, aussi les donations qui ont chacune leur date particuliere, depuis laquelle elles ont leur force, ne doivent pas entrer en contribution entre elles; mais il faut avoir recours à la regle *qui prior est tempore potior est jure*; car les premières donations sont toujours préférables aux postérieures.

8. Quatrieme motif.

5. Enfin la loi *Si quis habens 24, ff. qui & à quibus manumissi liberi non fiunt*, décidant que si la liberté est donnée à plusieurs esclaves, au préjudice des créanciers, les premiers affranchis demeurent libres, & qu'il n'y a que les derniers dont la liberté est révoquée, fournit un argument très-concluant pour obliger les légitimaires à discuter les dernières donations, & pour exempter les premières de la contribution.

9. *Qui prior est tempore potior est jure.*

10. Cinquieme motif.

Nous croyons la Jurisprudence du Parlement de Toulouse juste, malgré les raisons qu'on allègue en faveur de la contribution, lesquelles sont faciles à résoudre.

11. Résolution en faveur de la discussion.

La première raison est; pour savoir si la plainte d'inofficiofité doit avoir lieu, il faut considérer le

12. Première raison de l'opinion contraire.

tems de la mort du donateur, parce que c'est alors seulement que la légitime est due; ainsi la même raison milite à l'égard de toutes les donations, parce que chacune en particulier, & toutes jointes ensemble, contribuent à épuiser le patrimoine.

13. Réponse. Il s'en faut bien que la même raison milite contre les premières donations, puisqu'elles ont été bonnes & irrévocables du moment qu'elles ont été faites; ce sont des actes séparés qui n'ont aucune liaison ensemble, & que la loi 34, §. 3, *cod. de donat.* a distingués; car elle veut que quand il est question

14. On ne doit pas accumuler les différentes Donations faites à la même personne. de régler la somme pour savoir si l'insinuation est requise, on ne puisse pas accumuler les différentes donations faites à la même personne: à plus forte raison doit-on moins les accumuler & les unir ensemble lorsqu'elles ont été faites à des personnes différentes; que s'il est vrai que toutes les donations contribuent à diminuer le patrimoine, il est vrai

15. Encore moins quand elles sont faites à des personnes différentes. aussi que les dernières sont les seules inofficieuses, parce que sans elles les légitimaires auroient trouvé leur légitime dans le patrimoine.

16. Les dernières Donations sont les seules inofficieuses. La deuxième raison est; de toutes les donations jointes ensemble, on tire une présomption de droit, que le donateur avoit le dessein de frauder ses enfans: il faut donc les retrancher toutes *prorata*.

17. Deuxième raison de l'opinion contraire. A cela, on peut répondre qu'il n'est pas possible de présumer que le donateur eût le dessein de frustrer

18. Réponse. ses enfans, lorsqu'il a fait les premières donations, puisqu'il laissoit encore dans son patrimoine des biens suffisans pour remplir leur légitime; & les évènements postérieurs ne peuvent pas donner atteinte aux premières donations; d'autant mieux que l'amour paternel ne permet pas de penser que le donateur ait jamais eu le dessein de frauder ses enfans.

19. Troisième raison de l'opinion contraire. On dit pour troisième raison, que, suivant les loix du titre *de inoff. donat.* cette plainte se règle de même que la plainte du testament inofficieux; or quand les légitimaires demandent leur légitime par l'inofficiosité du testament, tous les légataires, & même les donataires à cause de mort, quoique de différentes dates, doivent y contribuer *prorata*, comme ils contribuent à la Falcidie & à la Trébellianique: *L. 15, & L. 73, §. ult. ff. ad leg. falcid.* ainsi il en doit être de même à l'égard de plusieurs donataires; d'autant mieux que ces loix disent que

les donations inofficieuses doivent être retranchées indéfiniment, & ne se bornent pas aux postérieures; & par conséquent il faut les entendre suivant leurs termes généraux, & les appliquer également à toutes les donations.

Quoique la plainte d'inofficuosité contre les donations immenses, ait été introduite *ad instar* de l'inofficuosité des testamens, on ne doit pas raisonner de même à cet égard pour ces deux sortes de plaintes, parce que les donations faites en divers tems, valent irrévocablement du jour de leur date; au lieu que les legs & les fidéicommiss faits dans un testament ou dans plusieurs codicilles, & les donations à cause de mort ne valent que du jour de la mort du testateur ou donateur; ils n'ont qu'une seule & même date; c'est-à-dire, le jour de la mort: ainsi il n'est pas merveilleux qu'ils contribuent tous à la légitime, à la Falcidie, & à la Trébélianique; car si le donateur avoit fait plusieurs donations différentes dans un seul & même acte, il n'y auroit point de doute que toutes ces donations ne dussent contribuer *prorata* à la légitime, parce qu'étant de même date, l'une ne seroit pas plus privilégiée que l'autre.

La quatrième raison est prise de ce que cette contribution est juste, parce c'est le seul moyen de conserver l'égalité entre les enfans: égalité qui est fondée sur la nature, & qui est autorisée par la *novelle 92 de l'Empereur Justinien*.

A quoi l'on répond que les loix permettant aux pères & aux meres de donner ou de laisser par testament tous leurs biens à un de leurs enfans, en servant la légitime aux autres, l'inégalité est bien clairement autorisée dans ce sens; que si dans la *novelle 92 de l'Empereur Justinien* réproûve l'inégalité, en disant, *quod enim nimis inæquale est non valdè placet nobis*, ce n'est que quand l'un des enfans emporte tous les biens par des donations immenses, & que les autres n'ont absolument rien, & se trouvent privés de leur légitime; à quoi l'on peut ajouter qu'il n'y aura point d'inégalité injuste quand on ne retranchera que les donations postérieures, parce que les derniers donataires ayant droit de retenir leur légitime, ils auront une portion égale à celles des autres légitimaires; & par conséquent ils n'auront pas lieu de se

20. Réponse.

21. La plainte d'inofficuosité contre les Testamens, est différente de celle qui est proposée contre les donations.

22. Raisons de différence.

23. Les donations faites dans le même acte, doivent contribuer *prorata* à la légitime.

24. Quatrième raison de l'opinion contraire.

25. Réponse.

26. L'inégalité des biens est permise par le Droit Romain.

plaindre, si par événement ils ne se trouvent pas plus avantagés que leurs freres, qui ne sont pas moins favorables qu'eux; enfin, si la raison de l'égalité étoit capable de donner atteinte aux premieres donations, de même qu'aux dernieres, il ne suffiroit pas de faire le retranchement à concurrence de la légitime, parce qu'il resteroit toujours de l'inégalité, en ce que les donataires seroient mieux partagés que les légitimaires; mais il faudroit diviser également les biens donnés entre les donataires & les autres enfans; ce qui seroit une absurdité condamnée par les loix, qui veulent que le retranchement ne se fasse qu'à concurrence de la légitime: retranchement qui met les choses dans une espece d'égalité, sinon géométrique, du moins économique par rapport à l'esprit de la loi, qui veut que le légitimaire se contente de sa portion, de même que l'héritier de la sienne.

27. Cinquieme raison de l'opinion contraire. La cinquieme raison est tirée de la loi *Libertus* 16, §. dernier, *ff. de jure Patronatus*.

28. Réponse. En examinant cette loi avec attention, on la trouvera étrangere à la matiere, & qu'elle ne décide ni pour ni contre la contribution, quoique plusieurs Auteurs aient cru qu'elle favorisoit l'opinion de la discussion.

29. Explication de la Loi 16, §. dernier, *ff. de jure Patronatus*. Pour bien entendre cette loi, il faut observer que le Patron avoit une portion virile sur la succession de son affranchi, lorsqu'il n'avoit qu'un ou deux enfans, pourvu qu'il eût des biens de valeur de cent mille sesterces; que s'il en avoit moins, un seul enfant empêchoit que le Patron n'eût aucun droit sur la succession de son affranchi, suivant les §§. 2 & 3, *aux Institutes de successionem libertorum*.

Cela posé; on demande dans la loi 16, *ff. de jure Patron*. de quelle maniere doit-il être pourvu au Patron, si l'affranchi fait des aliénations frauduleuses? Le Jurisconsulte Ulpien répond par une distinction; ou l'aliénation est faite en fraude de la loi *Papia*; ce qui arrive lorsque l'aliénation réduit le patrimoine de l'affranchi au-dessous de cent mille sesterces; dans ce cas, elle est nulle de plein droit, sans qu'il soit besoin de recourir à l'action Favienne ou Calvisienne; que si l'aliénation est faite en fraude du Patron; c'est-à-dire, si elle ne diminue pas le patrimoine au-dessous de cent mille sesterces, alors l'aliénation n'est pas

nulle de plein droit; mais elle est révocable par l'action Favienne ou Calvisienne; que si l'affranchi a diminué son patrimoine au-dessous de cent mille sesterces par plusieurs aliénations faites en différens tems, les premières aliénations sont nulles de plein droit, comme faites en fraude de la loi *Papia*; mais les secondes ne sont pas nulles; toutefois elles peuvent être révoquées par l'action Favienne ou Calvisienne, *si quis planè non semel alienaverit, sed quasdam res antè, quasdam postè, alienatio earum rerum, quæ postè alienatæ sunt ipso jure non revocabitur, sed priorum; in posterioribus Faviana locus erit*, dit le §. dernier de la loi 16, ff. de jure Patronatûs.

Cette loi bien entendue ne fait rien pour la première opinion, parce que les premières aliénations sont révoquées de plein droit, comme contraires à la loi *Papia*, & que les dernières sont irrévocables par l'action Favienne; ainsi à suivre cette décision, il faudroit prendre la légitime sur les premières donations comme nulles de plein droit; & subsidiairement sur les secondes, comme révocables; ce qu'on n'a jamais pensé: aussi les raisons & les cas sont-ils entièrement différens; ce qui fait que cette loi ne peut fournir aucun argument pour la contribution.

Elle ne fait rien non-plus en faveur de la discussion des dernières donations, parce que ce n'est qu'après avoir déclaré la nullité de plein droit des premières aliénations, que la loi permet d'agir sur les postérieures par l'action Favienne; ce qui fait voir que les premières aliénations sont traitées moins favorablement que les dernières; ainsi cette loi est absolument étrangère & inutile.

La Jurisprudence du Parlement de Toulouse a été confirmée avec la restriction que nous avons remarquée au nombre 2, par l'article XXXIV de l'ordonnance du mois de Février 1731. 30. Ordonnance du mois de Février 1731.



QUESTION X:

- I. Si la dot de la fille est sujette au retranchement de la légitime.

SOMMAIRES.

1. *Ancienne Jurisprudence du Parlement de Toulouse pour le retranchement de la dot pour la légitime des autres enfans, même sans attendre la mort du mari.*
2. *Arrêts qui ont jugé que la dot ne pouvoit pas être retranchée pour la légitime.*
3. *Nouvelle Jurisprudence qui admet le retranchement de la dot; mais après la mort du mari.*
4. *Motif du retranchement de la dot pour la légitime des autres enfans. Premier motif.*
5. *Deuxieme motif.*
6. *Troisieme motif. Quatrieme motif.*
7. *Cinquieme motif.*
8. *Sixieme motif.*
9. *Raisons sur lesquelles le Parlement de Toulouse differe le retranchement jusqu'à la mort du mari. Premiere raison.*
10. *La dot doit rester entre les mains du mari pour aider à supporter les charges du mariage.*
11. *Deuxieme raison: le mari est considéré comme créancier ou acheteur pour la dot.*
12. *Troisieme raison: l'action Paulienne n'a pas lieu contre le mari qui n'a pas participé à la fraude.*
13. *Quatrieme raison. Paternum est officium dotare filiam.*
14. *Que le retranchement de la dot pour les légitimes des autres enfans, doit se faire sans attendre la mort du mari.*

15. *Premiere raison, tirée de la Loi unique, Cod. de inoff. Donat.*
16. *Explication de cette Loi.*
17. *Deuxieme raison.*
18. *La constitution de dot est une Donation.*
19. *Les Titres purement onéreux excluent la légitime.*
20. *Le Parlement de Toulouse juge en plusieurs cas que la dot est un titre gratuit pour le mari.*
21. *La constitution de dot est révoquée par la survenance des enfans.*
22. *La Donation antérieure non insinuée est préférée à la dot postérieure.*
23. *Troisieme raison : les enfans sont déclarés créanciers par la nature & la Loi pour leur légitime.*
24. *Quatrieme raison : la légitime est subrogée aux alimens que les ascendans doivent à leurs descendans.*
25. *La légitime ne souffre ni condition ni délai.*
26. *Si le retranchement étoit différé, les enfans seroient privés de leurs alimens pendant la vie de leur beau-frere.*
27. *Cinquieme raison : les dots entrent dans la composition du patrimoine pour régler les légitimes.*
28. *Conséquence de cette regle.*
29. *Le droit pour la légitime remonte au jour du mariage du pere & de la mere des légitimaires.*
30. *Tout ce qui entre dans le patrimoine doit être sujet à la légitime.*
31. *Sixieme raison.*
32. *Septieme raison.*
33. *Huitieme raison.*
34. *Auteurs qui ont décidé que le retranchement devoit se faire sans attendre la mort du mari.*
35. *Réponse à la premiere raison employée pour différer le retranchement.*
36. *De quelle maniere doit-on entendre que la cause de la dot est perpétuelle.*

37. Le mari peut être évincé de la dot par une cause antérieure à la constitution.
38. La légitime est comme une dette conditionnelle, qui prend sa source dans le mariage, & qui se contracte par la naissance des enfans.
39. Ou bien comme une dette à jour, cujus dies cessit, sed non venit.
40. Il y a des cas où la légitime peut être demandée par anticipation.
41. Explication de la Loi 62, ff. de jure dotium.
42. Réponse à la deuxième raison employée pour le délai du retranchement de la dot.
43. Le mari n'est considéré comme créancier pour la dot, qu'imparfaitement.
44. Explication de la Loi 25 §. 1, ff. quæ in fraudem creditorum.
45. Que cette Loi ne conclut pas pour faire différer le retranchement jusqu'à la mort du mari. Première raison.
46. Deuxième raison.
47. Troisième raison.
48. Quatrième raison.
49. Réponse à la Loi 1, §. Sed si libertus, ff. si quid in fraud. Patroni.
50. La nature est préférable à la rigueur des restes d'un droit de servitude.
51. La Loi 1, §. Sed si libertus, ff. si quid in fraud. Patroni, milite pour le retranchement de la dot, sans attendre la mort du mari.
52. Disposition de l'Ordonnance du mois de Février 1731.

1. Ancienne Jurisprudence du Parlement de Toulouse n'a pas toujours été constante sur cette question ; anciennement il jugeoit que le retranchement avoit lieu, même sans attendre la mort du mari, comme l'atteste *M. Maynard, L. 4, ch. 19* : dans la suite il jugea que la dot ne pouvoit pas être retranchée pour la légitime des autres enfans indistinctement, au té-
 2. Arrêts qui ont jugé que la moignage de *M. de Cambolas, liv. 3, ch. 44*, & de *M. Larroche*. Ce conflit a donné occasion à une nou-

velle Jurisprudence, selon laquelle la dot est à la vé- pas être retran-
rité sujette au retranchement de la légitime, mais il chée pour la
faut attendre la mort du mari: les arrêts rapportés légitime.

par MM. *Dolive*, liv. 3, ch. 21, & *Catellán*, & ceux 3. Nouvelle
qui ont été rendus depuis, ont accueilli cette dis- Jurisprudence,
tinction. qui admet le
retranchement

Les motifs de cette Jurisprudence sont, 1. Que la de la dot, mais
loi unique, *cod. de inoff. dot.* ordonne le retranche- après la mort
ment des dots pour la légitime des enfans. du mari.

2. Qu'indépendamment de cette loi, le retranche- 4. Motifs du
ment de la dot devoit se faire en vertu des loix du retranchement
tit. *de inoff. donat.* parce que la dot est une véritable de la dot pour
donation par rapport à la femme, à laquelle elle est la légitime des
constituée, suivant la loi dernière, *cod. de donat.* autres enfans.
ante nupt. Premier motif.

3. Que les légitimes font rentrer dans le patri- 5. Deuxième
moine du défunt, non-seulement les donations, motif.
quand même elles auroient été faites en contrat de 6. Troisième
mariage en faveur d'un des enfans à naître, mais en- motif.
core les dots. Or ce seroit bien inutilement qu'on les feroit entrer dans la composition du patrimoine, si elles ne pouvoient pas être retranchées.

4. Que les enfans sont déclarés créanciers par la 7. Cinquième
nature & par la loi, à raison de leur légitime. *L. 8,* motif.
§. 15, ff. de inoff. testam. au lieu que la fille tient la dot à titre purement gratuit, en ce qu'elle excède sa légitime.

5. Qu'il n'est pas juste que les filles emportent 8. Sixième
tout le bien de leur pere, & que les autres enfans, motif.
aussi favorables qu'elles, soient sans alimens, sans ressource, & exposés à la mendicité.

6. Que si la dot n'étoit pas sujette au retranche- 9. Raisons
ment de la légitime, il dépendroit du pere de priver sur lesquelles le
indirectement ses autres enfans de leurs droits na- Parlement de
turels, & ce seroit ouvrir la porte aux fraudes que Toulouse dis-
les loix ont voulu éviter avec grand soin, en intro- fere le retran-
duisant la plainte d'inofficuosité, tant contre les dots, chement jus-
que contre les donations entre-vifs, qui donneroient qu'à la mort du
atteinte à la légitime. mari.

A l'égard du tempérament que le Parlement de Toulouse a suivi, en différant le retranchement jus-
qu'à la mort du mari, on s'est fondé en premier lieu, sur ce que la clause de la dot est perpétuelle, qu'elle est entre les mains du mari pour la garder pen-
dant sa vie, pour soutenir les charges du mariage;

Premiere raison. qu'il y auroit de la durezza de l'en depouiller, parce que sans la consideration de cette dot, il ne se seroit pas engagé dans le mariage. *L. 1, & L. 62, ff. de jure dot. L. Pro oneribus 20, cod. eod. & L. 25, §. 1, ff. quæ in fraud. cred.*

10. La dot doit rester entre les mains du mari pour aider à supporter les charges du mariage. En second lieu, que la dot n'est pas un titre gratuit à l'égard du mari, parce que les loix le considerent comme créancier ou acheteur, suivant les expressions de la loi 8, §. 13, *ff. quib. mod. pign. solvitur*, & de la loi 19, *ff. de oblig. & actionib.*

11. Deuxieme raison: le mari est considéré comme créancier ou acheteur pour la dot. En troisieme lieu, que la loi 25, §. 1, *ff. quæ in fraud. cred.* décide que l'action Paulienne, ou révocatoire de ce qui a été fait en fraude des créanciers, ne compete pas contre le mari qui a reçu la dot,

12. Troisieme raison: l'action Paulienne n'a pas lieu contre le mari qui n'a pas participé à la fraude. lorsqu'il n'a pas participé à la fraude commise par son beau-pere, non-plus que contre le créancier qui a été payé de ce qui lui étoit dû: cette loi met donc le mari au niveau du véritable créancier; & par conséquent le titre du mari étant considéré comme véritablement onéreux, il faut que les enfans qui prétendent retrancher la dot pour leur légitime, attendent que le droit du mari soit résolu par sa mort.

13. Quatrieme raison. En quatrieme lieu, que la loi 1, §. *Sed si libertus; ff. si quid in fraudem Patroni*; est tout-à-fait favorable à la prétention du mari, en décidant que l'affranchi n'est pas estimé faire fraude au droit du Patron, en constituant une dot à sa fille, le Jurisconsulte ayant dit nettement qu'en ce cas, *pietas patris non est reprobanda*; d'autant mieux que c'est un devoir imposé au pere par la loi même, de doter sa fille, *paternum est officium dotare filiam*, suivant la loi dernière, *cod. de dot. promiss.*

14. Que le retranchement de la dot pour les légitimes des autres enfans doit se faire sans attendre la mort du mari. Il faut néanmoins convenir que ce tempérament n'est ni équitable, ni conforme aux principes du droit Romain, & qu'il y a une foule de raisons qui doivent le faire rejeter, & faire ordonner le retranchement d'abord après le décès du constituant.

15. Premiere raison, tirée de la Loi unique, autres loix insérées dans le code Théodosien, sous le même titre, dont la premiere est générale, & comprend indistinctement toute sorte de dots: & l'autre comprend le cas particulier d'une dot im-

menſe conſtituée par la femme à ſon mari ; c'eſt de ces deux loix que les compilateurs du code de Juſtinien ont formé la loi unique, *cod. de inoff. dot.* qui comprend la déciſion générale, & le cas particulier.

16 Explication de cette Loi.

En ſecond lieu, à ſuppoſer pour un moment que le retranchement de la dot conſtituée par un pere ou une mere à leur fille, ne dût point ſe faire en vertu du titre *de inoff. dotib.* il devroit ſe faire en vertu du titre *de inoff. donat.* & par conſéquent il ne faudroit point attendre la mort du mari.

17. Deuxieme raison.

En effet, la conſtitution de dot eſt une donation cauſée à la vérité pour dot ; mais c'eſt toujours une donation ; *antiqui juris conditores inter donationes etiam dotes connumerant*, dit la loi derniere, *cod. de donat. ante nupt. L. ult. cod. de dot. promiſſ.*

18. La conſtitution de dot eſt une donation.

Cela eſt ſi vrai, que d'un côté la loi unique, *cod. de inoff. dot.* le décide formellement, de quelque maniere qu'on veuille l'expliquer ; car enfin, pourquoi auroit-elle ordonné le retranchement de la dot, à cauſe des légitimes des enfans, ſi le mari contre lequel le retranchement fut ordonné, l'avoit tenue à titre purement onéreux, tandis qu'un tel titre a toujours fait obſtacle aux enfans, & a été à couvert de leur légitime ?

19. Les Titres purement onéreux excluent la légitime.

D'autre part, le Parlement de Toulouſe juge en deux cas différens, que la dot eſt un titre gratuit même à l'égard du mari ; le premier, pour la révocation de la dot lorsqu'il ſurvient des enfans au donateur, auquel cas on n'attend pas même la mort du mari, ſuivant *M. de Catellan, liv. 4, ch. 41* ; le deuxieme, lorsqu'il s'agit d'une donation antérieure, quoique non inſinuée, laquelle eſt préférée à la conſtitution de dot faite poſtérieurement par la même perſonne, ſuivant le même Auteur, *liv. 4, ch. 66.* Or dans l'un & dans l'autre de ces cas, on ne ſe fonde que ſur la raiſon, priſe de ce que la conſtitution de dot eſt une donation même à l'égard du mari ; car autrement il faudroit juger le contraire.

20. Le Parlement de Toulouſe juge en pluſieurs cas que la dot eſt un Titre gratuit pour le mari.

En troiſieme lieu, en comparant le titre du mari avec celui des enfans, on trouve que ceux-ci déclarés créanciers par la nature & par la loi, *novelle 1, in Præf. §. 2, & L. 8, §. 15, ff. de inoff. teſtam.* ne tendent qu'à ſe garantir de la perte, *certant de damno vitando* ; au lieu que le mari dont le titre eſt gratuit (du moins en ce qui excède la légitime de fa

21. La conſtitution de dot eſt révoquée par la ſurvenance des enfans.

22. La Donation antérieure non inſinuée, eſt préférée à la dot poſtérieure.

23. Troiſieme raison : les enfans ſont déclarés créanciers par la na-

ture & la Loi femme, comme l'enseignent *Dumoulin & Merlinus*, de pour leur légitime. *legitima*, lib. 2, tit. 1, quæst. 20) *certat de lucro captando*; il n'y a donc point de doute qu'on ne doive donner la préférence aux légitimaires.

24. Quatrième raison : la légitime est subrogée aux alimens que les ascendans doivent à leurs descendans. En quatrième lieu, si l'on cherche l'origine de la légitime, on s'apercevra qu'elle vient de la nature, tout comme le mariage, la procréation, & l'éducation des enfans. Les personnes qui s'unissent par le lien sacré du mariage, contractent une obligation de fournir les alimens à leurs enfans, à raison de laquelle les loix ont voulu que les peres ou meres pussent être contraints par l'autorité de la Justice, *tot. titul. de agnoscend. & alendis liberis*, & dont ils ne sont pas libérés par leur mort; car les mêmes loix ont imposé aux parens la nécessité de laisser à leurs enfans une portion de leurs biens pour remplacer les alimens qu'ils leur devoient pendant leur vie: portion que les loix ont destiné pour être

25. La légitime ne souffre ni condition ni délai. *præsens vitæ subsidium*; car elles ont voulu qu'elle fût payée *sine ullo gravamine vel mora*, suivant la loi 30, la loi 32, *cod. de inoff. testam.* & la nouvelle 18, chap. 3.

26. Si le retranchement étoit différé, les enfans seroient privés des alimens. Or si l'on diffère le retranchement de la dot jusqu'au décès du mari, les enfans se trouvent privés de ce prompt secours que la loi leur destine; on autorise les parens à se libérer eux-mêmes d'une obligation précise & indispensable; on leur permet de violer un de leurs devoirs les plus sacrés, & l'on trompe la prévoyance des loix, qui sont d'autant plus justes, qu'elles ont été dictées par la nature même.

27. Cinquième raison : les dots entrent dans la composition du patrimoine pour régler les légitimes. En cinquième lieu, il est certain que les dots entrent dans la composition du patrimoine, de même que toutes les autres donations, & quoiqu'elles aient été faites en contrat de mariage en faveur des enfans à naître.

De-là résultent deux choses également décisives; la première, que la dot est considérée comme une libéralité; la deuxième, que le titre de la légitime de tous les enfans remonte au jour du contrat du mariage, duquel ils ont été procréés; ainsi il est plus ancien que les constitutions de dot, que les peres ou meres peuvent faire à leurs filles; puisque la légitime fait rentrer dans la masse les aliénations gratuites faites même avant leur naissance; & par conséquent

conséquent les dots doivent être sujettes au retranchement de la légitime, même sans attendre la mort du mari, tout comme les autres donations; car autrement ce seroit en vain qu'on les feroit entrer dans le patrimoine, si elles ne pouvoient être retranchées. Voyez la glose sur la nouvelle 1, cap. 1, §. 1, verb. (*Auferri*) qui dit que la légitime est due avant la mort du pere; *hoc erat debitum antequàm moreretur*; & *Claude de Ferrieres, sur l'article 298 de la coutume de Paris, §. 3, des actions des légitimes, n^o. 7, & 8, tom. 4, pag. 320.*

En sixieme lieu, aucune loi civile ni municipale ne peut abolir ni ôter le droit de légitime, parce que le droit naturel y résiste, comme *Fachineus, lib. 4, controvers. cap. 32; Grassus, Corvinus, & presque tous les Auteurs le tiennent: pourquoi le permettoit-on au pere par des voies indirectes; c'est-à-dire, en constituant des dots immenses à ses filles, pour exclure ses autres enfans de leur légitime pendant la vie de leur gendre, tandis qu'on refuse ce pouvoir à la loi, quoique toute puissante?*

En septieme lieu, si l'intérêt du mari, ou le droit par lui acquis sur la dot de sa femme, devoit faire différer le retranchement de la dot pour les légitimes des autres enfans, cela conduiroit à une injustice palpable, en ce que dans les lieux où la coutume fait gagner la dot au mari, les autres enfans ne pourroient jamais prendre leur légitime sur la dot constituée à leur sœur, lorsqu'elle decéderoit avant son mari; ce qui est visiblement contraire à la décision des loix, & aux propres principes adoptés au Parlement de Toulouse, qui juge pour le retranchement des dots en faveur des légitimaires.

Enfin on peut appliquer ici le sixieme motif que nous avons rapporté ci-dessus, pour prouver que la dot est sujette au retranchement des légitimes des autres enfans, qui fournit une raison décisive pour faire rejeter le tempérament qui tend à faire différer l'effet du retranchement jusqu'au décès du mari.

Les Auteurs les plus considérables ont rejeté ce prétendu tempérament; de ce nombre sont *Me. Charles Dumoulin, dans son traité de inoff. testam. donat. & dotib. n^o. 79; M. Maynard, liv. 4, ch. 19; M. Dolive, liv. 3, ch. 21*; qui, malgré les Auteurs qu'il rapporte, est forcé de convenir que le retranchement

28. Conséquences de cette regle.

29. Le droit pour la légitime remonte au jour du mariage du pere & de la mere des légitimaires.

30. Tout ce qui entre dans le patrimoine doit être sujet à la légitime.

31. Sixieme raison.

32. Septieme raison.

33. Huitieme raison.

34. Auteurs qui ont décidé que le retranchement devoit se faire sans attendre la mort du mari.

doit se faire sans attendre la mort du mari. *Merlinus* ; de legitima, lib. 2, tit. 1, quest. 20 ; *Peregrinus* sur le titre du cod. de inoff. dot. n^o. 5 ; *Ricard*, *Lebrun*, & plusieurs autres ; & cela est pratiqué par presque tous les Parlemens du Royaume.

35. Réponse à la premiere raison employée pour différer le retranchement. On répond à la premiere raison que l'on apporte pour autoriser ce tempérament, qu'il est vrai que la clause de la dot est perpétuelle ; c'est-à-dire, que l'institution du constituant est de la laisser au mari pendant sa vie, comme dit la loi 1, ff. de jur. dot. mais que le mari ne puisse pas être évincé de la dot pour une cause antérieure, c'est ce que les loix n'ont pas entendu ; elles ont même décidé le contraire en pourvoyant à la garantie, & en déterminant dans la loi 16 & la loi 34, ff. de jur. dot. la loi 1, la loi 13 cod. eod. & la loi 71, ff. de evictionibus, les cas auxquels cette garantie est due ; or quoique la légitime ne soit exigible que du jour de la mort du pere ou de la mere, elle est néanmoins due, & son titre remonte au contrat de mariage ; c'est comme une dette conditionnelle qui prend sa source dans le mariage, qui se contracte par la naissance des enfans, & à laquelle les loix ont apposé pour condition le prédécès des parens, & la survivance des enfans, ou bien comme une dette à jour, *cujus dies cessit, sed non venit* ; puisqu'elle fait rentrer dans le patrimoine toutes les aliénations gratuites faites même avant la naissance des légitimaires. Comment cela se peut-il, sinon parce que le titre de la légitime est regardé comme antérieur & préférable, & que ces aliénations ne sont faites que sous la condition tacite & légale, que les biens donnés ou constitués en dot seront sujets aux légitimes ? Ce qui est si vrai, qu'il y a des cas auxquels le pere peut être contraint d'anticiper le payement de la légitime ; ce qui ne se pourroit point si le droit de la légitime n'étoit pas établi avant la mort du pere.

39. Ou bien comme une dette à jour, *cujus dies cessit, sed non venit*.
 40. Il y a des cas où la légitime peut être demandée par anticipation. Que si le Jurisconsulte décide dans la loi 62, ff. de jur. dot. que le fonds constitué en dot ne doit pas être ôté au mari, sous prétexte de la restitution en entier, demandée par sa femme envers un échange par elle fait avec ses freres pendant la minorité, c'est parce que la femme qui agit volontairement en demandant la restitution en entier, ne peut pas par une telle démarche porter ce préjudice à son mari,

que de le dépouiller par son fait de la dot par elle constituée ; voilà pourquoi le Jurisconsulte décide qu'il suffit à la femme de rendre à ses freres l'estimation du fonds constitué en dot, suivant sa légitime valeur au tems de la constitution, & par ce tempérament d'équité on pourvoit aux intérêts de toutes les parties ; ainsi l'on voit que cette loi est étrangere & mal appliquée au cas présent.

La deuxieme raison tirée des loix 8, §. 13, ff. *quib. mod. pign. solvitur*, & 19, ff. *de oblig. & actionib.* qui déclarent que le mari est créancier ou acheteur de la dot ; c'est-à-dire, qu'il la tient à titre onéreux, n'est pas plus digne de considération que la précédente ; en effet, ces loix ne regardent pas le mari comme vrai créancier ou acheteur, mais avec des termes qui marquent que ce n'est qu'imparfaitement, & que la dot ne laisse pas de retenir le titre, de la libéralité, comme le décide expressément la loi dernière, *cod. de donat. ante nupt.* On ne peut pas douter de cette regle au Parlement de Toulouse, puisqu'il la pratique dans tous les autres cas, en considérant la dot comme une véritable donation. On n'a qu'à voir de quelle maniere s'explique *M. de Catellan, liv. 4, ch. 41 & 66.*

Or si la dot est une véritable donation, si son titre n'est pas considéré comme purement onéreux dans les autres cas, pourquoi voudroit-on en juger autrement au cas présent, qui est beaucoup plus digne de faveur que les autres, où l'on regarde la dot comme une véritable donation ?

3. La loi 25, §. *Si à socero*, ff. *quæ in fraud. credit.* décide à la vérité que l'action paulienne ou révocatoire de ce qui a été fait en fraude des créanciers, ne compete pas contre le mari qui a reçu la dot, lorsqu'il n'a pas participé à la fraude, *cum indotatam uxorem ducturus non fuisset*, non plus qu'un créancier qui a été payé de ce qui lui étoit dû ; mais cette loi ne fournit aucun argument concluant pour le cas présent. Premièrement, dans l'espece de cette loi il s'agissoit de dépouiller le mari de l'entiere dot, au lieu que la légitime des autres enfans n'en retranche qu'une petite partie ; en sorte qu'il en reste au mari plus qu'à tous les légitimaires ensemble.

En second lieu, le mari ignorant que son beau-pere faudoit ses créanciers, sa bonne foi ne lui a

42. Réponse à la deuxieme raison employée pour le délai du retranchement de la dot.

43. Le mari n'est considéré comme créancier pour la dot, qu'imparfaitement.

44. Explication de la Loi 25, §. 1, ff. *quæ in fraudem credit.*

45. Que cette Loi ne conclut pas pour faire différer le retranchement jusqu'à la mort du mari. Première raison.

46. Deuxieme raison.

pas permis de former quelque doute, qu'il pourroit arriver qu'il seroit recherché par les créanciers de son beau-pere; au lieu qu'il a dû prévoir que la fortune de son beau-pere pourroit diminuer par des accidens, ou par sa mauvaise conduite, & que ses autres enfans n'ayant pas de quoi prendre leur légitime sur le reste du patrimoine, réclameraient la portion que la nature & les loix leur attribuent sur la dot constituée, qui est considérée comme faisant partie du patrimoine du pere, suivant les expressions de la loi 5, *cod. de inoff. donat. verb. (Revertitur)*; que si malgré cette considération il a passé outre, & s'est marié, c'est sa faute.

47. Troisième raison.

En troisième lieu, le cas décidé par la loi 25, §. 1, *ff. quæ in fraud. credit.* est particulier, & n'a rien de commun avec le retranchement que produit la légitime: la loi doit à la vérité être observée dans son espece & dans ses circonstances; mais elle ne doit pas s'étendre à un autre cas différent, que d'autres loix insérées dans les titres *de inoff. donat. & de inoff. dotib.* ont décidé autrement; on doit donc suivre la décision de la loi 25, §. 1, *ff. quæ in fraud. cred.* quand il s'agira de l'action paulienne; mais quand il sera question de la plainte d'inofficiosité, & du retranchement de la dot pour la légitime, qui a ses loix & ses regles, c'est à celles-ci qu'il faut s'en tenir, & non à des argumens éloignés que l'on pourroit tirer des décisions étrangères: en user autrement, ce seroit porter une confusion inextricable, & rendre tout douteux & incertain dans l'interprétation des loix, qui ne doivent jamais être regardées comme contraires, dès que les especes & les circonstances sont différentes.

48. Quatrième raison.

En quatrième lieu, il y a des différences essentielles entre l'action paulienne, & l'action qui compete pour la légitime, & pour révoquer les donations qui lui nuisent.

L'action paulienne n'est qu'un remede subsidiaire accordé aux créanciers non hypothécaires à raison du dol pratiqué par le vendeur & l'acheteur; car s'ils avoient une hypothèque, il ne seroit pas nécessaire de recourir à ce remede, parce que l'hypothèque seroit un moyen suffisant pour faire révoquer les aliénations, sans qu'il fût besoin de prouver la fraude; au lieu que la légitime produit une hypothèque,

dont le principal effet est de faire rentrer dans le patrimoine toutes les donations faites, & les dots constituées; ce qui prouve que cette hypothèque remonte au jour du contrat de mariage de leur pere & mere. Il n'est donc pas merveilleux que l'action paulienne ne révoque pas la dot à l'égard du gendre, qui n'a pas participé à la fraude, parce qu'il est considéré comme un créancier à l'égard des créanciers non hypothécaires; mais il n'en est pas de même lorsqu'il est en concours avec les autres enfans légitimaires, parce qu'ils sont créanciers hypothécaires; & que d'ailleurs à leur égard le gendre n'est pas considéré comme vrai créancier; ce qui fait que les enfans légitimaires sont plus favorablement traités dans cette espece que les simples créanciers cédulaires.

4. A l'égard de la loi 1, §. *Sed si libertus*, ff. *si quid in fraud. patroni*, qui décide que l'affranchi n'est pas estimé faire fraude au droit de son patron, en constituant à sa fille une dot convenable; l'argument que l'on en tire n'est digne d'aucune considération, parce que la chose est bien différente; & ce n'est pas merveille si l'intérêt d'une fille mariée combattant avec celui du patron, qui n'est fondé que sur un droit Seigneurial, à prendre après la mort de son affranchi dans sa succession, le Jurisconsulte a fait pencher la balance plutôt du côté de la nature, préférable sans doute à la rigueur des restes d'un droit de servitude, ayant dit nettement qu'en ce cas, *pietas patris non est reprobanda*; d'où naît une puissante raison au contraire, tirée du même esprit de la Jurisprudence, que ce seroit une piété blâmable & reprehensible en la personne d'un pere, s'il vouloit transporter tout à des filles, & ne laisser rien à ses autres enfans: encore moins si cela arrivoit par mauvaise fortune, & que ce fût entièrement contre son intention, comme il arrive le plus souvent. Alors si l'on interrogeoit le pere, ne répondroit-il pas que s'il a constitué des dots considérables à ses filles, c'est parce qu'il espéroit que la fortune lui permettroit d'en laisser autant à ses autres enfans? Et s'il a été trompé dans son attente, ses vœux ne tendroient-ils point à diminuer les dots immenses pour donner quelque soulagement à ses autres enfans, qui lui sont également chers?

49. Réponse à la Loi 1, §. *Sed si libertus*, ff. *si quid in fraud. Patroni*.

50. La nature est préférable à la rigueur des restes d'un droit de servitude.

51. La Loi 1, §. *Sed si libertus*, ff. *si quid in fraud. Patroni*, milite pour le retranchement de la dot, sans attendre la mort du mari.

32. Disposition de l'Ordonnance du mois de Février 1731.

Notre sentiment a été confirmé par l'article XXXV de l'ordonnance du mois de Février 1731, qui veut que la dot, même celle qui aura été fournie en deniers, soit sujette au retranchement pour la légitime, suivant l'ordre de discussion qui doit être fait entre plusieurs dots, de la même manière qu'entre plusieurs donations de différentes dates, soit que la légitime soit demandée pendant la vie du mari, ou qu'elle le soit 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; & par l'article XXXVIII de la même ordonnance, la prescription ne peut commencer de courir en faveur des donataires contre les légitimaires, que du jour de la mort de ceux sur les biens desquels la légitime sera demandée: la raison est parce que c'est dès ce jour seulement que la légitime est échue, & que les légitimaires peuvent agir. Voilà pourquoi aucune prescription ne peut commencer auparavant, parce que *contra non valentem agere non currit præscriptio*.



QUESTION XI.

- I. Si les biens compris dans une Donation faite en faveur de mariage, en supposant qu'elle soit révoquée par la survenance d'enfans au donateur, demeurent néanmoins hypothéqués, subsidiairement au douaire & aux conventions matrimoniales.

S O M M A I R E S.

1. Si la Donation en faveur de mariage est révoquée par la survenance des enfans.
2. Les Donations qui ont une cause onéreuse ne sont pas des libéralités.

3. Le Contrat doit être onéreux de la part du donateur & du donataire.
4. La cause tirée de la considération du mariage, ne suffit pas pour rendre la Donation onéreuse.
5. Raisons de douter.
6. Réponses.
7. Résolution pour la révocation des Donations faites en faveur de mariage.
8. Si les biens donnés sont subsidiairement hypothéqués pour les conventions matrimoniales.
9. Jurisprudence du Parlement de Toulouse pour l'affirmative.
10. Raison de cette Jurisprudence.
11. Cette opinion est fondée sur l'équité.
12. Résolution pour l'opinion contraire.
13. La Donation renferme une condition tacite qu'elle sera révoquée, s'il survient des enfans au donateur.
14. Cette condition détruit la libéralité, & la réduit ad non causam.
15. La cause qui détruit la Donation, est antérieure aux obligations contractées par le donataire.
16. La condition dans les Contrats a un effet rétroactif.
17. Les biens donnés reviennent quittes des hypothèques contractées par le donataire.
18. Il n'y a point de Loi ni de règle qui excepte les conventions matrimoniales.
19. Réponse de la raison tirée de la présence & du consentement du donateur à l'hypothèque des conventions matrimoniales.
20. Le donateur ne contracte d'autre obligation que celle qui résulte de la Donation.
21. Les obligations sont stricti juris.
22. Réponse aux Arrêts contraires.
23. Observation de Dumoulin sur l'Arrêt rendu en sa faveur.
24. Selon le même Auteur, l'affectation subsidiaire pour les conventions matrimoniales, est contraire à l'esprit des Loix.

1. Si la Donation en faveur de mariage est révoquée par la survenance des enfans.

2. Les Donations qui ont une cause onéreuse, ne sont pas des libéralités.

3. Le Contrat doit être onéreux de la part du donateur & du donataire.

4. La cause tirée de la considération du mariage, ne suffit pas pour rendre la Donation onéreuse.

5. Raisons de douter.

6. Réponses.

A question en la maniere qu'elle est proposée ; en renferme une autre préliminaire, qui consiste à savoir si la donation en faveur de mariage est sujette à révocation par la survenance d'enfans.

Pour l'éclaircissement de cette question, il y a peu de chose à dire : les Auteurs demeurent d'accord que les donations qui ont une cause onéreuse, ne sont pas considérées comme des libéralités, mais comme un paiement ou une compensation ; ou bien comme un contrat sans nom *do ut des* ; & par conséquent elles ne doivent pas être sujettes à révocation.

Mais afin que cela ait lieu, il faut que le contrat soit onéreux de la part du donateur, tout de même que de la part du donataire, comme le prouve *M. de Cambolas, liv. 5, ch. 48* ; autrement il n'est pas possible de penser que ce ne soit une pure libéralité de sa part.

La cause que l'on fonde sur la considération du mariage, ne paroît pas suffisante pour faire regarder la donation comme onéreuse, quoique de la part du donataire il y ait des charges à supporter, parce que cela n'empêche pas que le donateur n'ait fait une véritable libéralité ; puisqu'il n'y avoit de sa part aucun engagement, ni aucune obligation capable de faire changer le titre de la donation.

Mais, dira-t-on, la révocation de la donation faite en contrat de mariage, renferme une espece de fraude à l'égard de la femme qui n'auroit pas contracté le mariage sans la considération de la donation ; d'autant mieux que les femmes dispensées de connoître les subtilités du droit, ne sont pas obligées de pénétrer dans l'avenir, & de prévoir que le cas de la survenance des enfans pourra arriver, & que son mari & elle se trouveront dépouillés des biens donnés.

L'on répond que la loi n'est point entrée dans tout ce détail, ni dans ces distinctions ; que la femme ne peut pas dire avoir été trompée par événement, parce qu'elle n'a pu & dû prévoir le cas ; que du moins ses parens ont dû le faire pour elle, & l'empêcher de s'unir à un mari, dont la fortune pouvoit recevoir des atteintes par des événemens faciles à prévoir.

C'est donc avec raison que l'on juge que les do

nations faites en contrat de mariage sont révoquées par la survenance des enfans, de même que les autres donations, comme l'attestent *M. Maynard, liv. 4, ch. 12, & liv. 6, ch. 57; Dolive, liv. 4, ch. 6; & Catellan, liv. 4, ch. 41; & cette Jurisprudence a été confirmée par l'article XXXIX de l'ordonnance du mois de Février 1731.*

Mais les biens donnés sont-ils subsidiairement hypothéqués au douaire, & autres conventions matrimoniales ? Sur cette question, le Parlement de Toulouse juge pour l'hypothèque subsidiaire de la dot & de l'augment, qui est à peu-près ce qu'on appelle douaire au pays coutumier. Les raisons de cette Jurisprudence sont, que la femme est extrêmement favorable en la répétition de la dot, pour laquelle elle a un privilège qui la fait préférer à tous les créanciers; que la dot qui a été constituée en présence du donateur & dans le même acte qui contient la donation, mérite qu'on la distingue des autres créanciers qui ont contracté en l'absence du donateur; que la piété qui prend le parti des enfans, est arrêtée en ses effets à la rencontre de la piété, qui assiste la cause des dots, de même que le privilège perd sa force dans l'opposition d'un autre privilège.

Cette opinion a son fondement dans l'équité; car si le donateur, de même que la femme, sont d'une égale condition en ce que tous les deux *certant de damno vitando*, il y a cette différence entre eux, que la femme ne baille la dot que sous condition expresse de la répéter sur tous les biens du mari; au lieu que la condition qui fait rentrer le donateur en la possession de ses biens, n'est que tacite; voilà pourquoi elle ne doit pas avoir tant d'efficace.

Toutefois le contraire est plus conforme aux règles. En effet, il est certain, de l'avis de tous les Docteurs, que la donation faite par un homme qui n'a point d'enfans, renferme une condition légale & tacite, qu'elle sera résolue par la survenance des enfans: condition qui affecte la libéralité, & qui la détruit lorsqu'elle arrive, de la même manière que si la donation n'avoit pas été faite; d'où il s'ensuit que quand l'événement arrive, c'est par une cause inhérente à la libéralité, & antérieure aux obligations que le mari peut avoir contractées depuis son mariage, même à celle de la dot du douaire,

7. Résolution pour la révocation des Donations faites en faveur de mariage.

8. Si les biens donnés sont subsidiairement hypothéqués pour les conventions matrimoniales.

9. Jurisprudence du Parlement de Toulouse pour l'affirmative.

10. Raisons de cette Jurisprudence.

11. Cette opinion est fondée sur l'équité.

12. Résolution pour l'opinion contraire.

13. La Donation renferme une condition tacite, qu'elle sera résolue, s'il survient des enfans au donateur.

14. Cette condition dé-

truit la libéralité, & l'anéantit, comme si elle n'avoit pas été faite.

15. La cause qui détruit la Donation, est antérieure aux obligations contractées par le donataire.

16. La condition dans les Contrats a un effet rétroactif.

17. Les biens donnés reviennent quittes des hypothèques contractées par le donataire.

18. Il n'y a point de Loi ni de règle qui excepte les conventions matrimoniales.

19. Réponse à la raison tirée de la présence & du consentement du donateur à l'hypothèque des conventions matrimoniales.

20. Le donateur ne contracte d'autre obligation que celle qui résulte de la Donation.

21. Les obligations sont *stricti juris*.

22. Réponse aux Arrêts contraires.

& autres conventions matrimoniales; parce que c'est une maxime que dans les contrats la condition qui arrive, rétrograde, & a un effet rétroactif, suivant la loi 8, ff. de periculo & commodo rei vendita; la Glose & Godefroy, sur cette loi; M. Duval, de rebus dubiis, tract. 13, n^o. 2; d'Argentré, & tous les Auteurs; de là vient que les biens donnés doivent lui revenir quittes de toutes les hypothèques, servitudes, & autres charges créées par le donataire, suivant la loi *Lex vectigali* 31, ff. de pignoriibus.

La chose n'est pas susceptible de doute par rapport aux créanciers & tiers-acquéreurs des biens donnés; il est certain qu'ils reviennent au donateur exempts de toutes les charges créées par le donataire: or il n'y a point de loi ni de règle qui excepte les conventions matrimoniales; & par conséquent on ne peut pas les excepter; parce que *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

Si l'on dit que le donateur présent au contrat de mariage, ayant consenti que le donataire hypothéquât les biens donnés pour les conventions matrimoniales, n'a pas bonne grace de contester l'hypothèque subsidiaire, & que les biens donnés ne doivent toujours y être soumis, la réponse est aisée; car enfin le consentement du donateur n'étant tout au plus que tacite, tout ce qu'on peut dire, c'est qu'il a approuvé l'hypothèque autant que la donation, qui en est la base & le fondement, subsisteroit; en sorte que la donation se trouvant révoquée, l'hypothèque des conventions matrimoniales est résolue comme un accessoire qui suit la nature de son principal. En effet, il n'est pas possible de penser que le donateur ait voulu contracter d'autre obligation que celle qui résulte de la donation, ni qu'il ait voulu étendre la donation au-delà des termes de la clause qui la contient, parce que les donations & les obligations sont *stricti juris*, & ne se forment point par des simples conjectures, mais bien par un consentement exprès & délibéré; & bien loin de les étendre, on doit au contraire les resserrer, parce que l'on favorise, autant qu'il est possible, la libération; *L. Arrianus* 47, ff. de oblig. & actionib.

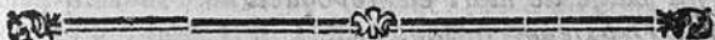
Que si l'on trouve des arrêts rendus par les Cours supérieures du Royaume, qui ont jugé en faveur de l'hypothèque subsidiaire, ils ne sont fondés que sur

ce qu'on a cru, par erreur, que l'arrêt rendu en faveur de Me. Charles Dumoulin en 1551, l'avoit jugé ainsi; en effet, la disposition y est expresse; mais Dumoulin, dans son second traité de donationibus factis in contract. matrimonii, n°. 86, a pris soin d'avertir que l'affectation subsidiaire des biens donnés à l'hypothèque des conventions matrimoniales, ne fut inférée dans l'Arrêt rendu en sa faveur, que sur son consentement exprès, donné par un acte signé de sa main; sans quoi, cet Auteur dit que la chose auroit été déterminée autrement, parce que cette affectation subsidiaire est contraire à l'esprit des loix, & au sentiment des Interprètes.

23. Observation de Dumoulin sur l'Arrêt rendu en sa faveur.

24. Selon le même Auteur, l'affectation subsidiaire est contraire à l'esprit des Loix.

Notre sentiment a été confirmé par l'article XLII de l'édit du mois de Février 1731, & les biens donnés doivent revenir au donateur, quittes de toutes charges & hypothèques, même de la dot & conventions matrimoniales de la femme du donateur, quand même la donation auroit été faite dans le contrat de mariage du donataire, & que le donateur se feroit obligé, comme caution, à l'exécution du contrat de mariage.



QUESTION XII.

I. Si la Donation à cause de mort est révoquée par la survenance des enfans.

S O M M A I R E S.

1. La Question n'est pas décidée par les Arrêts du Parlement de Toulouse.
2. Les Auteurs sont partagés sur cette Question.
3. Auteurs qui décident pour l'affirmative.
4. Premier fondement de cette opinion: que les Donations à cause de mort sont révocables à volonté.
5. Deuxieme fondement: que les mots donatione largitus, comprennent toute sorte de Donations.
6. Troisieme fondement: qu'on peut argumenter des Contrats aux dernieres volontés.

7. La Donation à cause de mort tient plus de la nature des Contrats que des dispositions à cause de mort.
8. Quatrieme fondement, pris de la présumée volonté du donateur.
9. Cinquieme fondement, tiré de la Loi 35, §. 5, Cod. de Donationib.
10. Sixieme fondement.
11. Auteurs qui ont tenu pour la négative.
12. Premiere raison de cette opinion, prise du Titre où la Loi Si unquam est placée.
13. Deuxieme raison : lorsque le donateur ne révoque pas la Donation à cause de mort, il est présumé avoir persévéré dans la même volonté.
14. Résolution pour la négative.
15. Premiere raison de cette résolution.
16. Cas où la Donation à cause de mort est révoquée de plein droit.
17. La survenance des enfans n'est pas mise au nombre des causes pour lesquelles la Donation à cause de mort est révoquée.
18. Deuxieme raison.
19. Les Donations à cause de mort sont comparées aux legs.
20. Les legs ne sont pas révoqués par la survenance des enfans.
21. Troisieme raison : les Codicilles qui ne dépendent point du Testament, ne sont pas rompus par l'agnation d'un posthume.
22. Il en est de même de la Donation à cause de mort, qui subsiste indépendamment du Testament.
23. La Donation à cause de mort prend sa force du jour de la mort du donateur.
24. Le donataire à cause de mort, impugnant le Testament, n'est pas privé de la Donation.
25. Réponse au premier fondement de l'opinion contraire.
26. Réponse au deuxieme fondement.
27. Réponse au troisieme fondement.
28. Réponse au quatrieme fondement.

29. Réponse au cinquieme fondement.

30. Réponse au sixieme fondement.

On ne trouve pas la décision de cette question dans les arrestographe du Parlement de Toulouse : tout ce que l'on peut dire, c'est que ce Parlement, qui fait profession de suivre l'esprit de la loi Romaine, la décideroit, si elle se présentoit, selon les vrais principes de la même loi.

Les décisionnaires ne sont pas d'accord sur cette question : les uns tiennent pour l'affirmative, les autres pour la négative. Ceux qui décident que la survenance des enfans révoque la donation à cause de mort, de même que la donation entre-vifs, sont

entr'autres, *M. Tiraqueau, sur la loi Si unquam, verb. donatione largitus, depuis le nomb. 246, jusqu'au nomb. 259; Coquille, sur la coutume de Nivernois, tit. des donations, art. dernier, & dans sa question 292; Mantica, de conjecturis ult. voluntatum, lib. 12, tit. 7, n°. 9; & Godefroy, sur la loi Si unquam, verb. donatione largitus, cod. de revocand. donat.*

Les fondemens de cette opinion sont, 1. qu'il y a bien plus de raison de révoquer les donations à cause de mort par la survenance des enfans, que les donations entre-vifs, parce que les premiers sont révocables à volonté, au lieu que les autres sont de leur nature irrévocables. 2. Que les mots *donatione largitus*, que l'on trouve dans la loi *Si unquam*, s'ap-

pliquent aussi-bien aux donations à cause de mort, qu'à celles qui sont faites entre-vifs; parce que, suivant la loi 67, §. 1, ff. de verb. significat. *donationis verbum simpliciter loquendo, omnem donationem comprehendisse videtur, sive mortis causâ, sive non mortis causâ fuerit*; & que la loi parlant en termes généraux, il n'y a pas lieu d'en excepter les donations à cause de mort.

3. Que l'on peut fort bien argumenter des contrats aux dernières volontés; *L. 44, §. 5, ff. de leg. 1*, où le Jurisconsulte Ulpien prend un argument de la vente pour décider une question sur un legs; d'autant mieux que la donation à cause de mort tient plus de la nature des contrats, que des dispositions à cause de mort, comme l'ont remarqué

Covarruvias, de testamentis, rubr. 3, part. 2, n°. 2; & Grassus, §. donatio causâ mortis, quæst. 2. 4. Que la raison prise de la présumée volonté du donateur,

1. La Question n'est pas décidée par les Arrêts du Parlement de Toulouse.

2. Les Auteurs sont partagés sur cette Question.

3. Auteurs qui décident pour l'affirmative.

4. Premier fondement de cette opinion: que les Donations à cause de mort sont révocables à volonté.

5. Deuxieme fondement: que les mots *donatione largitus* comprennent toute sorte de Donations.

6. Troisieme fondement: qu'on peut argumenter des Contrats aux dernières volontés.

7. La Donation à cause de mort tient plus de la nature des Contrats que

Les dispositions qui vraisemblablement n'auroit pas donné, *si cogitasset* à cause de mort. *de liberis*, ne milite pas moins dans la donation à cause de mort, que dans la donation entre-vifs, qu'elle fait révoquer lorsqu'il survient des enfans au donateur. 5. Qu'encore que la loi *Si quis argumentum* 35, §. 5, *cod. de donat.* qui fait valoir la donation sans stipulation & sans tradition par simple acte, ne parle que de la donation entre-vifs, elle a été néanmoins entendue des donations à cause de mort, par le sentiment des Interprètes, rapportés par *M. Tiraqueau*, au lieu préallégué, n°. 248. 6. Enfin, que la loi *cùm avus* 102, *de condit. & demonstrat.* & la loi *cùm acutissimi* 30, *cod. de fideicom.* qui ne parlent que des fidéicommiss testamenteires qui défont lorsque le grevé laisse des enfans, sont entendues des donations à cause de mort par la volonté présumée des donateurs, qui milite également dans l'un & l'autre cas, suivant les Interprètes rapportés par *M. Tiraqueau*, au lieu ci-dessus cité, n°. 250.

II. Auteurs Au contraire, plusieurs Auteurs, & entr'autres, qui ont tenu *M. Cujas*, sur le titre du code de donationibus, & dans pour la négative. ses observations, lib. 20, cap. 5; *Osasques*, dans ses décisions du sénat de Piémont, décis. 120; *Ricard*, des donations, tom. 1, part. 3, n°. 618; *Papon*, dans son commentaire sur la loi *Si unquam*, verb. *donatione largitus*, pag. 42; & *Ferrieres*, sur la coutume de Paris, tit. 13, question 3, n°. 25, tom. 3, col. 1128, ont soutenu que la loi *Si unquam* ne pouvoit point être appliquée aux donations à cause de mort, par deux raisons principales. La première, qu'il est facile de comprendre par le lieu où cette loi est placée, qui est absolument destiné pour les donations entre-vifs, & par les termes de la loi même, qui parle du retour des choses données en la possession du donateur, qu'elle n'a entendu parler que des donations entre-vifs, & nullement des donations à cause de mort.

12. Première raison: lorsque le donateur ne révoque pas la Donation à cause de mort, il est présumé avoir persévéré dans la même volonté. La deuxième, que le donateur ayant la liberté de révoquer la donation à cause de mort, qui est de sa nature révocable à volonté, dès qu'il ne l'a pas fait après la survenance des enfans, il est présumé avoir persévéré dans la même volonté, qu'il a voulu que la donation fût exécutée, qu'il a eu intention de donner dès le commencement, & qu'il l'auroit fait, quand même il auroit eu des enfans.

Cette dernière opinion nous paroît mieux fondée.

non-seulement par les raisons que nous venons de toucher, mais encore par plusieurs autres que nous allons rapporter. 1. Les loix ont expliqué les différens cas auxquels la donation à cause de mort étoit suffisamment révoquée par la volonté du donateur, comme, si la donation ayant été faite *in infirmitate cujus timore donavit*, si la chose donnée à cause de mort a été léguée à un autre ou aliénée, s'il intervient des iniimités graves entre le donateur & le donataire, si le donataire décède avant le donateur; mais on ne trouve aucune loi qui ait mis la survenance des enfans au nombre des causes qui font révoquer la donation à cause de mort; quoique la loi y ait pourvu expressément pour les donations entre-vifs; ce qui prouve que la survenance des enfans n'est pas un moyen pour empêcher la validité d'une donation à cause de mort; car si le Législateur l'avoit entendu, il en auroit fait une loi expresse, comme pour les donations entre-vifs. 2. Suivant la loi 15, §. 1, & la loi 37, ff. de mortis causâ donat. les donations à cause de mort se révoquent de la même manière que les legs auxquels elles sont comparées par l'Empereur Justinien, au §. 1, *Instit. de donat.* Or, selon l'Auth. *ex causa*, cod. de liberis præteritis, quoique la naissance d'un enfant, l'exhérédation injuste ou la préterition, emportent l'institution, elles laissent subsister les legs contenus dans le testament. 3. Puisque les codicilles qui ne dépendent point du testament, ne sont pas rompus par l'agnation d'un posthume, suivant la loi 3, §. 1, & la loi 16, ff. de jur. codicil. pourquoi n'en seroit-il pas de même d'une donation à cause de mort, qui subsiste par elle-même, qui ne dépend point du testament, qui est même valable, quoique le testament soit cassé, puisqu'elle prend sa force du jour de la mort du testateur, & indépendamment de l'acceptation de l'hérédité; L. 32, ff. de mort. causâ donat. & que le donataire à cause de mort, impugnant le testament par la plainte d'inefficacité, ne perd pas le fruit de sa donation; L. 5, §. 6, §. 8, & §. 17, ff. de his quæ ut indign. auferuntur.

On peut répondre à la première raison qui sert de fondement à l'opinion contraire, que pour révoquer la donation entre-vifs, il a fallu une loi expresse, à cause de son irrévocabilité; au lieu que cela étoit

14. Résolution pour la négative.

15. Première raison de cette résolution.

16. Cas où la Donation à cause de mort est révoquée de plein droit.

17. La survenance des enfans n'est pas mise au nombre des causes pour lesquelles la Donation à cause de mort est révoquée.

18. Deuxième raison.

19. Les Donations à cause de mort sont comparées aux legs.

20. Les legs ne sont pas révoqués par la survenance des enfans.

21. Troisième raison: les Codicilles ne sont pas rompus par l'agnation d'un posthume.

22. Il en est de même de la Donation à cause de mort, qui subsiste indépendamment du Testament.

23. La Donation à cause de mort, prend sa force du jour de la mort du donateur.

24. Le donataire à cause de

mort ; impu- inutile pour les donations à cause de mort, qu'il est
gnant le Testa- libre au donateur de révoquer quand il veut; en
ment, n'est pas sorte que n'usant pas de la faculté que la loi lui ac-
privé de la Do- corde, il témoigne une persévérance dans la même
nation.

25. Réponse au premier fon- milite pour laisser subsister la donation à cause de
dement de l'o- mort, qui n'a pas été révoquée.
pinion con- La deuxieme se détruit en observant qu'il est inu-
traire.

26. Réponse au deuxieme fon- tile que le mot *donation* s'applique aux donations à
dement. cause de mort, de même qu'aux donations entre-
vifs, parce que cela ne peut être bon que dans une
disposition dont le sens est général, & qui n'est pas
déterminé à une certaine espece de donation ; au
lieu que la loi *Si unquam* fait comprendre par ses
propres paroles, qu'elle ne parle que de la donation
entre-vifs.

27. Réponse au troisieme fon- La même réponse sert à faire voir que la troisieme
dement. raison est tout-à-fait mal appliquée ; car pourquoi
vouloir argumenter des contrats aux dispositions à
cause de mort, tandis que la loi *Si unquam* se borne
aux donations entre-vifs, & qu'il y a disparité de
raison ?

28. Réponse au quatrieme fon- On ne peut pas non-plus employer la présumée
dement. volonté du donateur, parce que s'il n'avoit pas per-
sévéré dans la même volonté, il auroit usé de la
faculté que la loi lui accorde de révoquer la donation
à cause de mort, en la révoquant en effet.

29. Réponse au cinquieme fon- Que les Interprètes aient étendu la disposition de
dement. la loi 35, §. 5, *cod. de donat.* aux donations à cause
de mort, cela ne fait rien, parce que leur extension
n'est pas fondée, & se trouve contraire aux vérita-
bles maximes ; d'ailleurs on ne peut pas tirer un
argument d'une extension pour en faire un autre.

30. Réponse au sixieme fon- Enfin la loi *cum avus*, ni la loi *cum acutissimi*, ne
dement. peuvent point être appliquées au cas présent, parce
que le silence du donateur qui ne révoque pas la
donation, est une preuve de la persévérance dans
la même volonté ; ce qui exclud toute sorte d'argu-
mens qu'on pourroit tirer de la volonté présumée
du donateur.

QUESTION XIII.

1. Si la Donation faite à l'Eglise, ou autre cause pie, est révoquée par la Loi *Si unquam*.

SOMMAIRES.

1. La Jurisprudence du Parlement de Toulouse sur cette Question, n'est pas certaine.
2. Opinion de M. Maynard pour la négative.
3. Opinion de M. de Catellan pour l'affirmative.
4. Raisons pour la négative.
5. La cause pie & les enfans, vont d'un pas égal.
6. Les peres qui entroient dans un Monastere, étoient obligés de réserver au Monastere une portion semblable à celle d'un de leurs enfans.
7. Les Donations faites aux enfans ne sont révoquées qu'à concurrence de la légitime de ceux qui surviennent.
8. Deuxieme raison : le Monastere tient lieu d'enfans, & fait défaillir la condition si sine liberis.
9. Troisieme raison : la copulative est convertie en disjonctive, & vice-versâ en faveur de la cause pie.
10. Quatrieme raison : les legs pieux ne souffrent point la falcidie.
11. Même en concours avec les enfans.
12. Cinquieme raison, tirée de privileges particuliers de la cause pie.
13. Fondement des Auteurs qui tiennent pour l'affirmative.
14. La disposition de la Loi *Si unquam* est générale, & n'excepte personne.
15. La raison fondamentale de la Loi *Si unquam*, milite contre la cause pie.

- 98 QUESTION XIII.
16. Dans le concours, les enfans doivent l'emporter sur la cause pie.
 17. Les biens des parens sont destinés pour les enfans.
 18. Décision de la question par les Canons.
 19. Résolution que la Donation faite à la cause pie, est révoquée par la Loi Si unquam.
 20. Auteurs qui ont tenu cette opinion.
 21. Il n'y a point de différence à faire entre la Donation faite à la cause pie, & celle qui est faite à des particuliers.
 22. Réponse aux deux premières raisons de l'opinion contraire.
 23. Il n'y a point de Loi qui fasse la conversion de la copulative en disjonctive en faveur de la cause pie.
 24. L'exemption de la falcidie n'a rien de commun avec la révocation de la Donation par la Loi Si unquam.
 25. Les Canonistes qui ont ramassé les privilèges de la cause pie, ont parlé pour leur propre intérêt.
 26. Exception du Titre Sacerdotal.
 27. Le Parlement de Toulouse juge que le Titre Sacerdotal n'est pas révoqué par la Loi Si unquam.
 28. Ce qui s'entend lorsqu'il n'excede pas le revenu nécessaire, & fixé par les Ordonnances & l'Usage.

1. La Jurisprudence du Parlement de Toulouse ne paroît pas certaine sur ce point. *M. Maynard*, liv. 5, ch. 41, tient que les donations faites en faveur des Eglises, Hôpitaux, ou autre cause pie, ne sont révoquées qu'à concurrence de la légitime par la survenance des enfans; mais *M. de Catellan*, liv. 5, ch. 8, rapporte un Arrêt qui a jugé qu'une renonciation à un legs de huit cens livres, faite en faveur d'un Hôpital, étoit révoquée par la loi *Si unquam*;

2. Opinion de *M. Maynard* pour la négative. l'une & l'autre de ces deux opinions ne manquent point de défenseurs, ils sont rapportés par *M. Tiraqueau*, sur la loi *Si unquam*, verb. *libertis* 79 & 82.

3. Opinion de *M. de Catellan* pour l'affirmative.

Pour décider avec connoissance quel est le parti le mieux fondé, il faut discuter les raisons & les fondemens de l'un & de l'autre. Pour la négative, on dit premièrement que la cause pie & les enfans vont d'un pas égal, & qu'ils sont également privilégiés; puisque, suivant la *Novelle 123, cap. 38, & l'Authent. si qua mulier, cod. de Sacro-Sanctis Eccles.* le pere ou la mere qui entroient dans un monastere, étoient obligés de réserver une portion virile de leurs biens, eu égard au nombre de leurs enfans, laquelle portion devoit appartenir au monastere; ainsi tout comme les donations faites en faveur des enfans ne sont révoquées par la naissance des autres, qu'à concurrence de la légitime, *L. Si totas, cod. de inoff. donat.* il en doit être de même des donations faites à l'Eglise, ou à la cause pie.

En second lieu, suivant la même *Novelle 123, cap. 37, & l'Authent. nisi rogati, cod. ad Senatufconsult. trebell.* le monastere tient lieu d'enfans, & fait défailir le fidéicommiss dont étoit chargé celui qui y est entré, en cas qu'il décédât sans enfans.

En troisieme lieu, tout comme dans le cas de la loi *Generaliter, cod. de instit. & sublit. & restit. sub condit. factis*, la copulative est convertie en disjonctive, & vice-versâ en faveur des enfans; la même conversion se fait en faveur de l'Eglise ou de la cause pie, suivant *M. Maynard, liv. 5, ch. 41.*

En quatrieme lieu, les legs faits à l'Eglise ou à la cause pie, doivent être payés en entier, sans pouvoir être diminués par la falcidie, *Auth. similiter, cod. ad leg. falcid.* & la loi ne distinguant point sa décision, doit avoir lieu contre les enfans du testateur, de même que contre les étrangers, parce que *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.*

Enfin l'Eglise & la cause pie jouissent d'une infinité de privileges, que *M. Tiraqueau*, dans son fameux traité de *privilegiis piæ causæ*, a ramassés & fort étendus, à la faveur desquels privileges elle mérite d'être tirée des regles communes & ordinaires, & doit toujours être une exception à la regle: elle jouit même, suivant la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, de la même faveur que les loix ont accordée aux enfans, de pouvoir profiter de toutes les libéralités qui leur sont faites dans les testamens imparfaits & autres dispositions qui ne sont pas revê-

4. Raisons pour la négative.

5. La cause pie & les enfans, vont d'un pas égal.

6. Les peres qui entroient dans un Monastere, étoient obligés de réserver au Monastere une portion semblable à celle d'un de leurs enfans.

7. Les Donations faites aux enfans ne sont révoquées qu'à concurrence de la légitime de ceux qui surviennent.

8. Deuxieme raison: le Monastere tient lieu d'enfans, & fait défailir la condition *si sine liberis.*

9. Troisieme raison: la copulative est convertie en disjonctive, & vice-versâ en faveur de la cause pie.

10. Quatrieme raison: les legs pieux ne souffrent point la falcidie.

11. Même en concours avec les enfans.

12. Cinquieme raison, tirée des privileges particuliers de la cause pie.

rues des formalités nécessaires pour leur validité.

13. Fondateurs des Auteurs qui tiennent pour l'affirmative.

Ceux qui tiennent l'affirmative, disent que la loi *Si unquam* étant générale, & ayant été appliquée, par le sentiment des Auteurs & la Jurisprudence des Arrêts, aux donations faites en faveur de toute sorte

14. La disposition de la Loi *Si unquam* est générale, & n'excepte personne.

de personnes étrangères, il n'y a aucune raison d'excepter celles qui sont faites à la cause pie. Que la raison fondamentale de cette loi, prise de ce que celui qui a donné ne l'auroit pas fait, s'il avoit cru

15. La raison fondamentale de la Loi *Si unquam*, milite contre la cause pie.

avoir des enfans, milite contre l'Eglise & la cause pie, de même que contre les personnes particulieres. Que dans le concours des enfans avec la cause pie, le privilege de celle-ci doit être postposé à la faveur des enfans auxquels les biens de leurs descendans sont

16. Dans le concours, les enfans doivent l'emporter sur la cause pie.

déférés par le vœu commun de la nature & des parens, & par un instinct que la nature a elle-même gravé dans les cœurs des peres; L. 7, ff. *si tabularum testam. nullæ extab. undè liberi*; L. 7, ff. *de bonis damnatorum*. Enfin que la question est formellement dé-

17. Les biens des parens sont destinés pour les enfans.

cidée par le canon, *quicumque causâ*, quest. 4, où Saint Augustin, dont les paroles sont rapportées dans ce canon, déclare qu'il ne veut point de biens au

18. Décision de la Question par les Canons.

préjudice des enfans; il est même persuadé qu'on ne trouvera point d'Ecclésiastiques assez injustes pour

19. Résolution que la Donation faite à la cause pie, est révoquée par la Loi *si unquam*.

en accepter au préjudice des enfans; & après avoir rapporté & loué la générosité d'Aurelius, Evêque de Carthage, qui ayant accepté une donation d'un homme qui n'avoit point d'enfans, & n'espéroit pas d'en avoir, rendit les biens au donateur qui avoit eu

des enfans depuis la donation, ajoute que cet Evêque pouvoit se dispenser, *jure fori*, de rendre les biens donnés; mais non pas *jure poli*; c'est-à-dire, suivant la remarque de la Glose, *quâdam naturali æquitate*.

20. Auteurs qui ont tenu pour cette opinion.

Cette opinion nous paroît très-bien fondée, & doit sans doute prévaloir; d'autant mieux qu'elle est appuyée de la décision de presque tous les bons Auteurs qui ont écrit dans ces derniers tems, & même

21. Il n'y a point de différence à faire entre la Donation faite à la cause pie, & celle qui est faite à des particuliers.

des anciens, parmi lesquels on peut compter *Dumoulin*, sur le canon déjà cité; & *Papon* dans son *premier Notaire*, pag. 343, pour les anciens; & pour les modernes, *Ricard*, dans son *traité des donations*, tom. 1, part. 3, n°. 611; *Ferrieres*, sur la coutume de Paris, tit. 13, quest. 3, n°. 1 & 2; *Zoësius*, dans son *commentaire sur le digeste*, tit. de donationibus, n°. 128 & 129; *Peresius*, dans ses *preleçons sur le titre du code de*

Donationibus, n^o. 2; ainsi il n'y a aucune différence à faire entre les donations faites en faveur de la cause pie, & celles qui sont faites en faveur des Laïques ou particuliers.

On peut répondre de deux manieres aux deux premières raisons de l'opinion contraire; car d'un côté, la *Novelle 123*, cap. 38, & l'*Auth. si qua mulier*, cod. de *Sacro-Sanctis Eccles.* ne devoient avoir lieu qu'à l'égard de ceux qui entroient dans des monasteres pour y embrasser l'état Religieux; ce qui est particulier, & ne doit pas être étendu hors de son cas, parce que les privileges ne souffrent point d'extension; & d'autre part tout cela est abrogé en France par une Jurisprudence universellement reçue; & bien loin que ceux qui entrent dans des monasteres soient obligés de leur laisser une portion de leurs biens, toutes les libéralités leur sont défendues, comme le remarquent *Mornac*, sur l'*Auth. ingressi*, cod. de *Sacro-Sanct. Eccles.* *Ricard*, & plusieurs autres Auteurs.

22. Réponse aux deux premières raisons de l'opinion contraire.

Si la copulative, dans le cas de la loi *Generaliter*, est convertie en disjonctive, & *vice-versâ* en faveur de l'Eglise, tout comme en faveur des enfans, il n'y a point de loi ni de constitution canonique qui l'ordonne; ainsi ce ne peut être qu'une extension des privileges de la cause pie, qui ne peut pas être tirée à conséquence; d'ailleurs quand il y auroit raison pour cela, on n'en pourroit tirer aucun argument probable pour notre cas.

23. Il n'y a point de Loi qui fasse la conversion de la copulative en disjonctive en faveur de la cause pie.

Il en est de même de la faveur accordée à la cause pie, de ne souffrir pas la diminution des legs par la falcidie, parce que ce privilege n'a rien de commun avec la révocation des donations, qui se fait par une condition tacite, *si liberos non susceperit*, & par une présomption de droit que la donation n'auroit pas été faite, si le donateur n'avoit prévu qu'il auroit des enfans.

24. L'exemption de la falcidie n'a rien de commun avec la révocation de la Donation par la Loi *Si unquam*.

Pour ce qui est de la cinquieme raison, nous ne saurions y répondre plus efficacement, qu'en employant la réflexion de *Ricard*, au lieu préallégué, qui remarque que tout ce que les Canonistes ont dit à cet égard, ne mérite aucune attention, parce qu'ils ont parlé pour leur propre intérêt, ou craignant, par une foiblesse honteuse, de déplaire à quelques-uns de ceux qui tiennent les premiers rangs dans l'Eglise, ils ont fait un

25. Les Canonistes qui ont ramassé les privileges de la cause pie, ont parlé pour leur propre intérêt.

monstre de la cause pie & des droits Ecclésiastiques, en les comblant de privilèges imaginaires & sans raison, contre la disposition même des canons.

26. Excep-
tion du Titre
Sacerdotal.

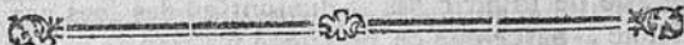
Il faut néanmoins excepter le titre Sacerdotal, lequel étant fait pour une cause publique, & pour la subsistance nécessaire de ceux qui s'engagent dans l'état Ecclésiastique, mérite d'être traitée avec toute sorte de faveur; voilà pourquoi il n'est point révoqué par la survenance des enfans, comme l'ont fort bien observé l'Auteur des additions sur Ricard, au lieu préallégué & Desmaisons, dans ses définitions canoniques, pag. 559, sur le fondement des Arrêts du

27. Le Par-
lement de Tou-
louse juge que
le Titre Sacer-
dotal n'est pas
révoqué par la
Loi *Si unquam*.

Parlement de Paris, rapportés au *Journal des audiences*, tom. 1, liv. 4, ch. 7, & le Parlement de Toulouse le juge de même; toutefois si le titre Sacerdotal excédoit le revenu nécessaire & fixé par les ordonnances & l'usage, le superflu pourroit être retranché, suivant les distinctions que nous avons faites dans

28. Ce qui
s'entend lorf-
qu'il n'excède
pas le revenu
nécessaire, &
fixé par les Or-
donnances &
l'Usage.

nos observations sur l'ordonnance du mois de Février 1731, parce qu'alors la raison qui doit les faire subsister, ne pourroit pas être justement appliquée. Voyez l'article XXXIX de l'ordonnance du mois de Février 1731, qui veut que toutes donations entre-vifs, à quelque titre qu'elles ayent été faites, soient révoquées de plein droit par la survenance d'un enfant légitime du donateur, ou d'un posthume, ou par la légitimation d'un enfant naturel par mariage subséquent, laquelle disposition étant générale, doit être appliquée aux donations faites à l'Eglise, ou autre cause pie.



QUESTION XIV.

I. Si la Donation d'une chose particuliere est révoquée par la Loi *Si unquam*.

SOMMAIRES.

1. Jurisprudence du Parlement de Toulouse sur cette Question pour l'affirmative.
2. Auteurs qui sont de même avis.
3. Auteurs qui ont cru qu'il falloit que la Do-

nation fût de tous les biens, ou de la plus grande partie, pour être révoquée par la Loi Si unquam.

4. *Cette opinion n'a aucune apparence de fondement.*
5. *Explication des mots partem aliquam facultatum.*
6. *Auteurs qui ont cru que la Donation devoit être d'une quotité pour pouvoir être révoquée par la Loi Si unquam.*
7. *En rejetant la deuxieme opinion, le conflit reste entre la premiere & la troisieme.*
8. *La décision de la Question dépend de l'explication des mots vel partem aliquam de la Loi Si unquam.*
9. *Explication de ces mots en faveur de la premiere opinion.*
10. *Le mot pars peut s'entendre d'une partie détachée ou chose particuliere, tout comme d'une quotité.*
11. *Preuves de cette proposition.*
12. *Explication de la Loi 76, ff. de rei vindicat.*
13. *Le mot pars doit être expliqué secundum subiectam materiam.*
14. *La disposition de la Loi Si unquam est favorable.*
15. *Ratio naturalis bona parentum liberis addicit.*
16. *Naturæ simul & parentum commune votum.*
17. *Raisons pour expliquer les mots partem aliquam par une quotité.*
18. *Le mot pars ne s'entend jamais que d'une quotité, quand il est joint avec les biens ou facultés.*
19. *Textes qui prouvent cette proposition.*
20. *Leges legibus concordare promptum est.*
21. 22. *Suite.*
23. *Les Donations entre-vifs sont irrévocables de leur nature.*

24. La Loi Si unquam est exorbitante, & doit être resserrée dans son espece.
25. Cas particulier de la Loi Si unquam.
26. Extension de la Loi Si unquam hors de son cas.
27. On ne doit point admettre l'extension de l'extension.
28. La dernière opinion paroît mieux fondée.
29. Réponse aux fondemens de la dernière opinion.
30. Réponse à la Loi 1, §. 1, ff. de ventre inficiendo.
31. Réponse à la Loi 76, ff. de rei vindic.
32. Réponse aux Loix qui disent que les fruits sont partie du fonds.
33. Les motifs que les Interprètes donnent à la Loi Si unquam, sont imaginaires.
34. Les Romains mettoient la servitude au niveau de la mort.
35. Ils considéroient la liberté comme une chose inestimable.
36. Les esclaves, en recevant la liberté, contractoient des obligations sans bornes en faveur de leurs maîtres.
37. Ils leur devoient les alimens; outre la révérence, les servitudes & les œuvres.
38. Les Patrons avoient part à la succession de leurs affranchis.
39. La Donation faite par le Patron à l'affranchi, étoit un renversement d'ordre.
40. C'est la raison pourquoi elle renfermoit la condition tacite; si liberos non suscepit.
41. La Loi Si unquam a été favorablement accueillie par des considérations d'équité.
42. Il ne faut pas se départir de l'extension qu'on lui a donnée en l'appliquant à toute sorte de personnes.
43. Mais ce seroit contre l'équité de l'étendre à toute sorte de Donations.
44. Considérations dans lesquelles on doit entrer pour savoir si les Donations particulières sont révoquées par la Loi Si unquam.

45. La matiere de la Loi Si unquam est conjec-
turale.

46. Fixation au quart des biens faite par M. le
Premier Président de Lamoignon.

47. Disposition de l'Ordonnance du mois de Fé-
vrier 1731.

¶ A décision de cette question ne souffre aucune
difficulté au Parlement de Toulouse, où l'on
juge que la donation d'une chose particuliere en ar-
gent, ou en fonds, est révoquée par la loi *Si un-*
quam, comme le témoignent *M. Maynard*, liv. 4, ch.
12; *Albert*, verb. (*Donation*) article 2; & *M. de Ca-*
tellan, liv. 4, ch. 41; ce qui est fondé sur le sentiment
de plusieurs autres Auteurs, & notamment de *M.*
le Président Faber, en son code, lib. 8, tit. 38, déf. 9;
Julius-Clarus §. *donatio*, quest. 22, n°. 5, & de ceux
qui sont rapportés par *M. Tiraqueau*, sur la loi *Si un-*
quam, verb. *omnia vel partem aliquam*, n°. 2, 3 & 4.

Plusieurs Auteurs, dont *M. Tiraqueau* fait mention
au lieu préallégué, n°. 7, ont cru que la loi *Si un-*
quam ne pouvoit révoquer les donations, que quand
elles étoient de tous les biens, ou de la plus grande
partie, ou du moins de la moitié; mais cette opinion
n'a aucune apparence de fondement, & paroît for-
mellement contraire aux termes de la loi, où il est
dit *vel partem aliquam facultatum*; car, comme l'a fort
bien remarqué *Ricard*, des donations, tom. 1, part. 3,
n°. 603, le mot *aliquam*, qui se rapporte à cet autre
partem, fait voir ouvertement que la loi parle d'une
partie sans la déterminer; & c'est comme qui diroit
en notre langue, le tout, ou quelque partie; ce qui
ne se renferméroit pas dans la moitié, ou autre plus
grande partie, ainsi que chacun le reconnoît dans
l'usage, qui est le seul Interpréte des paroles; & la
réflexion de cet Auteur est confirmée par la loi 164,
§. 1, ff. de verb. signific.

Les autres ont cru que la donation, pour être su-
jette à la révocation de la loi *Si unquam*, devoit être
d'une partie par forme de quote, comme de la moi-
tié, du tiers, du quart, du cinquieme, du sixieme,
ou autre partie de l'universalité des biens: *Jacques*
Godefroy, sur la loi 3, cod. Theod. de revocand. donat.
les Auteurs rapportés par *M. Tiraqueau*, n°. 13, &
M. Cujas, sur le titre du code de revocand. donationib.

1. Jurispru-
dence du Par-
lement de Tou-
louse sur cette
Question, pour
l'affirmative.

2. Auteurs
qui sont du mê-
me avis.

3. Auteurs
qui ont cru
qu'il falloit que
la Donation
fût de tous les
biens ou de la
plus grande par-
tie, pour être
révoquée par
la Loi *Si un-*
quam.

4. Cette opi-
nion n'a aucune
apparence de
fondement.

5. Explica-
tion des mots
partem aliquam
facultatum.

6. Auteurs
qui ont cru que
la Donation de-
voit être d'une
quotité pour
pouvoir être
révoquée par
la Loi *Si un-*
quam.

font de ce sentiment. Il y a même des Arrêts du Parlement de Paris, rapportés par *Soefve*, tom. 2, centur. 1, ch. 18, & par l'Auteur du journal des audiences, tom. 1, liv. 8, ch. 33, qui ont jugé que la donation d'une chose particuliere n'étoit pas révoquée par la survenance des enfans.

7. En rejetant la deuxième opinion, le conflit reste entre la première & la troisième. En rejetant donc la deuxième opinion, comme visiblement contraire à l'esprit de la loi *Si unquam*, il ne peut y avoir de conflit qu'entre ceux qui prétendent que la donation d'une chose particuliere est révoquée par la survenance des enfans, & ceux qui exigent que la donation soit conçue par forme de quote des biens.

8. La décision de la Question dépend de l'explication des mots *vel partem aliquam* de la Loi *Si unquam*. *M. Tiraqueau*, au lieu préallégué, n^o. 1, 2, 3, 4, 13, & seq. ramene plusieurs raisons, ou pour mieux dire, plusieurs argumens, pour appuyer l'une & l'autre de ces deux opinions; mais comme elles ne nous paroissent pas décisives, & que le point vertical consiste dans l'explication des mots que l'on trouve dans la loi *Si unquam*, *omnia vel partem aliquam facultatum*; c'est à cela uniquement que nous nous attacherons.

9. Explication de ces mots en faveur de la première opinion. On peut donc dire, pour soutenir la première opinion, que les mots *partem aliquam facultatum* ne doivent pas être pris dans cet endroit pour une quote, mais pour une partie telle qu'elle soit; car le mot

10. Le mot *pars* est équivoque, & peut s'entendre ou d'une quote ou d'une partie détachée; c'est-à-dire, d'une chose particuliere, qui, jointe avec l'universalité, fait un tout: cela se prouve par une infinité de textes du droit.

11. Preuves de cette proposition. En effet, lorsque la loi 1, §. 1, de *inspiciendo ventre*, dit que le part est une portion des entrailles de sa mere avant sa naissance, on ne peut pas penser raisonnablement que le mot *portion*, qui est même plus relatif à la quote que le mot *partie*, doive s'entendre d'une partie expliquée par le terme *quote*: on

12. Explication de la Loi 76, ff. de rei vindicat. ne peut pas dire non-plus que quand la loi 76, ff. de rei vindic. décide qu'on doit suivre la même regle à l'égard de la partie, qu'à l'égard du tout, elle entende parler d'une quote, mais seulement d'une région d'un champ. Enfin pour ne pas multiplier les exemples inutilement, si les loix disent que les fruits pendans font partie du fonds, ce n'est pas pour les faire considérer comme une quote du même fonds où ils sont attachés.

De ces exemples il résulte que le mot *pars* qui répond au terme François *partie*, ne signifie pas toujours une quote ; mais son explication doit être prise *secundum subjectam materiam*, & selon que le sens l'exige. Or les mots *partem aliquam* se rapportant au terme *facultatum*, il semble hors de doute qu'une chose particuliere ne fait pas moins partie des facultés qu'une quote ou partie proportionnelle de ces mêmes facultés ; & par conséquent lorsque la loi *Si unquam* ordonne la révocation d'une donation de tous les biens, ou d'une partie des facultés par la survenance des enfans, elle veut que la donation d'une chose particuliere soit révoquée, tout de même que si elle étoit d'une quote.

13. Le mot *pars* doit être expliqué *secundum subjectam materiam*.

A quoi l'on peut ajouter que la disposition de la loi *Si unquam* est infiniment favorable, parce qu'elle tend à la conservation des biens dont le donateur avoit fait libéralité dans un tems auquel il n'avoit point d'enfans ; & pour les faire revenir au donateur par une présomption naturelle, qu'il n'auroit pas fait la donation, s'il avoit cru avoir des enfans ; car, comme le dit la loi 7, ff. de bonis damnator. *ratio naturalis quasi lex quædam tacita liberis parentum hæreditatem addicit* ; ou comme dit la loi 7, ff. si tabulæ testam. *nullæ extabunt*, c'est le vœu commun de la nature & des parens que les enfans recueillent leurs biens, *naturæ simul & parentum commune votum* ; voilà pourquoy ce seroit bleffer les sentimens de la nature, & les vœux de la loi, de présumer que le donateur eût voulu préférer un étranger à ses propres enfans.

14. La disposition de la Loi *Si unquam* est favorable.

15. *Ratio naturalis bona parentum liberis addicit.*

16. *Naturæ simul & parentum commune votum.*

Ceux qui tiennent la dernière opinion, peuvent dire au contraire, que de quelque maniere qu'on considère les mots *vel partem aliquam facultatum*, ils doivent se rapporter nécessairement à une quotité, & à une partie proportionnelle de l'universalité ; car premièrement le mot *pars* ne s'entend jamais dans le droit que d'une quote, quand il est joint avec le mot *biens*, ou *facultés*, ou *hérédité*, & nullement d'une chose particuliere.

17. Raisons pour expliquer les mots *partem aliquam* par une quotité.

18. Le mot *pars* ne s'entend jamais que d'une quotité, quand il est joint avec les biens ou facultés.

Cette proposition pourroit être prouvée par une infinité de textes du droit ; mais il suffira d'en rapporter quelques-uns : on trouve dans la loi

14, ff. si quis omissâ causâ testam. que le mot *pars* ne s'entend pas proprement d'une chose particuliere : *Quamvis*, dit la loi, *non propriè pars hæreditatis in una re intelligatur.*

19. Textes qui prouvent cette proposition.

20. *Leges legibus concordare promptum est.*

Ce texte paroît précis & formel pour déterminer le sens des mots *partem aliquam facultatum*, parce que les ambiguïtés que l'on découvre dans certaines loix, doivent être levées par les principes que l'on trouve dans d'autres loix. *Leges legibus concordare promptum est*, dit la loi unique, *cod. de inoff. dot.* & puisque la loi 14, *ff. si qui omiff. caus. testam.* détermine que le mot *pars* ne doit être entendu que d'une quote, & non d'une chose particuliere, quand il est joint à un terme qui désigne une universalité, on ne sauroit, sans faire violence aux termes, & à l'esprit de la loi *Si unquam*, entendre les mots *partem aliquam* que d'une quote, parce qu'ils sont joints à deux termes qui désignent une universalité; c'est-à-dire, ou avec *bona omnia*, qui précèdent, ou avec *facultatum*, qui est synonyme du terme *bona*; & c'est dans ce sens qu'il est pris dans la loi 10, *ff. qui & à quibus manumiss. lib. non fiunt*, & dans plusieurs autres.

21. Suite.

Le §. *Præterea 10*, *instit. de fideicomm. hæred. & ad Senatusconsul. Trebellian.* détermine encore dans ce sens le mot *partem*, lorsqu'il dit que celui qui veut mourir *ab intestat* peut charger ceux qui doivent recueillir son hérédité, de rendre ses biens, ou une partie, ou une chose particuliere, *ut hæreditatem suam totam, partemve ejus, aut rem aliquam, veluti fundum, hominem, pecuniam, alicui restituat*; ce qui prouve clairement que le mot *partem*, joint à un terme qui désigne l'universalité, s'entend toujours d'une quote, & non d'une chose particuliere; puisque les mots *aut rem aliquam* sont mis dans ce §. pour distinguer la partie ou la quote, d'avec la chose particuliere.

22. Suite.

La loi 164, §. 1, *ff. de verb. signif.* établit encore la même chose d'une maniere à ne souffrir aucun doute; car elle décide que la portion doit s'entendre de la moitié, s'il n'y a pas d'explication qui en détermine le sens à une autre quote; mais il s'entend toujours d'une chose particuliere: on pourroit encore rapporter une foule d'autres textes qui prouvent la même proposition; mais ceux dont nous venons de parler sont plus que suffisans.

23. Les Donations entre-vifs sont irrévocables de leur nature.

En second lieu, les donations entre-vifs étant de leur nature irrévocables, *L. Senatus 35*, §. 3. *L. Seia 42*, §. ult. *ff. de mortis causâ donat.* *L. Aristol 18*, *ff. de donat.* *L. 4*, *cod. de donat. quæ sub modo*,

& L. 5, *cod. de revocand. donat.* la disposition de la loi *Si unquam* est par conséquent exorbitante, & contre les regles du droit commun: on doit donc la renvoyer dans son espece particuliere; c'est-à-dire, quand elle est de tous les biens, ou d'une quote, parce que *eadem est ratio de parte quæ de toto*; L. 76, *ff. de rei vindic.*

En troisieme lieu, la loi *Si unquam* est dans l'espece d'une donation faite par le Patron à ses affranchis: comme le cas est particulier, elle a eu aussi ses raisons & ses motifs particuliers, qui ne conviennent pas aux autres personnes, comme le prouve fort bien Jacques Godefroy, sur la loi 3, *cod. Theodos. de revocandis donationib.* en sorte que si on a fait l'application à toutes les autres personnes, ce n'a été que par une extension contraire à l'esprit & aux motifs de la loi, & aux regles de l'irrévocabilité des donations: on ne doit donc pas, par une nouvelle extension, l'appliquer aux donations d'une chose particuliere, parce que, comme le remarquent les Auteurs, on ne doit point admettre l'extension d'extension; car autrement le progrès n'auroit point de bornes, & seroit infini.

Après avoir bien pesé & bien balancé les raisons de part & d'autre, nous trouvons cette dernière opinion mieux fondée sur le texte de la loi *Si unquam* bien entendue, selon la signification propre des termes dont elle est conçue, & l'on peut facilement répondre aux fondemens de l'opinion contraire. Il est vrai que le mot *pars* est équivoque; & que sa signification doit être déterminée *secundum subjectam materiam*; mais c'est précisément cette raison qui détruit le sentiment de ceux qui veulent appliquer la loi *Si unquam* à la donation d'une chose particuliere, parce qu'il est certain, selon les loix, que le mot *pars*, joint avec un terme qui désigne une universalité, doit toujours s'entendre d'une quote-part, & nullement d'une chose particuliere, qui n'est qu'improprement une partie du tout.

La loi 1, §. 1, *ff. de inspiciendo ventre*, en disant que le part est une portion des entrailles de la mere avant la naissance, n'en parle de cette maniere, que parce qu'il n'en est point séparé, & nullement pour faire comprendre que le part soit une partie integrante, ou comme un membre de son corps; mais

24. La Loi *Si unquam* est exorbitante, & doit être renvoyée dans son espece.

25. Cas particulier de la Loi *Si unquam*.

26. Extension de la Loi *Si unquam* hors de son cas.

27. On ne doit point admettre l'extension de l'extension.

28. La dernière opinion paroît mieux fondée.

29. Réponse aux fondemens de la première opinion.

30. Réponse à la Loi 1, §. 1, *de inspiciendo ventre*.

on les considère comme deux choses distinctes & également principales, suivant la loi 46, ff. de *evictionibus*, qui décide que si une femme esclave a été vendue étant enceinte, si l'enfant qu'elle a mis au monde est évincé à l'acheteur, il ne peut demander aucune garantie à cet égard, *quia partus venditus non est*, dit le Jurisconsulte Paul dans cette loi.

31. Réponse
à la Loi 76, ff.
de *rei vindic.*

La loi 76, ff. de *rei vindic.* est mal appliquée, par deux raisons; la première, qu'elle peut aussi bien être entendue d'une quote, que d'une certaine région d'un champ non proportionnelle, & la deuxième, qu'il ne s'agit dans cette loi que d'une chose particulière, & non pas d'une universalité qui puisse déterminer nécessairement la signification du mot *pars*.

32. Réponse
aux Loix qui
disent que les
fruits sont partie
du fonds.

A l'égard des loix qui disent que les fruits sont une partie du fonds auquel ils sont attachés, on peut y appliquer la même réponse: car le fonds étant une chose particulière, & non pas une universalité, comme sont une hérédité, les biens, les facultés, il n'est pas surprenant que dans cette occasion le mot *pars* ne puisse pas s'entendre d'une quote; d'ailleurs ce n'est qu'improprement que les fruits sont considérés comme une partie du fonds, puisque ce n'est qu'à raison de l'adhésion & de la jonction; mais après qu'ils en sont séparés, ils n'en sont plus partie, & sont d'une autre nature.

33. Les motifs
que les Inter-
prètes donnent
à la Loi *Si unquam*
sont imaginaires.

Du reste, tous les motifs que les Interprètes donnent à la loi *Si unquam*, sont purement imaginaires, & de leur invention; puisque la loi *Si unquam* n'en exprime aucun, & qu'ils sont tirés des loix étrangères, & dont la plupart sont postérieures à la loi *Si unquam*; on voit au contraire que cette loi est exorbitante, qu'elle est contraire à toutes les loix qui établissent l'irrévocabilité des donations entre-vifs; qu'elle est dans une espèce singulière, qui a eu ses motifs particuliers, & qui ne peuvent pas convenir aux autres cas, à cause du rapport intime qu'il y avoit entre le Patron & ses affranchis.

34. Les Ro-
mains met-
toient la servi-
tude au niveau
de la mort.

Les Romains, ce peuple si jaloux de sa liberté, mettoient la servitude au niveau de la mort, *servitutem mortalitati ferè comparamus*; L. 209, ff. de *reg. jur.* & au contraire ils considéroient la liberté comme le plus précieux de tous les biens, *libertas inestimabilis res est*; L. 106, ff. de *reg. jur.* Voilà pourquoi les af-

35. Ils con-
sidéroient la li-

res est; L. 106, ff. de *reg. jur.* Voilà pourquoi les af-

franchis en recevant la liberté, contractoient des obligations sans bornes envers leurs anciens maîtres ; une chose inestimable. outre le respect, la révérence, les services, & œuvres manuelles, ils leur devoient encore les alimens, de même qu'à leurs enfans, quoiqu'ils ne fussent pas héritiers de leur pere. *L. 73, ff. de acquir. hered. L. 1, §. 2, ff. de off. Præs. urbi, L. 41, ff. de oper. libert. L. 6, cod. eod. L. 5, §. 18, 19, & 20, ff. de agnosc. & alend. Lib. tot. tit. ff. de obseq. parentibus & patronis præstandis*, & les Patrons devoient avoir part à la succession de leurs affranchis ; *L. 1, §. 2, & tot. tit. ff. de bonis libert. L. 1, & tot. tit. ff. si quid in fraud. Patroni.*

On pouvoit donc considérer comme une espece de renversement d'ordre, les donations faites par les Patrons en faveur de leurs affranchis ; aussi ne doit-il pas paroître surprenant, si ces sortes de donations renfermoient la condition tacite *si liberos non susceperint* ; mais comme les mêmes raisons ne militent pas hors du cas de la donation faite, par le Patron à ses affranchis, les motifs que les Interprètes attribuent à cette loi, sont tout-à-fait éloignés de son esprit.

Il faut néanmoins convenir que la disposition de la loi *Si unquam* a été favorablement accueillie par les Docteurs & Interprètes du droit Romain par des considérations pleines d'équité, & puisées dans la nature même ; & par conséquent il y auroit de la témérité à vouloir s'élever contre une Jurisprudence reçue, & à soutenir, quelque raison que l'on puisse avoir, qu'elle ne doit pas avoir lieu hors de son cas particulier ; mais à examiner les choses comme nous faisons, selon l'esprit de la loi *Si unquam*, ce seroit donner dans l'extrémité opposée que de l'étendre indistinctement à toute sorte de donations, même contre l'intention de ceux qui les ont faites, & qui ne se feroient pas abstenus de la libéralité, quand même ils auroient eu des enfans.

Voilà pourquoi les Auteurs avoient pensé le plus sagement sur cette matiere, & entr'autres, *M. Mazy-nard, liv. 4, chap. 12 ; Papon, dans son premier No-taire, pag. 344 & 345 ; Ricard, des donations, tom 1, part. 3, n°. 605 ; Ferrieres, sur la coutume de Paris, tit. 13, quest. 3, n°. 5, tom. 3, pag. 1119 ; Zoësius, dans son commentaire, sur le digeste, tit. de donationibus, n°. 123 & 124 ; Peresius, dans ses préleçons, sur*

liberté comme
36. Les es-
claves en re-
cevant la liber-
té, contrac-
toient des obli-
gations sans
bornes en fa-
veur de leurs
maîtres.
37. Ils leur
devoient les ali-
mens, outre la
révérence, les
services & les
œuvres.
38. Les Pa-
trons avoient
part à la succes-
sion de leurs af-
franchis.
39. La Dona-
tion faite par le
Patron à l'af-
franchi, étoit
un renverse-
ment d'ordre.
40. C'est la
raison pour-
quoi elle ren-
fermoit la con-
dition tacite, *si
liberos non sus-
ceperit.*
41. La Loi
Si unquam a été
favorablement
accueillie par
des considéra-
tions d'équité.
42. Il ne faut
pas se départir
de l'extension
qu'on lui a
donnée en l'ap-
pliquant à toute
sorte de per-
sonnes.
43. Mais ce
seroit contre
l'équité de l'é-
tendre à toute
sorte de Dona-
tions.

44. Considérations dans lesquelles on doit entrer pour savoir si les Donations particulières sont révoquées par la Loi *Si unquam*, le titre du code de revocand. donat. n°. 18 & 19, avoient cru qu'on ne pouvoit pas donner une regle certaine sur cette matiere ; qu'il ne falloit pas examiner si la donation étoit d'une quote, ou d'une chose particuliere ; mais qu'il falloit considérer les circonstances, la qualité du donateur, celle du donataire, la liaison & l'amitié qui regne entr'eux, les facultés du donateur, la mesure de la donation, pour découvrir si vraisemblablement le donateur eût fait la donation s'il eût eu des enfans au tems qu'elle a été passée ; si elle est considérable, eu égard aux biens qu'il possédoit, & si regardant le donateur comme une personne prudente, on devoit juger qu'il eût dû vraisemblablement faire la donation, en examinant dans le particulier si c'étoit un proche parent ou un domestique, dont la considération eût pu porter le donateur à exercer la libéralité ; ou bien si la donation étoit de peu d'importance, eu égard à ses biens & à ses facultés ; en sorte que l'existence des enfans ne l'eût pas empêché : c'étoit à notre avis la meilleure regle qu'on pût suivre dans cette matiere, qui n'étant pas fondée sur la disposition expresse de la Loi *Si unquam* est conjecturale.

45. La matiere de la Loi *Si unquam* est conjecturale.

46. Fixation au quart des biens, faite par M. le Premier Président de Lamoignon, avoit cet inconvénient, qu'elle rendoit la décision arbitraire ; mais pour faire cesser cet inconvénient, M. le Président de Lamoignon, dans ses Arrêts au titre des donations, article 50, avoit cru que la donation d'une quote ou d'une chose particuliere, dont la valeur n'alloit pas au quart des biens du donateur au tems de la donation, ne devoit pas être révoquée.

Mais quoi qu'il en puisse être, selon le droit Romain, toutes les difficultés touchant cette question, ont été retranchées par l'article XXXIX de l'ordonnance du mois de Février 1731, qui veut que toutes donations entre-vifs, faites par des personnes qui n'avoient point d'enfans, ou de descendans actuellement vivans dans le tems de la donation, de quelque valeur que les donations puissent être, & à quelque titre qu'elles aient été faites, encore qu'elles fussent mutuelles, rémunératoires, même celles qui auront été faites en faveur de mariage par autres que par les conjoints ou ascendans, demeureront révoquées de plein droit par la survenance d'un enfant, même d'un posthume, ou par la légitimation d'un enfant

enfant naturel par mariage subséquent, & non par aucune autre sorte de légitimation; ainsi les donations seront révoquées à l'avenir par la survenance d'un enfant, ou par la légitimation par mariage subséquent, soit que la donation ait été faite d'une quote, ou d'une chose particuliere, même d'une somme d'argent.

QUESTION XV.

- I. Si la Donation rémunératoire est révoquée par la survenance des enfans.
 - II. S'il est nécessaire que les services soient prouvés.
-

S O M M A I R E S.

1. Cette Question est fort controversée.
2. Auteurs qui tiennent que la Donation rémunératoire est révoquée, en ce qu'elle excède la valeur des services.
3. Distinction si les services peuvent être estimés ou non.
4. Auteurs qui tiennent que la Donation rémunératoire n'est pas révoquée par la Loi Si unquam.
5. Restriction de cette opinion, selon certains Auteurs.
6. Les Donations, en récompense des services inestimables, ne sont pas révoquées par la Loi Si unquam.
7. Textes pour autoriser cette décision.
8. Réflexion de M. de Catellan, pour concilier les différens sentimens des Auteurs.
9. Examen de la Question si les Donations faites en récompense des services estimables, sont révoquées par la Loi Si unquam, en ce qu'elles excèdent la valeur des services.
10. Raisons pour l'affirmative.
11. La Donation rémunératoire n'est réputée telle

- qu'à concurrence de la valeur des services.
12. Donari videtur quod nullo jure cogente conceditur.
 13. A la rigueur, la Donation rénumératoire est une libéralité.
 14. Raisons pour la négative.
 15. La Donation rémunératoire est un payement.
 16. Velut quoddam genus permutationis.
 17. Elle est irrévocable.
 18. Le donateur a fait lui-même l'estimation des services, & a cru, en donnant, qu'ils valoient autant que la chose donnée.
 19. Il ne faut pas entrer dans une nouvelle estimation.
 20. Différence entre l'estimation faite par le donateur & celle qui seroit faite par des Experts.
 21. Résolution de la Question.
 22. Si les services doivent être prouvés.
 23. Distinction de M. Dolive.
 24. La seule déclaration des services, faite par le donateur, ne suffit pas, lorsque le donataire est incapable de la Donation.
 25. Quid si le donataire n'est pas une personne prohibée ?
 26. La qualité des services doit être exprimée en détail.
 27. Opinion de M. Maynard, que l'expression & le détail des services ne rend pas la Donation rémunératoire.
 28. Opinion de Mornac.
 29. Les services futurs ne doivent pas entrer en considération.
 30. Résolution, suivant la distinction de M. Dolive.
 31. La confession du donateur est la preuve la plus certaine.
 32. Après la révocation de la Donation par la Loi Si unquam, le pere peut disposer des biens qui lui sont revenus.
 33. L'énonciation vague des services ne suffit pas.

34. Différence entre l'énonciation vague & le détail des services.

35. Disposition de l'Ordonnance du mois de Février 1731.

Le conflit des raisons & des autorités, & la diversité des Arrêts des Cours supérieures, rendent cette question difficile. Les Arrestographes du Parlement de Toulouse ne sont pas d'accord entre eux, non-plus que ceux qui ont pris le soin de recueillir les Arrêts des autres Parlemens, ni les Interprètes.

M. Maynard, liv. 4, ch. 12, & liv. 6, ch. 61; & M. de Catellan, liv. 4, ch. 41, après Tiraqueau, sur la loi *Si unquam*, verb. *donatione largitus*, n°. 79; Papon, sur la même loi, & plusieurs Docteurs, assurent que la donation rémunératoire est révoquée par la survenance des enfans, en ce qu'elle excède la valeur des services. L'Auteur du neuvieme livre, ajouté aux Œuvres de M. Maynard, distingue au chap. 6 les donations faites pour récompenser des services inestimables, d'avec celles qui sont faites en vue des services qui peuvent recevoir une estimation. Au premier cas il tient que la donation est irrévocable; mais au second cas, elle est révocable pour l'excédant de la valeur des services: par cette distinction, le sentiment de M. Maynard n'est point contredit, mais il est seulement expliqué.

Au contraire, M. Dolive, liv. 4, ch. 7, tient indistinctement que les donations rémunératoires ne sont point révoquées, ni par la survenance des enfans, ni par ingratitude; & M. Louet, lett. D, somm. 52, donne pour maxime, que la loi *Si unquam* n'a pas lieu *donatione remuneratoriâ, & ob causam onerosam*; ce qui est confirmé par les Arrêts des Parlemens de Rouen, & de Bourdeaux, rapportés par Basnage, sur l'article 449 de la coutume de Normandie; & par l'Auteur du journal du Palais, tom. 1 pag. 144, & par la décision de plusieurs Auteurs, & entr'autres, d'Henry Zoesius, dans son commentaire sur le digeste, tit. de *donationib.* n°. 132, & de Peresius, dans ses préleçons sur le titre du code de *revocand. donat.* n°. 23, pourvu, selon ces deux derniers Auteurs, que les services soient d'une nature à mériter une récompense, & à exclure la pure libéralité.

1. Cette Question est fort controversée.

2. Auteurs qui tiennent que la Donation rémunératoire est révoquée en ce qu'elle excède la valeur des services.

3. Distinction si les services peuvent être estimés ou non.

4. Auteurs qui tiennent que la Donation rémunératoire n'est pas révoquée par la Loi *Si unquam*.

5. Restriction de cette opinion, selon certains Auteurs.

6. Les Donations, en récompense des services estimables, ne sont pas révoquées par la Loi *Si unquam*. Les Auteurs ne sont partagés que sur les donations faites en récompense des services qui peuvent recevoir une estimation certaine; car s'ils étoient inestimables, ils conviennent que la donation, quelque considérable qu'elle fût, ne seroit point révoquée par la survenance des enfans, parce que dans ce cas la récompense ne peut jamais excéder les services; & par conséquent il n'y a point de libéralité.

7. Textes pour autoriser cette décision. Cela est fondé sur la décision des loix 8 & 19, §. 1, 27 & 34, §. 1, ff. de donat. Dans l'espece de cette dernière loi, il s'agissoit d'un service rendu, & qui avoit conservé la vie ou la liberté au donateur; & une telle donation est déclarée irrévocable: *hac donatio irrevocabilis est; nam merces eximii laboris appellanda est: quod contemplatione salutis certo modo aestimari non placuit*, dit la loi, selon la lecture d'Haloander, qui est plus exacte que celle de Denis Godefroy; aussi M. de Catellan, au liv. 4, ch. 41, tâche de concilier les différens sentimens des Auteurs, en disant que la décision de ceux qui tiennent que la donation rémunératoire n'est pas révoquée par loi *Si unquam*, doit être entendue, lorsque les services sont d'une nature à ne pouvoir point être estimés, comme sont ceux dont il est parlé dans la loi 34 §. 1, ff. de donat.

8. Réflexions de M. de Catellan, pour concilier les différens sentimens des Auteurs. Mais la donation faite en récompense des services qui peuvent recevoir une estimation certaine, est-elle révoquée, selon l'esprit de la loi *Si unquam*, par la survenance des enfans, en ce qu'elle excède la valeur des services? Ceux qui tiennent l'affirmative, disent, qu'à la vérité la donation rémunératoire n'est pas une libéralité, *non est mera donatio, sed officium remuneratum*. L. Aquilius-Regulus 27, ff. de donationib. mais ce n'est qu'à concurrence de la valeur des services; & pour l'excédent, c'est une pure donation, qui n'a pour objet que la libéralité; ce qui est fondé

9. Examen de la Question 10. Raïsons pour l'affirmative. sur le chapitre 12, extr. de testamentis, dans cet endroit où il est dit, *aliqua justa servitii meritum conferantur*; que ce qui est accordé, sans qu'il y ait aucune obligation antérieure, est regardé comme donné, &

11. La Donation rémunératoire n'est réputée telle qu'à concurrence de la valeur des services. une libéralité; *donari videtur quod nullo jure cogente conceditur*, L. 82, ff. de reg. jur. d'où l'on peut conclure à la rigueur, que même la donation rémunératoire est une libéralité, quand les services ne sont pas d'une nature à produire une action; parce qu'il

12. *Donari videtur quod nul-* pas d'une nature à produire une action; parce qu'il

Il y a point de loi qui oblige civilement à récompenser les autres services; à plus forte raison, ce qui excède la valeur des services doit-il être considéré comme une pure libéralité, que le donateur n'auroit point faite, s'il avoit eu des enfans, ou s'il avoit cru en avoir dans la suite; & cette opinion a pour défenseur le docte M. Cujas, dans ses observations, lib. 5, cap. 5.

Au contraire, ceux qui soutiennent la négative, disent que la donation qui a pour objet la récompense des services rendus par le donataire, est plutôt une satisfaction ou un paiement, qu'une libéralité; c'est une espece d'échange, *velut genus quoddam permutationis*, suivant les expressions du Jurisconsulte Ulpien dans la loi 25, §. 11, *in fine, de hæred. petitione*. Voilà pourquoi elle est irrévocable, aux termes de la loi 34, §. 1. *ff. de donat.* que le donateur n'ayant pas pour objet de faire une libéralité, mais de récompenser les services qu'il avoit reçus du donataire, il en a fait lui-même l'estimation, & a jugé que ces services valoient autant que la chose donnée. Voilà pourquoi il n'est pas naturel d'entrer dans une nouvelle discussion, pour savoir si les services sont d'une valeur égale à celle des biens donnés par proportion géométrique; parce qu'autre chose est une estimation de cette nature, qui peut être faite par des Experts; autre chose est l'estimation que le donateur fait lui-même par rapport à la mesure du plaisir que lui ont causé les services, selon les différentes circonstances où il pouvoit se rencontrer, & aux mouvemens de reconnoissance qu'ils ont excité dans son cœur; car il y a des services qui ne paroissent rien, ou qui du moins seroient estimés peu de chose par des Experts, lesquels sont néanmoins considérés comme très-importans, & même d'une valeur inestimable, selon les circonstances particulières, la maniere, ou la bonne grace de celui qui les a rendus, & la sensibilité ou la générosité du donateur.

Cette réflexion, qui n'a point été touchée par les Auteurs, & qui sert de réponse aux fondemens de l'opinion contraire, semble décisive, aux termes de la loi *Si unquam*, en faveur de ceux qui croient que les donations rémunératoires sont indistinctement irrévocables; cependant il paroît plus convenable de

- 10. *lo jure cogente conceditur.*
- 13. A la rigueur, la Donation rémunératoire est une libéralité.
- 14. Raisons pour la négative.
- 15. La Donation rémunératoire est un paiement.
- 16. *Velut quoddam genus permutationis.*
- 17. Elle est irrévocable.
- 18. Le donateur a fait lui-même l'estimation des services, & a cru, en donnant, qu'ils valoient autant que la chose donnée.
- 19. Il ne faut pas entrer dans une nouvelle estimation.
- 20. Différence entre l'estimation faite par le donateur, & celle qui seroit faite par des Experts.

21. Résolution de la Question.

recourir à la raison fondamentale, & qui doit servir de guide dans cette matière, pour la résolution de notre difficulté; savoir, qu'il faudroit examiner la qualité des services, la faculté des biens du donateur, la mesure de la donation, pour découvrir l'intention vraisemblable du donateur, & s'il eût fait la donation, s'il avoit eu des enfans, ou s'il avoit espéré d'en avoir dans la suite; auquel cas il n'y auroit pas lieu de retrancher l'excédant de la valeur des services; mais il en seroit autrement, si l'on pouvoit conjecturer par les circonstances, que la donation n'eût pas été faite, si le donateur *cogitasset de liberis*; parce que la loi *Si unquam*, par l'interprétation qui a été généralement reçue, est fondée sur cette conjecture; & c'est le sentiment de *Franchineus*, lib. 3, *Controversiar. cap. 89.*

22. Si les services doivent être prouvés.

23. Distinction de M. Douville.

24. La seule déclaration des services faite par le donateur, ne suffit pas, lorsque le donataire est incapable de la Donation.

25. *Quid si le donataire n'est pas une personne prohibée?*

26. La qualité des services doit être exprimée en détail.

27. Opinion de M. Maynard, que l'expression & le détail des services ne rend pas la donation rémunératoire.

28. Opinion de Mornac.

Al'égard de la deuxième difficulté, qui roule sur la preuve des services, *Papon dans son premier Notaire*, pag. 346, 347 & 348, l'a traité fort au long, & distingue plusieurs cas. *M. Dolive*, liv. 4, ch. 7, la résout par cette distinction; ou les donations se trouvent faites à ceux que les loix prohibent de gratifier de nos libéralités, ou elles sont conférées à ceux qui

les peuvent recevoir valablement: au premier, il ne suffit pas de la déclaration du donateur touchant les services, & leur expression est considérée comme une couleur industrieusement recherchée pour donner de la force à un acte qui ne peut pas subsister par lui-même: au deuxième cas, cette présomption cessant, on s'arrête à la déclaration, tout de même

que si la preuve des services étoit rapportée d'une autre manière; ce qu'il faut néanmoins entendre, suivant le même Auteur aux additions, pourvu que la qualité des services soit exprimée en détail; car

une simple confession vague, sans une expression particulière des services, ne suffiroit pas pour faire regarder la donation comme rémunératoire.

M. Maynard, liv. 6, ch. 61, croit au contraire que l'expression, & le détail des services, fait dans l'acte de donation, ne suffit pas pour la faire regarder comme une donation rémunératoire; mais il faut qu'ils soient prouvés d'ailleurs; il est vrai que dans ce cas, cet Auteur n'exige pas une preuve exacte.

Mornac, sur la loi *Si pro parte* 10, §. *Si Domini*, ff. *de in rem verso*, soutient que, suivant l'usage, l'énon-

ciation vague de services rendus, fuffit; mais il dit en même tems qu'on ne doit pas faire entrer en confidération les services futurs, & que le donateur efpere recevoir; ce qui est vrai, touchant les services à venir.

29. Les services futurs ne doivent pas entrer en confidération.

La diftinction de *M. Dolive* paroît préférable aux fentimens de *M. Maynard* & de *Mornac*. Premièrement, parce que quand les services font énoncés & fpecifiés, ils font fuffifamment prouvés par la propre confeffion du donateur, qui eft de toutes les preuves la plus certaine, & la moins fufpecte, furtout ne s'agiffant que du feul intérêt du donateur, & nullement de celui des enfans, qui ne font que la condition réfolutive, les biens devant revenir au donateur, fuivant la loi *Si unquam*; voilà pourquoi le donateur a la liberté d'en difpofer au préjudice de fes enfans, comme le décide fort bien *Ferrieres*, fur la *question 428 de Guipape*. 2. L'énonciation vague des services n'ayant rien de positif ni de certain, elle doit être confidérée comme une couleur induftrieufement recherchée pour donner le caractère d'irrévocabilité à la donation; & il y a cette différence entre l'énonciation vague & celle qui détaille les services, que la première eft fufpecte de faux, au lieu qu'on ne peut pas dire la même chofe de l'autre; ainfi celle-ci fubfifte par elle-même, mais l'autre a befoin de preuve.

30. Réfolution, fuivant la diftinction de *M. Dolive*.

31. La confeffion du donateur eft la preuve la plus certaine.

32. Après la révocation de la donation par la Loi *Si unquam*, le pere peut difpofer des biens qui lui font revenus.

33. L'énonciation vague des services ne fuffit pas.

34. Différence entre l'énonciation vague & le détail des services.

Depuis que nous avons écrit ceci, eft intervenue l'ordonnance du mois de Février 1731, qui a déclaré par l'article XXXIX, que les donations rémunératoires feroient à l'avenir fujettes à la révocation par la furvenance des enfans; voilà pourquoi, à moins que les services ne fuffent d'une telle nature que le donataire eût une action pour pouvoir en demander la valeur en jugement, la donation rémunératoire feroit révoquée; nous croyons même que, fuivant l'efprit de cette même loi, la donation devoit être révoquée, en ce qu'elle excéderoit la valeur des services pour lesquels le donataire avoit une action pour pouvoir en faire demande. Il faut favoir ce que nous avons obfervé fur cet article, & fur l'article XX de la même Ordonnance.

35. Difpofition de l'Ordonnance du mois de Février 1731.

QUESTION XVI.

1. Si l'enfant justement exhérédé, ou mort civilement, donne lieu à la révocation de la Donation par la Loi *Si unquam*.

SOMMAIRES.

1. La Question n'est pas décidée par les Arrêts ni par les Auteurs du Parlement de Toulouse.
2. Auteurs qui décident pour la négative.
3. Première raison.
4. Deuxième raison.
5. Troisième raison.
6. Quatrième raison.
7. Résolution pour la négative.
8. Fondemens de cette décision.
9. La condition résolutive arrivant par la naissance d'un enfant, elle détruit la Donation de plein droit.
10. Les enfans ne sont pas l'objet de la révocation, mais la condition seulement.
11. L'intérêt des enfans n'y entre pour rien.
12. Les biens donnés reviennent au donateur, & non aux enfans survenus.
13. La condition résolutive opere son effet, dès aussi-tôt qu'elle arrive.
14. L'exhérédation ou la mort civile des enfans, ne rétablit pas la Donation révoquée, non plus que leur prédécès.
15. La naissance d'un enfant met les choses au même état où elles étoient avant la Donation.
16. Réponse à la quatrième raison de l'opinion contraire.
17. Différences entre l'incapacité des enfans survenue, & le défaut de naissance, quoiqu'ils soient conçus.

18. La condition résolutive n'arrive pas par la conception, mais seulement par la naissance des enfans.
 19. L'enfant conçu peut ne pas venir à bon port.
 20. Conclusion.

CETTE question n'est pas décidée par les Arrêts, ni par les Auteurs du Parlement de Toulouse ; Ricard dans son traité des donations, tom. 1, part. 3, n°. 646 ; & Ferrieres sur la coutume de Paris, tit. 13, §. 5, quest. 5, n°. 5, col. 1137, la décident pour la négative : ils se fondent, 1. sur ce que la loi *Si unquam* n'emporte pas exécution par elle-même, & ne révoque pas la donation de plein droit. 2. Que les enfans sont l'unique objet de la révocation ; en sorte que n'étant pas capables de recueillir les biens donnés, lorsqu'ils ont été légitimement exhéredés, ou qu'ils sont morts civilement, la raison de la loi cessant, sa décision doit cesser. 3. Que l'équité milite absolument pour le donataire, en ce que les choses sont dans le même état où elles étoient avant la donation, à cause de l'incapacité de l'enfant exhéredé, ou mort civilement. 4. Que comme le pere ne peut pas agir pour demander la révocation de la donation, avant que l'enfant conçu ne soit né, il faut dire la même chose lorsqu'il est né, & qu'il est incapable de recueillir les biens donnés.

Ces raisons sont plus spécieuses que solides, & nous croyons qu'elles ne sont pas d'un assez grand poids pour empêcher de décider le contraire ; car premièrement, tous les Auteurs ont cru unanimement que la loi *Si unquam* renferme une condition tacite & légale, que si le donateur a des enfans, la donation sera résolue ; & , suivant cette interprétation, le Législateur a cru qu'il n'étoit pas vraisemblable que celui qui a donné n'ayant point d'enfans, l'eût fait, s'il avoit cru en avoir.

Quand donc la condition arrive par la naissance d'un enfant, elle détruit & anéantit la donation, parce que c'est l'effet des conditions, d'anéantir ou de réduire *ad non causam* les contrats qui en dépendent ; *L. necessario 8, ff. de periculo & commod. rei venditæ, L. 2, ff. de in diem addiitione* ; & par conséquent la naissance de l'enfant survenu après la donation, la détruit, sans qu'il soit besoin d'autre révo-

1. La Question n'est pas décidée par les Arrêts, ni par les Auteurs du Parlement de Toulouse.
 2. Auteurs qui décident pour la négative.
 3. Première raison.
 4. Deuxième raison.
 5. Troisième raison.
 6. Quatrième raison.
 7. Résolution pour la négative.
 8. Fondemens de cette décision.
 9. La condition résolutive arrivant par la naissance d'un enfant, elle détruit la Donation de plein droit.

cation que celle de la loi, qui par le mot *revertatur* fait revenir de plein droit les choses données, au pouvoir du donateur.

10. Les enfans qui surviennent ne sont pas l'objet de la révocation, mais la condition seulement.

11. L'intérêt des enfans n'y entre pour rien.

12. Les biens donnés reviennent au donateur, & non aux enfans survenus.

13. La condition résolutive opere son effet de plein droit, dès aussi-tôt qu'elle arrive.

14. L'exhérédation ou la mort civile des enfans, ne rétablit pas la Donation révoquée, non plus que leur prédécès.

15. La naissance d'un enfant, met les choses au même état où elles étoient avant la Donation.

En second lieu, il s'en faut bien que les enfans ne soient l'objet de la révocation; car il est bien vrai que les enfans qui naissent après la donation, sont comme la condition qui fait résoudre la donation; mais leur intérêt & leur faveur particulière n'y entrent pour rien: cela se prouve par les termes de la loi *Si unquam, cod. de revocandis donat.* qui fait revenir les biens, non aux enfans, mais bien au donateur, pour en jouir & disposer à son gré, *totum quidquid revertatur in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum*; ce qui prouve que les enfans qui surviennent ne sont pas plus considérés pour ce qui concerne leur intérêt particulier, que les enfans qui sont simplement dans la condition, & qui n'empêchent pas que leur pere ne puisse disposer des biens comme il trouve à propos, quoique leur naissance fasse défaillir le fidéicommiss, dont leur pere étoit chargé en cas de décès sans enfans.

En troisième lieu, la naissance des enfans étant la condition résolutive de la donation, qui opere son effet dès aussi-tôt qu'elle arrive, on ne peut pas dire, sous prétexte que les enfans survenus sont incapables par l'exhérédation, ou la mort civile, de recueillir les biens donnés, que les choses soient dans le même état où elles étoient lors de la donation, & que l'équité milite en faveur du donataire, parce que l'événement de la condition résout & anéantit la donation, & la fait considérer comme non-avenue; en sorte qu'il importe peu que les enfans soient capables ou incapables, qu'ils recueillent les biens donnés, ou que le pere en dispose en faveur d'un étranger, parce que, comme nous l'avons observé plus haut, le retour des biens n'est pas ordonné en faveur des enfans, mais bien en faveur du donateur; cependant, afin que les choses fussent au même état où elles étoient lors de la donation, il faudroit que le retour des biens eût été ordonné uniquement en faveur des enfans, au lieu que la loi en dispose tout autrement; mais lorsqu'il survient un enfant au donateur, les choses sont mises au même état où elles étoient avant la donation, qui est regardée comme non-avenue, à cause de l'événement

de la condition résolutive, qui la détruit de plein droit; & c'est une regle que le Parlement de Toulouse suit constamment dans l'usage, lorsqu'il s'agit de décider si la donation révoquée par la survenance des enfans, reprend sa force par leur décès, avant que l'action révocatoire ne fût intentée.

En quatrieme lieu, il est vrai que le pere ne peut pas agir pour faire déclarer la donation révoquée par la loi *Si unquam*, quoique la femme soit enceinte; mais il faut qu'il attende la naissance de l'enfant; cependant on n'en peut pas conclure qu'il en soit de même, lorsque les enfans qui sont survenus sont incapables de recueillir les biens de leur pere par l'exhérédation ou la mort civile, parce qu'il y a plusieurs raisons de différence; la premiere, que la loi *Si unquam* n'ordonne pas le retour des biens donnés, dès aussi-tôt que les enfans sont conçus, mais seulement lorsqu'ils sont nés; voilà pourquoi il faut attendre la naissance avant laquelle la condition résolutive n'étant pas encore arrivée, le donateur n'a aucune action pour redemander les biens donnés; la deuxieme, qu'il peut arriver que l'enfant conçu ne viendra pas à bon port, & que la condition manquera, parce que le part conçu & qui ne naît pas en vie, est regardé comme s'il n'avoit jamais été conçu, *qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur: quia numquam liberi appellari potuerunt*, L. 129, ff. de verb. signif.

Et par toutes ces raisons, nous concluons que la donation est révoquée par la naissance des enfans, sans qu'il soit nécessaire de s'enquérir s'ils sont morts ou vivans, capables ou incapables de recueillir les biens donnés, lorsque l'action en révocation de la donation est intentée. Nous pouvons encore appuyer notre sentiment sur l'article XXXIX de l'ordonnance du mois de Février 1731, qui déclare les donations révoquées de plein droit par la survenance d'un enfant, & par l'article XLIII de la même ordonnance, qui veut que les donations ainsi révoquées, ne pourront revivre ou avoir de nouveau leur effet, ni par la mort des enfans du donateur, 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 qui a donné lieu à la révocation, il ne le pourra faire que par une nouvelle disposition.

16. Réponse à la quatrieme raison de l'opinion contraire.

17. Différence entre l'incapacité des enfans, survenue après leur naissance, & le défaut de naissance, quoiqu'ils soient conçus.

18. La condition résolutive n'arrive pas par la conception, mais seulement par la naissance des enfans.

19. L'enfant conçu peut ne pas venir à bon port.

20. Conclusion.

QUESTION XVII.

- I. Si les enfans nés d'un mariage nul, par l'incapacité de l'un des contractans, & qui sont légitimes à cause de la bonne foi de l'un des mariés, donnent lieu à la révocation de la Donation par la Loi *Si unquam*.
- II. *Quid* des enfans légitimés *per subsequens matrimonium*, après la Donation ?

S O M M A I R E S.

1. Les seuls enfans légitimes révoquent la Donation par la Loi *Si unquam*.
2. Disposition de la Coutume de Normandie.
3. La naissance des enfans ne révoque pas la Donation, si le donateur en avoit, lorsqu'il a donné.
4. Deux difficultés qui naissent de ces deux maximes.
5. Première difficulté.
6. La bonne foi de l'un des conjoints, rend les enfans légitimes, quoique le mariage soit nul.
7. Si la naissance des enfans qui sont réputés légitimes, nonobstant la nullité du mariage, révoquent la Donation par la Loi *Si unquam*.
8. Les enfans légitimés par le mariage subséquent, révoquent la Donation.
9. Distinction de plusieurs cas.
10. Premier cas : des enfans d'un Religieux Profès.
11. Raison pour la révocation de la Donation faite avant la Profession.
12. Résolution pour la négative.
13. La Profession Religieuse produit la mort civile, qui confirme irrévocablement toutes les dispositions.
14. La Profession Religieuse fait ouvrir la succession, de même que la mort naturelle.

15. Les enfans du Religieux, quoique réputés légitimes, ne peuvent recueillir que les biens acquis par leur pere depuis son mariage.
16. Deuxieme cas: des enfans d'un Prêtre qui s'est marié après la Donation.
17. Raisons pour l'affirmative.
18. Résolution pour la négative.
19. Premiere raison.
20. Deuxieme raison.
21. Troisieme raison.
22. Quatrieme raison.
23. Troisieme cas: des enfans de celui qui s'est marié, connoissant l'empêchement dirimant.
24. Raisons pour l'affirmative.
25. Résolution pour la négative.
26. Quatrieme cas: dans l'espece de l'Arrêt de Martin Guerre.
27. Résolution pour la négative.
28. Cinquieme cas: des enfans nés d'un mariage nul, tandis que les conjoints ignoroient l'empêchement dirimant.
29. Décision pour la révocation de la Donation par la Loi Si unquam.
30. Sixieme cas: des enfans d'un homme qui se remarie de bonne foi, croyant sa femme morte, & vice-versâ.
31. Résolution pour l'affirmative.
32. Raisons de la décision.
33. Septieme cas: des enfans d'une personne condamnée à mort.
34. Décision pour la négative.
35. Raisons de cette décision.
36. Huitieme cas: des enfans d'une femme mariée de bonne foi à un Religieux Profès ou Prêtre, & autre personne incapable.
37. Décision pour l'affirmative.
38. Raisons de cette décision.
39. Les Questions sur cette matiere, doivent être décidées sur la bonne ou mauvaise foi du donateur.
40. Examen de la deuxieme difficulté.

41. La légitimation des enfans révoque la Donation faite avant leur naissance.
42. Raisons de cette décision. *Matrimonium subsequens omnia præcedentia purgat.*
43. Quid si la naissance des enfans précède la Donation ?
44. Auteurs qui ont décidé pour la négative.
45. Raisons alléguées par Dumoulin.
46. Autres raisons.
47. La Loi *Si unquam* n'a pas lieu quand le donateur a des enfans au tems de la Donation.
48. L'amour paternel ne prend pas sa source dans la légitimation, mais dans la nature & le sang.
49. Le mariage subséquent ne peut pas ôter un droit acquis avant la naissance du bâtard.
50. *Fictio fictionis non est.*
51. Si la naissance du bâtard a un effet rétroactif au jour de la légitimation.
52. La naissance ne peut pas revenir au jour de la légitimation.
53. La naissance a son terme fixe & immuable.
54. La légitimation n'ajoute rien à la filiation.
55. La qualité de pere ne reçoit point d'accroissement par la légitimation.
56. *Jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt.*
57. Le pere peut prévoir le cas de la légitimation, *per subsequens matrimonium.*
58. Les mots de la Loi *Si unquam susceperit liberos*, ne s'entendent que de la véritable naissance.
59. La légitimation ne peut pas se joindre à la naissance, ni la naissance à la légitimation, au préjudice du droit acquis à un tiers, *medio tempore.*
60. Le droit d'un tiers empêche la jonction des deux extrêmes.
61. Dans les conditions on ne considère que le pur fait, & non les fictions.
62. Il en est autrement, si la naissance & la lé-

gitimation per subsequens matrimonium, viennent après la Donation.

63. Les Arrêts ont jugé pour l'affirmative; mais l'opinion contraire est plus conforme au Droit Romain.
64. Si l'on suit les préjugés, il faut y apporter trois exceptions.
65. Première exception: lorsque le mariage a été contracté clandestinement.
66. Deuxième exception: lorsqu'il est célébré à l'Article de la mort.
67. Fondemens de cette exception.
68. Des enfans légitimés par le mariage contracté à l'article de la mort.
69. Ces enfans sont considérés comme bâtards, quant à la faculté de succéder.
70. Arrêt contraire du Parlement de Paris.
71. Cet Arrêt paroît contraire à l'Ordonnance de 1639.
72. Les enfans qui ne sont pas capables de succéder au moment de la légitimation ou de la naissance légitime, ne révoquent pas les Donations par la Loi Si unquam.
73. Troisième exception: des enfans de celui qui s'est marié après avoir été condamné à mort.
74. Cette exception devoit cesser, si le condamné avoit été rétabli avant sa mort naturelle.

Tous les Auteurs demeurent d'accord, & c'est une maxime reçue dans l'usage, & par la Jurisprudence de tous les Tribunaux, que la survenance des enfans ne résout les donations que quand ils sont nés de légitime mariage: quoique la loi *Si unquam* ne l'ait point dit expressément, on l'a néanmoins expliquée de la sorte. La coutume de Normandie, dans l'article 449, l'a déclaré en ces termes: *donation faicte d'héritage par homme ou femme, n'ayant enfans, peut être révoquée par le donateur, avenant qu'il ait enfans procréés en loyal mariage.*

C'est encore une autre maxime également reçue & approuvée par les Auteurs & dans l'usage, que la donation faite par une personne qui a des enfans,

1. Les seuls enfans légitimes révoquent la Donation par la Loi *Si unquam*.

2. Disposition de la Coutume de Normandie.

3. La naissance des enfans ne révoque pas

la Donation, n'est point révoquée par la naissance des autres enfans qui lui surviennent après la donation ; la loi *Si en avoit, lorsqu'il a donné.* *unquam*, par ces paroles *filios non habens*, exige que le donateur n'ait point d'enfans ; & le même article de la coutume de Normandie que nous venons de rapporter, le prouve clairement par ces mots, *n'ayant enfans*, qui ont été pris de la loi *Si unquam*.

4. Deux difficultés qui naissent de ces deux maximes.

5. Première difficulté.

6. La bonne foi de l'un des conjoints, rend les enfans légitimes, quoique le mariage soit nul.

7. Si la naissance des enfans qui sont réputés légitimes, nonobstant la nullité du mariage, révoque la Donation par la Loi *Si unquam*.

8. Les enfans légitimés par le mariage subséquent, révoquent la Donation.

9. Distinction de plusieurs cas.

De ces deux maximes naissent les deux difficultés que nous avons résolu d'éclaircir dans cet endroit.

A commencer par la première, il est certain que, quoique le mariage soit nul, à cause de quelque empêchement dirimant, ou de l'incapacité de l'un des contractans, comme s'il est Prêtre, Religieux Profès, ou marié à un autre, néanmoins la bonne foi de l'autre conjoint suffit pour rendre légitimes les enfans qui sont procréés de ce mariage nul, avant d'être déclaré tel, & ils sont aussi capables de recueillir les biens de leurs père & mère, de la même manière que si le mariage étoit légitime. *Cap. 2, cap. 8, & cap. 14, extr. qui filii sint legitimi.* La Glose sur le chapitre 14, qui dit : *Ex hoc patet quod sufficit bona fides alterius parentis ut filii dicantur legitimi.* *M. Maynard, liv. 4, ch. 6; Mornac, sur la loi dernière, §. 1, ff. de condit. sine causa, & sur la loi 57, §. 1, ff. de ritu nupt. M. de Cambolas, liv. 6, ch. 1; Corras sur l'Arrêt de Martin Guerre; Benedicci, sur le chapitre Raynutius, & plusieurs autres.*

Il semble qu'on puisse conclure de ce principe ; que la nullité du mariage n'étant pas un obstacle qui empêche la légitimité des enfans, leur naissance doit révoquer, par le bénéfice de la loi *Si unquam*, les donations faites auparavant par leurs père ou mère ; parce que les Interprètes & les Arrêts n'exigent autre chose que la légitimité des enfans, quand même leur origine seroit vicieuse ; car c'est une Jurisprudence certaine, que les enfans bâtards lors de leur naissance, & qui deviennent légitimes par le mariage subséquent de leurs père & mère, révoquent les donations faites auparavant, comme nous l'expliquerons dans la suite.

Quoiqu'on puisse prendre pour règle générale sur cette matière, la bonne foi du donateur qui se marie, toutefois on ne peut pas décider la question en thèse ; mais il faut distinguer plusieurs cas, & les discuter en particulier.

Posons

Posons donc le premier cas d'un Religieux Profès, qui a fait une donation avant sa profession, & qui ayant quitté le monastere, s'est ensuite marié avec une femme qui ignoroit son état, & a plusieurs enfans; ces enfans révoqueront-ils la donation faite par leur pere avant sa profession? Il semble d'abord qu'il faut décider pour l'affirmative, parce qu'il n'y a point de doute que la bonne foi de la mere ne doive faire déclarer légitimes les enfans nés d'un tel mariage, quoiqu'illégitime & réprouvé; & par conséquent ils ont la qualité essentielle pour révoquer la donation; savoir, la légitimité qui les rend capables de recueillir les biens de leur pere, de même que ceux de leur mere.

Cependant il faut tenir pour la négative avec M. de Cambolas, liv. 6, ch. 1, par cette raison, que la profession religieuse qui produit une mort civile, confirme irrévocablement, de même que la mort naturelle, toutes les dispositions entre-vifs, ou de dernière volonté, qui avoient été faites par le religieux avant sa profession; & que par conséquent la loi *Si unquam* ne peut pas y être appliquée; d'autant mieux que la succession étant ouverte par l'entrée en religion, de même que par la mort naturelle, suivant notre droit François, & l'article XXVIII de l'ordonnance de Blois, laquelle est observée dans l'usage, comme le témoignent M. Maynard, liv. 7, ch. 18; Denys Lebrun, des successions, liv. 1, ch. 1, sect. 3, & plusieurs autres; les enfans du religieux, quoique déclarés légitimes, ne peuvent recueillir que les biens acquis par leur pere depuis son mariage, & qu'il avoit au tems de sa mort naturelle, & nullement ceux qui avoient été déférés *ab intestat*, ou par disposition au moment de la profession, lesquels demeurent à ceux qui les avoient recueillis.

Le deuxieme cas est du Prêtre, qui après avoir fait donation, s'est marié avec une personne qui ignoroit son état, & qui a eu des enfans qui sont réputés légitimes, à cause de la bonne foi de leur mere. Il renferme une plus grande difficulté que celui du Religieux Profès, parce qu'on ne peut pas y appliquer les raisons décisives, qui sont prises de ce que la profession religieuse emporte une mort civile, qui opere les mêmes effets quant aux biens, que la mort naturelle, & la raison tirée de la légitimité

10. Premiers cas: des enfans d'un Religieux Profès.

11. Raisons pour la révocation de la Donation faite avant la Profession.

12. Résolution pour la negative.

13. La Profession Religieuse produit la mort civile qui confirme irrévocablement toutes les dispositions.

14. La Profession Religieuse fait ouvrir la succession, de même que la mort naturelle.

15. Les enfans du Religieux, quoique réputés légitimes, ne peuvent recueillir les biens acquis par leur pere depuis son mariage.

16. Deuxieme cas: des enfans d'un Prêtre qui s'est marié après la Donation.

17. Raisons pour l'affirmative.

des enfans & de leur capacité pour recueillir les biens de leur pere, milite dans toute sa force; voilà pourquoi il semble qu'il n'y ait point de doute que leur naissance doit révoquer la donation par le bénéfice de la loi *Si unquam*.

18. Résolution pour la négative. Mais il y a lieu de décider le contraire, parce que la loi *Si unquam* ne peut pas recevoir une juste application à ce cas extraordinaire, par plusieurs raisons; la première, parce que cette loi ordonne le retour des biens, non aux enfans, mais bien au donateur, qui profiteroit de sa mauvaise foi en contractant un mariage illicite & réprouvé, si la naissance de ses enfans étoit considérée à son égard comme une condition résolutive de la donation; car cette condition doit toujours s'entendre, lorsque les enfans naissent d'un mariage licite & permis, ou tout au plus d'un mariage contracté avec bonne foi de la part des deux conjoints qui ignoroient l'empêchement; ce qu'on ne peut pas dire d'un Prêtre qui se marie, connoissant que par son état le mariage lui est interdit; la deuxième, que la raison de la loi *Si unquam* ne peut pas s'y appliquer, parce que le Prêtre ne pouvant pas légitimement se marier, on ne peut pas dire qu'il n'auroit pas fait donation, s'il avoit cru avoir des enfans légitimes, parce qu'il ne pouvoit avoir une telle pensée, sans tomber dans un crime énorme; & par conséquent la raison fondamentale de la loi cessant, sa disposition doit cesser; la troisième, que ce n'est que par une faveur toute particulière pour les enfans, & contre la rigueur des regles, qu'ils sont réputés légitimes dans ce cas; & par conséquent la légitimité ne doit pas préjudicier au droit acquis à des tierces personnes; enfin la quatrième, que le retour des biens donnés se faisant de plein droit en faveur du donateur, dès le moment de la naissance du premier enfant survenu, il ne faut considérer que la personne du donateur, & non celles des enfans qui ne peuvent profiter des biens que du chef & en qualité d'héritiers de leur pere, le concours ne roulant qu'entre le donateur qui est infiniment odieux, comme criminel; & le donataire qui est au contraire favorable, comme exempt de crime; la faveur du donataire doit l'emporter, & s'oppose au retour, d'autant mieux qu'on ne doit jamais tirer avantage de son crime, ni de ses effets.
19. Première raison,
20. Deuxième raison,
21. Troisième raison,
22. Quatrième raison,

Le troisieme cas est, lorsque celui qui a fait la donation, se marie, nonobstant la connoissance qu'il avoit d'un empêchement dirimant, qui rendoit le mariage nul, lequel empêchement étoit ignoré par l'autre conjoint; les enfans procréés de ce mariage révoqueront-ils la donation faite avant leur naissance? Nous avons remarqué ci-dessus, que les enfans nés d'un mariage nul, étoient légitimés à cause de la bonne foi de l'un des conjoints, & que leur légitimité les rendoit capables de succéder & de recueillir les biens de leur pere ou mere qui avoit contracté de mauvaise foi; d'où il semble qu'on doive conclure que leur naissance a révoqué la donation par le bénéfice de la loi *Si unquam*.

Mais comme toutes les raisons que nous avons expliquées dans le deuxieme cas, & qui doivent faire cesser la décision de la loi *Si unquam*, peuvent être justement appliquées à cette hypothese, à l'exception de celle qui est prise de l'incapacité du Prêtre pour contracter mariage, & que les autres fussent pour faire croire que la loi *Si unquam* ne doit pas avoir lieu dans cette espece, il y a lieu de décider que la survenance des enfans nés d'un tel mariage, ne doit pas faire révoquer la donation faite par le conjoint qui s'est marié de mauvaise foi.

Le quatrieme cas est, lorsque, comme dans l'espece de l'Arrêt de Martin Guerre, rapporté par M. Corras, & par M. Maynard, liv. 4, ch. 6, il y a ombre de mariage, & de la bonne foi de la part de l'une des parties, qui établit la légitimité des enfans: si ces enfans survenus après la donation faite par la partie qui connoissoit qu'il n'y avoit point de mariage, révoquent la donation, il y a bien plus de raison de décider dans cette hypothese, que la disposition de loi *Si unquam* cesse, que dans le cas précédent, parce que les mêmes raisons militent même avec plus de force, à cause qu'il n'y a pas de mariage, & que la naissance des enfans, quoique réputés légitimes, ne peut pas favoriser le retour en faveur du donateur qui a été dans une mauvaise foi évidente.

Le cinquieme cas est, lorsque les deux conjoints ne pouvoient pas valablement se marier ensemble, à cause de quelque empêchement, que l'un & l'autre des conjoints ignoroit. Alors les enfans nés d'un

23. Troisieme cas: des enfans de celui qui s'est marié, connoissant l'empêchement dirimant.

24. Raisons pour l'affirmative.

25. Résolution pour la négative.

26. Quatrieme cas: dans l'espece de l'Arrêt de Martin Guerre.

27. Résolution pour la négative.

28. Cinquieme cas: des enfans nés d'un mariage nul, tandis que les

conjointes igno- tel mariage, après la donation faite par celui qui
roient l'empê- n'avoit point d'enfans légitimes, révoqueroient la do-
chement diri- nation, soit à cause de la légitimité des enfans, soit
nant. parce que la bonne foi des deux conjoints devoit

29. Décision pour la révoca- faire considérer le mariage comme légitimement con-
tion de la Do- tracté; & il n'y auroit aucune différence à faire
nation par la avec celui qui auroit été célébré sans empêchement
Loi *Si unquam*. canonique; sur quoi l'on peut voir l'Arrêt du Parle-
ment de Paris, rapporté par *Mornac*, sur la loi
57, §. 1, ff. de ritu nupt. soit parce que toutes les
raisons que nous avons expliquées dans la décision
du second cas, cesseroient.

30. Sixieme cas: des enfans Le sixieme cas est, lorsque le mari se marie de
d'un homme bonne foi à une autre femme, croyant que son
qui se remarie épouse absente étoit morte, & *vice versa*, lorsque la
de bonne foi, femme se marie pendant l'absence de son mari, sur
croyant sa fem- la fausse opinion qu'il fût mort: comme cette hypo-
me morte, & these ne differe point du précédent cas par rapport
vice-versâ. au droit, à cause de la bonne foi des contractans,

31. Résolu- on doit le décider de la même maniere; c'est-à-dire,
tion pour l'affir- que la naissance des enfans procréés d'un tel ma-
mative. riage, révoque la donation antérieure, tout comme

32. Raifons de la décision. il la révoqueroit, si le mariage étoit légitime; car la
bonne foi des contractans rendant les enfans légitimes,
& ne pouvant être imputé au donateur ni dol ni crime qui le rende indigne du retour des biens
donnés, la condition tacite sous-entendue dans la
loi *Si unquam*, doit opérer son effet dans ce cas tout
comme dans celui du mariage légitimement contrac-
té, parce qu'il ne differe point, du moins dans l'o-
pinion des conjoints; & d'ailleurs il n'est pas vrai-
semblable que si le donateur eût eu des enfans légi-
times, tels que sont ceux qui naissent d'un sembla-
ble mariage, il eût fait la donation; mais il en se-
roit autrement, si le donateur étoit dans la mau-
vaïse foi.

33. Septieme cas: des enfans Le septieme cas est, lorsqu'une personne condam-
d'une personne née à mort, même par contumace, lorsque la con-
condamnée à l'ordonnance de 1670, ayant fait une donation
mort. avant sa condamnation, se marie, & a des enfans,

34. Décision pour la négative. la naissance de ces enfans ne peut pas révoquer la
donation antérieure, parce que la mort civile en-
courue par le donateur, le rend incapable du retour
des biens donnés; & que, suivant l'article VI de la

35. Raifons de cette déci-
sion.

Déclaration du 26 Novembre 1639, les enfans sont déclarés incapables de succéder à leur pere condamné, à moins qu'avant son décès il n'eût été remis au premier état, suivant les voies prescrites par les ordonnances; mais si le condamné avoit été rétabli avant son décès, il seroit capable du retour des biens donnés, & ses enfans étant légitimés & capables de succéder, ils révoqueroient la donation par la loi *Si unquam*.

Le huitième & dernier cas est, lorsque la donation a été faite par la femme du Religieux, du Prêtre, du condamné par contumace, de l'homme déjà marié, laquelle a contracté de bonne foi & sans connoître la qualité de celui avec lequel elle s'est unie par le mariage, ou qu'elle a ignoré les autres empêchemens qui pouvoient être un obstacle à la validité du mariage. Dans cette espece, la survenance des enfans révoqueroit la donation antérieure par le bénéfice de la loi *Si unquam*; parce que la bonne foi fait considérer le mariage comme légitime; que l'opinion produit les mêmes effets que la vérité pour ce qui regarde l'avantage de celui qui se marie de bonne foi, & des enfans qui naissent de cette conjonction, & qu'on ne peut lui rien imputer pour le rendre indigne du retour des biens donnés.

En un mot, toutes les questions qui peuvent se rencontrer sur cette matiere, doivent se décider sur la bonne ou mauvaise foi du donateur; s'il est dans la bonne foi, ses enfans doivent révoquer la donation; que s'il est dans la mauvaise foi, comme il est indigne de retour des biens donnés, la révocation ne doit pas avoir lieu, parce qu'autrement il tireroit du profit des effets de son crime.

A l'égard de la deuxième difficulté, elle n'est pas disputable, lorsque la donation précède la naissance des enfans naturels qui sont légitimés, *per subsequens matrimonium*, parce que soit qu'on fasse remonter la légitimation au tems de la naissance, ou que l'on fasse revenir la naissance au jour de la légitimation faite par le mariage, la raison de loi *Si unquam* s'y applique parfaitement; d'autant que les enfans légitimés par le mariage subséquent sont réputés véritablement légitimes, & ne diffèrent en rien avec ceux qui sont nés pendant le mariage. *Novell. 89, cap. 8, cap. Tanta est vis 6, extra, qui filii sint legitimi, &*

36. *Huitieme cas*: des enfans d'une femme mariée de bonne foi à un Religieux Profès ou Prêtre, au autre personne incapable.

37. Décision pour l'affirmative.

38. Raisons de cette décision.

39. Les Questions sur cette matiere, doivent être décidées sur la bonne ou mauvaise foi du donateur.

40. Examen de la deuxième difficulté.

41. La légitimation des enfans révoque la Donation faite avant leur naissance.

42. Raisons de cette décision.

Matrimonium
subsequens om-
nia præcedentia
purgat.

pluſieurs autres textes cités par la Gloſe du chapitre *Tanta est vis*, qui dit : *Matrimonium omnia præcedentia purgat*, & sic proxima sive etiam præcedens causa turpitudinis sublata est ; ce qui est approuvé par les Auteurs & par l'usage du Royaume.

43. Quid si la
naissance des
enfants précède
la Donation ?

Mais le cas est disputable, lorsque la donation a été faite entre la naissance des enfans naturels, & le mariage qui les a rendus légitimes. *Dumoulin*, sur le conseil 366 de *Décimus*, après pluſieurs Docteurs,

44. Auteurs
qui ont déci-
dé pour la né-
gative.

tient que la légitimation du fils naturel par mariage subſéquent, ne révoque pas la donation faite après la naissance de l'enfant naturel, quoique le mariage soit postérieur à la donation. *Breviter*, dit cet Auteur, *veritas est, quod si filius sit natus ante donationem, non prodest legitimatio sequens, ne legitimitatus sit melioris conditionis quam legitime natus, & plus habeat luxuria quam castitas* ; il assure même que c'est la commune opinion, & secundum prædictam distinctionem communis est opinio. *Julius-Clarus* §. *donatio*, quæst. 23, n°. 7 ; & *Berault*, sur l'article 449 de la coutume de Normandie, sont du même avis.

45. Raïsons
alléguées par
Dumoulin.

Pour appuyer cette opinion, on peut dire encore ; outre la raison rapportée par Me. *Dumoulin*, 1. que la loi *Si unquam* n'a pas lieu, selon la commune résolution des Interprètes, quand le donateur a des enfans au tems de la donation ; elle doit donc cesser, lorsque la naissance de l'enfant naturel précède la donation, parce que la légitimation survenue ne donne pas l'être au fils naturel, n'efface pas sa naissance, & ne change point sa personne, quoiqu'elle change son état. 2. Que l'amour paternel sur lequel est fondée la décision de la loi *Si unquam*, ne prend pas sa source dans la légitimation, mais bien dans la nature & la liaison du sang ; ce qui est si vrai, que, selon la loi 10, *cod. de natural. liberis*, la considération des enfans est le motif qui engage le pere naturel à contracter mariage avec leur mere, afin de les rendre capables des effets de son inclination paternelle ; & par conséquent on peut dire que le donateur qui a éprouvé les sentimens que la nature imprime dans le cœur des peres par la naissance d'un fils naturel, auroit fait la donation, quand même il auroit eu un enfant légitime à la place du naturel ; ce qui fait cesser, selon le sentiment des Docteurs & la décision des Arrêts, la disposition de la

46. Autres
raïsons.

47. La Loi
Si unquam n'a
pas lieu, quand
le donateur a
des enfans au
tems de la Do-
nation.

48. L'amour
paternel ne
prend pas sa
source dans la
légitimation,
mais dans la
nature & le
sang.

loi *Si unquam*. 3. Que le mariage subséquent purifie bien à la vérité la tache de l'origine du bâtard, & le fait regarder comme légitime; mais ce n'est que par fiction, par un privilege & une faveur particulière, qui ne peut pas ôter un droit légitimement acquis à un tiers, en conséquence de la donation; ce qui semble d'autant plus indubitable, que *Berault*, sur l'article 275 de la coutume de Normandie, rapporte un Arrêt qui a jugé que la légitimation *per subsequens matrimonium*, n'a pas un effet rétroactif pour faire adjuger au fils légitimé une succession échue & acquise à une autre personne avant le mariage qui a opéré la légitimation. Que la loi *Si unquam* n'étant appuyée que sur une fiction, que le donateur n'aurait pas fait la libéralité, *si cogitasset de liberis*, & la légitimation *per subsequens matrimonium* n'étant non-plus appuyée que sur une fiction, ce seroit contre les règles que de vouloir faire concourir deux fictions sur la même chose, parce que, selon la Glose, & les Docteurs, sur la loi 1, *cod. de dotis promissione*; & *Godefroy* sur la loi 12, §. 2, *ff. mandati, fictio fictionis non est admittenda*, sur-tout quand il est question de priver un tiers du bien qui lui est acquis à juste titre.

49. Le mariage subséquent ne peut pas ôter un droit acquis avant la naissance du bâtard.

50. *Fictio fictionis non est.*

Vainement voudroit-on dire que la naissance a un effet rétroactif au jour de la légitimation faite par la célébration du mariage, & non la légitimation au jour de la naissance; que les enfans n'étant pas légitimes lors de leur naissance, le pere n'a pas pu songer à eux; puisque, selon la loi, il ne pouvoit pas les considérer comme tels, & ce n'est que le mariage qu'il a contracté avec leur mere qui les a fait entrer au rang de ses enfans, & que ne pouvant pas disposer de ses biens en faveur de ses enfans naturels, on ne peut pas dire qu'il ait voulu préférer des étrangers à ceux que la loi lui donne pour successeurs légitimes; raisons qui servent de fondement à l'opinion contraire.

51. Si la naissance du bâtard a un effet rétroactif au jour de la légitimation.

Car en premier lieu, on voit bien dans les loix des exemples de l'effet rétroactif, c'est-à-dire, qu'une chose se rapporte à une autre antérieure, mais non pas qu'une antérieure se rapporte à la postérieure; & si on faisoit revenir la naissance au jour de la légitimation, & que dès-lors seulement ils pussent être regardés comme enfans, ce seroit renverser la

52. La naissance ne peut pas revenir au jour de la légitimation.

53. La naissance a son terme fixe & immuable. nature, & faire prévaloir la vérité; puisque la naissance a son terme fixe & immuable, c'est la nature qui la règle; & par conséquent elle ne peut point souffrir d'altération ni de changement; il est vrai

54. La légitimation n'ajoute rien à la filiation. que la légitimation fait regarder les enfans sous un autre point de vue; mais elle n'ajoute rien à la filiation, qui est commencée par la conception, & consommée par la naissance, & c'est toujours multiplier les fictions pour détruire la vérité au préjudice du droit d'un tiers; ce qui ne doit pas être reçu.

55. La qualité de pere ne reçoit point d'accroissement. En deuxieme lieu, il est encore vrai que le donateur n'a pas pu songer à ses enfans naturels, comme s'ils avoient été légitimes; mais c'est blesser la raison & l'expérience, de soutenir qu'il n'ait pas pu songer à eux comme à ses enfans; puisque la qualité de pere ne peut point recevoir d'accroissement ni d'augmentation par la légitimation, parce que les droits du sang sont toujours les mêmes; & comme ils ne peuvent pas recevoir d'atteinte par des raisons tirées du droit civil; *L. 8, ff. de reg. jur. Jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt*, ils ne peuvent pas non plus accroître par les privileges ou les faveurs de la loi; d'ailleurs c'est la nature, & non la loi qui domine sur le cœur, & qui règle la mesure de l'amour paternel, qui peut être aussi vif pour un fils naturel, que pour un légitime.

56. *Jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt.* En troisieme lieu, qu'importe qu'au tems de la donation le pere n'ait pu considérer son fils naturel, comme un objet capable de recueillir tous ses biens; ne pouvoit-il pas, selon la remarque de *Julius-Clarus*, §. *donatio, quest. 23, n°. 7*, prévoir le cas de la légitimation par rescrit du Prince, qui est une voie ouverte pour rendre les bâtards capables de la succession de leur pere naturel? Ne pouvoit-il pas encore prévoir la légitimation *per subsequens matrimonium*, qui met les bâtards au rang des légitimes; Si malgré cela il fait la donation, il ne paroît pas douteux qu'il ne l'eût faite, quand même le fils naturel auroit été légitime & cette conjecture suffit pour empêcher l'effet de la loi *Si unquam*.

57. Le pere peut prévoir le cas de la légitimation, *per subsequens matrimonium & per rescritum.* Enfin, ces mots de la loi *Si unquam susceperit liberos*, ne peuvent être pris, sans faire violence à leur signification naturelle, que de la véritable naissance, qui est la condition sous-entendue, selon l'esprit de la loi, & qui résout la donation, en faisant

58. Les mots de la Loi *Si unquam susceperit liberos*, ne s'entendent que de la véritable naissance.

revenir les biens au pouvoir du donateur, *in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum*, par une conjecture de la volonté, qui fait croire que s'il avoit eu des enfans au tems de la donation, il ne l'auroit point faite : ils ne peuvent donc pas s'entendre de la légitimation, qui ne peut pas se joindre à la naissance, ni la naissance à la légitimation; parce que la donation faite *medio tempore*, qui a acquis le droit au donataire, en empêche la jonction, étant certain, selon les loix & les autorités rapportées par *M. le Président Faber*, dans son code, lib. 4, tit. 20, défin. 1, que le droit acquis à un tiers, *medio tempore*, empêche la conjonction des deux extrêmes; & d'ailleurs dans les conditions on ne considère que le seul fait, & non les fictions; *L. 44, & L. 45, ff. de conditionibus & demonstrat.* & par conséquent la condition résolutive de la donation ne se vérifie que par la naissance: il est vrai que la naissance d'un bâtard ne rempliroit pas cette condition, si le mariage ne venoit au secours pour opérer la légitimation; mais dans le cas que la naissance arrive après la donation, la légitimation survenue ne rencontrant rien au milieu, se joint à la naissance, ou la naissance à la légitimation; & cette conjonction des deux extrêmes, forme un accomplissement parfait de la condition qui résout la donation; ce qu'on ne peut pas dire quand la naissance du fils naturel précède la donation.

Quoique l'opinion contraire ne soit fondée que sur les raisons que nous venons de réfuter; & que par conséquent elle n'ait pas de solides fondemens, elle est pourtant autorisée par les préjugés des Cours supérieures, & particulièrement par ceux du Parlement de Toulouse, dont la Jurisprudence est certaine pour la révocation des donations, par la légitimation *per subsequens matrimonium*, quoique la naissance du fils naturel précède la donation; ils sont rapportés par *M. Maynard*, liv. 4, ch. 13, liv. 6, ch. 57, & liv. 8, ch. 3; par *Fernand*, sur la loi *Si unquam*; par *M. Larroche*, liv. 6, tit. 40, art. 27; *M. Louet*, lettre D, somm. 52; & *Ricard*, des donations, part. 3, n°. 599, rapportent ceux du Grand-Conseil & du Parlement de Paris, qui ont jugé la même chose; elle a même été confirmée par l'article XXXIX de l'ordonnance du mois de Février 1731, qui veut que la légitimation d'un enfant naturel par le mariage sub-

59. La légitimation ne peut pas se joindre à la naissance, ni la naissance à la légitimation, au préjudice du droit acquis à un tiers, *medio tempore*.

60. Le droit d'un tiers empêche la conjonction des deux extrêmes.

61. Dans les conditions, on ne considère que le pur fait, & non les fictions.

62. Il en est autrement, si la naissance & la légitimation *per subsequens matrimonium*, viennent après la Donation.

63. Les Arrêts ont jugé pour l'affirmative; mais l'opinion contraire est plus conforme au Droit Romain.

féquent, révoque la donation, de même que la survenance d'un enfant légitime, sans distinguer si la naissance est antérieure ou postérieure à la donation : on ne peut donc point admettre cette distinction sans blesser l'esprit de cette loi nouvelle.

64. Si l'on suit les préjugés, il faut y apporter trois exceptions. Mais en embrassant l'opinion favorable aux enfans légitimes *per subsequens matrimonium*, il seroit raisonnable d'y apporter trois exceptions. La première, lorsque le mariage a été contracté clandestinement. La deuxième, lorsqu'il a été célébré à l'article de la mort, & qu'il a été précédé du concubinage, & de la naissance des bâtards. Ces deux exceptions sont fondées sur les articles V & VI de la déclaration du Roi, du 26 Novembre 1639, & sur cette raison décisive, que dans ce cas la légitimation n'est pas parfaite. L'article V, qui regarde les mariages clandestins, porte: *Desirant pourvoir à l'abus qui commence à s'introduire dans notre Royaume, par ceux qui tiennent leurs mariages secrets & cachés pendant leur vie, contre le respect dû à un si grand Sacrement, nous ordonnons que les majeurs contractent leurs mariages publiquement, & en face de l'Eglise, avec les solemnités prescrites par l'ordonnance de Blois, & déclarons les enfans qui naîtront de ces mariages, que les parties ont tenus jusqu'ici, ou tiendront à l'avenir cachés pendant leur vie, qui ressentent plutôt à la honte d'un concubinage, qu'à la dignité d'un mariage, incapables de toutes successions, aussi-bien que leur postérité.*
65. Première exception: lorsque le mariage a été contracté clandestinement.
66. Deuxième exception: lorsqu'il est célébré à l'article de la mort.
67. Fondemens de ces exceptions.
68. Des enfans légitimés par le mariage contracté à l'article de la mort.
- Pour ce qui est des mariages contractés à l'article de la mort, M. Tiraqueau, sur la loi *Si unquam*, verb. (*Susceperit liberos*) n°. 74 ; & M. Maynard, liv. 4, ch. 13, avoient cru que la légitimation des bâtards, causée par des mariages de cette espece, n'étoit pas capable de révoquer les donations antérieures ; mais la chose souffre bien moins de doute depuis la déclaration de 1639, qui porte à l'article VI: *Nous voulons que la même peine (c'est-à-dire, l'incapacité de succéder marquée dans l'article précédent) ait lieu contre les enfans qui sont nés des femmes que les peres ont entretenues, & qu'ils épousent lorsqu'ils sont à l'extrémité de la vie ; car, quoique le mariage subséquent rende les enfans légitimes, à cause de l'effet du Sacrement, qui est bon, quoique célébré à l'extrémité, pourvu qu'il soit accompagné des formalités prescrites, suivant le chapitre *tanta est vis*, extr. *qui filii sint legitimi*, qui ne distingue point les mariages contractés à l'art.*

de la mort avec les autres; cette légitimation n'a point d'effet, quant à la capacité de succéder, & les enfans sont à cet égard considérés comme bâtards; ils ne doivent donc pas servir de prétexte pour révoquer les donations, parce que les raisons fondamentales manquent; ce qui doit avoir lieu indistinctement, soit que leur naissance soit antérieure ou postérieure aux donations, parce qu'il n'y a point de différence à faire à cet égard, d'autant que dans l'un & dans l'autre cas, les enfans légitimés par le mariage contracté à l'article de la mort, demeurent toujours illégitimes & incapables de recueillir les successions de leur pere & mere, tout de même que s'ils étoient encore dans l'état de bâtardise, la légitimation ne pouvant avoir d'effet que pour ce qui ne regarde pas la capacité de succéder.

Il est vrai que l'on trouve dans le Recueil de Soefve, tome 1, cent. 3, ch. 14, un arrêt du Parlement de Paris, du 14 Mai 1649, qui a jugé que la légitimation *per subsequens matrimonium*, avoit révoqué une donation faite avant la naissance des enfans légitimés, quoiqu'on eût allégué que le mariage avoit été contracté à l'article de la mort; d'où l'on concluoit que, suivant la déclaration de 1639, la légitimation ne pouvoit pas donner lieu à la révocation de la donation. Mais, sans bleffer le respect dû aux décisions des Cours supérieures, on peut dire que cet arrêt est contraire à la disposition de la déclaration de 1639, qui doit servir de loi; car si les enfans ne sont pas capables de succéder lors de leur naissance légitime, ou du moins au moment de la légitimation, ils ne peuvent pas être mis au rang de ceux qui font arriver la condition résolutive de la donation; parce qu'on ne peut pas dire qu'il n'est pas vraisemblable que le donateur eût préféré un étranger à sa postérité, s'il en avoit eu; puisqu'il ne lui est pas plus permis de laisser ses biens à ses enfans, que s'ils étoient encore dans l'état de bâtardise; ce qui fait cesser la raison fondamentale & la décision de la loi *Si unquam*.

69. Ces enfans sont considérés comme bâtards, quant à la faculté de succéder.

70. Arrêt contraire du Parlement de Paris.

71. Cet Arrêt paroît contraire à l'Ordonnance de 1639.

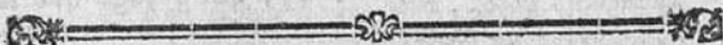
72. Les enfans qui ne sont pas capables de succéder au moment de la légitimation ou de la naissance légitime, ne révoquent pas les Donations par la Loi *Si unquam*.

Il y a encore une troisieme exception à la Jurisprudence des arrêts qui ont décidé la question en faveur des enfans légitimés par le mariage; savoir, quand un condamné à mort, même par contumace, après une exécution figurative, ou comme il est

73. Troisieme exception: des enfans de celui qui s'est marié après a-

avoir été condamné à mort. prescrit par l'article XVI du tit. 17 de l'ordonnance de 1670, s'est marié, & a eu des enfans ; car, comme nous l'avons observé dans la résolution du septieme cas de la premiere difficulté, le donateur mort civilement n'étant pas capable du droit du retour, & ses enfans, quoique déclarés légitimes par la bonne foi de l'autre conjoint, ne pouvant pas révoquer les donations antérieures, quoiqu'ils soient nés pendant le mariage, ils ne le peuvent pas à plus forte raison quand ils sont légitimés *per subsequens matrimonium*, parce que le mariage qui les fait regarder comme légitimes par fiction, ne doit pas plus opérer que la vérité ; mais cette exception ne devrait pas avoir lieu, si le condamné avoit été rétabli avant sa mort ; auquel cas la capacité pour le retour des biens lui étant rendue, & ses enfans étant capables de lui succéder, ils révoqueroient aussi la donation par la même raison.

74. Cette exception devrait cesser, si le condamné avoit été rétabli avant sa mort naturelle.



QUESTION XVIII.

- I. Si la Donation faite par le pere à son fils naturel, est révoquée par la Loi *Si unquam*, lorsqu'il survient des enfans légitimes au donateur.
- II. Si la légitimation du bâtard est révoquée par la Loi *Si unquam*.

S O M M A I R E S.

1. Raisons pourquoi cette Question est controversée.
2. Cette Question doit être examinée sur deux cas différens.
3. Premier cas : lorsque la Donation excède les alimens.
4. Deuxieme cas : lorsque la Donation n'excede pas les alimens.
5. Résolution du premier cas, que la Donation est réductible.

6. Cette réduction n'est pas fondée sur la Loi Si unquam.
7. La réduction à cause de l'incapacité, ne peut être demandée qu'après la mort du donateur.
8. Alors le secours de la Loi Si unquam seroit nécessaire.
9. Résolution, que ce qui excède les alimens est révoqué par la Loi Si unquam.
10. Les peres ne peuvent donner à leurs bâtards que les alimens, ou l'équipollent.
11. L'honneur & le lustre des maisons n'est conservé que par une postérité légitime.
12. Lorsque la Donation n'excede pas les alimens, elle ne peut pas être révoquée par la Loi Si unquam.
13. Raison de cette décision.
14. Le Droit Canon accorde indistinctement les alimens aux bâtards, quels qu'ils soient.
15. Examen de la deuxieme Question au sujet de la révocation de la légitimation du bâtard.
16. Raisons pour l'affirmative.
17. Premiere raison: la légitimation est une espece de Donation.
18. Deuxieme raison: si le pere avoit cru avoir des enfans légitimes, il n'auroit pas fait légitimer le bâtard.
19. Troisieme raison: la faculté de substituer exemplairement, accordée par le Prince, est révoquée par la naissance des enfans du fils imbécille.
20. Quatrieme raison: si la légitimation étoit obtenue, tandis que le pere a des enfans légitimes, elle seroit nulle.
21. Cinquieme raison: la légitimation obtenue sans faire mention des enfans légitimes, est nulle.
22. Raisons pour empêcher la révocation de la légitimation.
23. Premiere raison.
24. Ce qui est fait utilement, dure, quoique le cas arrive qu'on ne pourroit pas le faire.

25. Deuxieme raison.
26. Troisieme raison.
27. Quatrieme raison : l'adoption n'est pas révoquée par la Loi Si unquam.
28. Cinquieme raison : la liberté n'est pas révoquée par la Loi Si unquam.
29. Sixieme raison , tirée de l'amour paternel envers l'enfant bâtard.
30. Septieme raison : la survenance des enfans légitimes ne révoque pas la légitimation per subsequens matrimonium.
31. Huitieme raison.
32. La légitimation est un Acte légitime , qui ne peut point recevoir de condition.
33. Tous ces argumens de part & d'autre sont peu concluans.
34. La véritable raison décisive doit être tirée de la Loi Si unquam.
35. Cette Loi ne parle que de la Donation de tous les biens , ou d'une partie des facultés.
36. La légitimation n'est pas une Donation des biens , ou d'une partie des facultés.
37. La légitimation est un bénéfice de la Loi & du Prince.
38. Conclusion , que la légitimation n'est pas révoquée par la Loi Si unquam.
39. Réponse à la raison prise de ce que la légitimation donne droit à la succession.
40. Auteurs qui ont tenu que la légitimation n'est pas révoquée par la Loi Si unquam.
41. Sentiment de Tiraqueau , qui distingue.
42. Réfutation de la distinction de cet Auteur.
43. La légitimation du Prince n'efface pas le vice de la naissance.
44. Si les enfans légitimés par rescrit , succèdent à leur pere avec les légitimes.
45. Auteurs pour l'affirmative.
46. Auteurs pour la négative.
47. Sentiment de Lebrun en faveur des bâtards légitimés.
48. Usage du Parlement de Toulouse , favorable aux bâtards légitimés.

49. Les bâtards légitimés par rescrit, ne succèdent pas à ceux qui n'ont pas consenti à la légitimation.
50. Le bâtard légitimé par rescrit, peut demander sa légitime sur les biens de son pere qu'il l'a fait légitimer.
51. Il peut impugner le Testament dans lequel il a été préterit.
52. Exception lorsque les enfans légitimés sont institués.
53. Si les successeurs ab intestat doivent consentir à la légitimation, afin qu'elle soit valable.
54. Usage du Pays Coutumier pour l'affirmative.
55. Raisons de cet usage.
56. En Pays de Droit Écrit, le consentement des successeurs ab intestat n'est pas requis.
57. Raisons de cet usage.

SI cette question touchant la révocation des libéralités faites par les peres à leurs enfans naturels, lorsqu'il leur survient des enfans légitimes, est controvertée parmi les Auteurs, c'est parce qu'ils ont voulu tirer une regle générale de la décision des cas particuliers; ainsi pour les concilier, & résoudre clairement la difficulté, il faut l'examiner par rapport à deux cas différens; car, ou la donation excède les alimens, ou quelque chose qui tienne lieu d'alimens, qu'il est permis au pere naturel de donner à ses enfans bâtards, ou elle n'excede pas la mesure des alimens, ou de l'équipollent.

Au premier cas, la donation est réductible aux alimens, & cette réduction ne peut être demandée par les enfans légitimes, ou par les autres héritiers du donateur, & après sa mort; c'est la Jurisprudence de tous les Parlemens de France; mais on ne se fonde pas sur la loi *Si unquam*; c'est seulement à cause de l'incapacité qu'il y a dans la personne du bâtard, de recevoir une plus grande libéralité: toutefois le pere naturel ne pourroit pas pendant sa vie demander cette réduction sur le fondement de l'incapacité du bâtard.

Que s'il s'agissoit de faire révoquer ou réduire

1. Raisons pour quoi cette Question est controvertée.

2. Cette Question doit être examinée sur deux cas différens.

3. Premier cas: lorsque la Donation excède les alimens.

4. Deuxieme cas: lorsque la Donation n'excede pas les alimens.

5. Résolution du premier cas, que la Donation est réductible.

6. Cette réduction n'est pas fondée sur la Loi *Si unquam*. La donation immense pendant la vie du donateur, il faudroit recourir au bénéfice de la loi *Si unquam*, & appeller au secours la naissance des enfans légitimes; & quoiqu'en examinant la question en point de droit, & selon l'esprit de la loi *Si unquam*, elle pût souffrir beaucoup de difficulté; cependant il est raisonnable de la résoudre pour l'affirmative avec *M. Maynard*, liv. 4, ch. 13; & *Charondas*, liv. 4, rép.
7. La réduction à cause de l'incapacité ne peut être demandée qu'a près la mort du donateur. Elle souffre de la résolution de la Loi *Si unquam* seroit nécessaire. Les enfans bâtards sont odieux dans le Christianisme, comme étant le fruit de l'incontinence; voilà pourquoi la Jurisprudence du Royaume ne permet pas aux peres naturels de les gratifier à leur volonté; mais on leur permet seulement de leur donner les alimens, ou quelque chose d'équipollent, soit qu'ils aient des enfans légitimes ou qu'ils n'en aient pas; car même les héritiers collatéraux ou étrangers ont la liberté de faire réduire les donations quand elles sont immodérées.
8. Alors le secours de la Loi *Si unquam* seroit nécessaire. D'ailleurs ce n'est que par la postérité légitime qu'on conserve l'honneur & le lustre des maisons; il faut donc regarder les enfans légitimes avec autant de faveur, que les bâtards méritent d'être traités avec indignation.
9. Résolution, que ce qui excède les alimens est révoqué par la Loi *Si unquam*. Au second cas; c'est-à-dire, lorsque la donation faite au bâtard n'est pas excessive, & ne passe pas les bornes des alimens, il n'y a pas lieu d'y appliquer la décision de la loi *Si unquam*, suivant l'arrêt du Parlement de Paris du 13 Février 1645, rapporté au tome 1 du *Journal des Audiences*, liv. 4, ch. 18; & par *Soefve*, tom. 1, cent. 1, ch. 76. La raison décisive est, que le pere doit naturellement les alimens à ses enfans illégitimes, sans distinguer s'ils sont simplement bâtards, adultérins, ou incestueux; en quoi l'on s'éloigne de la rigueur de la loi civile, qui use de distinction à cet égard, pour suivre l'équité du droit canonique, au chapitre *cum haberet 5*, extra, de eo qui duxit in matrimon. quam polluit adulterium, qui accorde indistinctement les alimens aux bâtards de quelque espece qu'ils soient; en sorte que le pere naturel n'ayant fait que satisfaire à une obligation qui lui est imposée, on ne peut pas regarder la donation comme une libéralité sujette à révocation par la survenance des enfans légitimes.
10. Les peres ne peuvent donner à leurs bâtards que les alimens, ou l'équipollent. On trouve plus de difficulté dans la résolution de la deuxième question, au sujet de la révocation de
11. L'honneur & le lustre des maisons n'est conservé que par une postérité légitime. Au second cas; c'est-à-dire, lorsque la donation faite au bâtard n'est pas excessive, & ne passe pas les bornes des alimens, il n'y a pas lieu d'y appliquer la décision de la loi *Si unquam*, suivant l'arrêt du Parlement de Paris du 13 Février 1645, rapporté au tome 1 du *Journal des Audiences*, liv. 4, ch. 18; & par *Soefve*, tom. 1, cent. 1, ch. 76. La raison décisive est, que le pere doit naturellement les alimens à ses enfans illégitimes, sans distinguer s'ils sont simplement bâtards, adultérins, ou incestueux; en quoi l'on s'éloigne de la rigueur de la loi civile, qui use de distinction à cet égard, pour suivre l'équité du droit canonique, au chapitre *cum haberet 5*, extra, de eo qui duxit in matrimon. quam polluit adulterium, qui accorde indistinctement les alimens aux bâtards de quelque espece qu'ils soient; en sorte que le pere naturel n'ayant fait que satisfaire à une obligation qui lui est imposée, on ne peut pas regarder la donation comme une libéralité sujette à révocation par la survenance des enfans légitimes.
12. Lorsque la Donation n'excede pas les alimens, elle ne peut pas être révoquée par la Loi *Si unquam*. Au second cas; c'est-à-dire, lorsque la donation faite au bâtard n'est pas excessive, & ne passe pas les bornes des alimens, il n'y a pas lieu d'y appliquer la décision de la loi *Si unquam*, suivant l'arrêt du Parlement de Paris du 13 Février 1645, rapporté au tome 1 du *Journal des Audiences*, liv. 4, ch. 18; & par *Soefve*, tom. 1, cent. 1, ch. 76. La raison décisive est, que le pere doit naturellement les alimens à ses enfans illégitimes, sans distinguer s'ils sont simplement bâtards, adultérins, ou incestueux; en quoi l'on s'éloigne de la rigueur de la loi civile, qui use de distinction à cet égard, pour suivre l'équité du droit canonique, au chapitre *cum haberet 5*, extra, de eo qui duxit in matrimon. quam polluit adulterium, qui accorde indistinctement les alimens aux bâtards de quelque espece qu'ils soient; en sorte que le pere naturel n'ayant fait que satisfaire à une obligation qui lui est imposée, on ne peut pas regarder la donation comme une libéralité sujette à révocation par la survenance des enfans légitimes.
13. Raison de cette décision. Au second cas; c'est-à-dire, lorsque la donation faite au bâtard n'est pas excessive, & ne passe pas les bornes des alimens, il n'y a pas lieu d'y appliquer la décision de la loi *Si unquam*, suivant l'arrêt du Parlement de Paris du 13 Février 1645, rapporté au tome 1 du *Journal des Audiences*, liv. 4, ch. 18; & par *Soefve*, tom. 1, cent. 1, ch. 76. La raison décisive est, que le pere doit naturellement les alimens à ses enfans illégitimes, sans distinguer s'ils sont simplement bâtards, adultérins, ou incestueux; en quoi l'on s'éloigne de la rigueur de la loi civile, qui use de distinction à cet égard, pour suivre l'équité du droit canonique, au chapitre *cum haberet 5*, extra, de eo qui duxit in matrimon. quam polluit adulterium, qui accorde indistinctement les alimens aux bâtards de quelque espece qu'ils soient; en sorte que le pere naturel n'ayant fait que satisfaire à une obligation qui lui est imposée, on ne peut pas regarder la donation comme une libéralité sujette à révocation par la survenance des enfans légitimes.
14. Le Droit Canon accorde indistinctement les alimens aux bâtards, quels qu'ils soient. Au second cas; c'est-à-dire, lorsque la donation faite au bâtard n'est pas excessive, & ne passe pas les bornes des alimens, il n'y a pas lieu d'y appliquer la décision de la loi *Si unquam*, suivant l'arrêt du Parlement de Paris du 13 Février 1645, rapporté au tome 1 du *Journal des Audiences*, liv. 4, ch. 18; & par *Soefve*, tom. 1, cent. 1, ch. 76. La raison décisive est, que le pere doit naturellement les alimens à ses enfans illégitimes, sans distinguer s'ils sont simplement bâtards, adultérins, ou incestueux; en quoi l'on s'éloigne de la rigueur de la loi civile, qui use de distinction à cet égard, pour suivre l'équité du droit canonique, au chapitre *cum haberet 5*, extra, de eo qui duxit in matrimon. quam polluit adulterium, qui accorde indistinctement les alimens aux bâtards de quelque espece qu'ils soient; en sorte que le pere naturel n'ayant fait que satisfaire à une obligation qui lui est imposée, on ne peut pas regarder la donation comme une libéralité sujette à révocation par la survenance des enfans légitimes.
15. Examen de la deuxième question, au sujet de la révocation de

la légitimation des enfans naturels, que le pere a obtenue par le bénéfice du Prince; car il y a plusieurs argumens & autorités pour l'affirmative, de même que pour la négative, qui sont rapportés par M. Tiraqueau, sur la loi *Si unquam*, verb. (*Donatione largitus*) n°. 277, & seq. jusqu'au nombre 321.

Voici les principales raisons que les Auteurs qui tiennent pour la révocation de la légitimation, ont alléguées. 1. Que la légitimation est une espece de donation. *L'Auth. Item sine*, cod. de natur. lib. la considere de même, lorsqu'elle dit, & *Principis & legis dono fiant hæredes*. 2. Que si le pere avoit cru avoir des enfans légitimes, il n'auroit eu garde de faire légitimer ses enfans naturels: raison qui sert de fondement à la révocation des donations par la loi *Si unquam*. 3. Que la faculté accordée par rescrit du Prince au pere, de substituer exemplairement à son fils furieux ou imbécille, est révoquée par la naissance d'un enfant qui survient à ce furieux ou imbécille. *L. Ex facto* 43, ff. de vulg. & pupill. Il en doit donc être de même de la légitimation faite par un semblable rescrit du Prince. 4. Si le pere avoit fait légitimer son fils bâtard, tandis qu'il en avoit des légitimes, la légitimation seroit nulle, parce que *l'Auth. præterea*, cod. de naturalibus lib. ne permet de recourir au bénéfice du Prince pour la légitimation, que quand le pere n'a pas des enfans légitimes; ainsi la naissance des enfans légitimes doit annuler la légitimation, parce que *pervenit ad eum casum à quo incipere non potest*. 5. Tout comme la légitimation seroit nulle, si elle étoit obtenue sans faire mention des enfans légitimes existans, ou au préjudice de ceux dont le pere & le Prince ignorent l'existence; il en doit être de même lorsqu'il survient des enfans auxquels ni le pere ni le Prince n'ont pas pensé lors de la légitimation.

M. Tiraqueau, sur la loi *Si unquam*, verb. (*Donatione largitus*) depuis le nombre 282, jusqu'au nombre 292, rapporte huit raisons pour appuyer le sentiment des Auteurs, qui tiennent que la survenance des enfans légitimes ne révoque pas la légitimation des bâtards. La premiere, que la légitimation des bâtards par rescrit du Prince, étant permise par *l'Auth. Præterea*, cod. de naturalibus lib. lorsqu'elle est une fois consommée, elle ne doit pas être révo-

Question au sujet de la révocation de la légitimation du bâtard.

16. Raison pour l'affirmative.

17. Première raison: la légitimation est une espece de Donation.

18. Deuxième raison: si le pere avoit cru avoir des enfans légitimes, il n'auroit pas fait légitimer le bâtard.

19. Troisième raison: la faculté de substituer exemplairement, accordée par le Prince, est révoquée par la naissance des enfans du fils imbécille.

20. Quatrième raison: si la légitimation étoit obtenue, tandis que le pere a des enfans légitimes, elle seroit nulle.

21. Cinquième raison: la légitimation obtenue sans faire mention des enfans légitimes, est nulle.

22. Raisons pour empêcher la révocation de la légitimation.

23. Première raison.

24. Ce qui est fait utilement, dure, quoique le cas arrive qu'on ne pourroit pas le faire.

25. Deuxieme raison.

26. Troisieme raison.

27. Quatrieme raison: l'adoption n'est pas révoquée par la Loi *Si unquam*.

28. Cinquieme raison: la liberté n'est pas révoquée par la Loi *Si unquam*.

29. Sixieme raison, tirée de l'amour paternel envers l'enfant bâtard.

30. Septieme raison: la survenance des enfans légitimes ne révoque pas la légitimation *per subsequens matrimonium*.

31. Huitieme raison.

32. La Légitimation est un Acte légitime qui ne peut point recevoir de condition.

33. Tous ces argumens de part & d'autre sont peu concluans.

34. La véritable raison décisive doit être tirée de la Loi *Si unquam*.

35. Cette Loi ne parle que de

quée, parce que ce qui a été fait utilement, dure; quoiqu'il arrive un cas qui empêcheroit l'obtention. La deuxieme, que la légitimation acquise aux enfans à la sollicitation du pere, ne peut pas leur être ôtée par son fait; c'est-à-dire, par son mariage, ou les enfans qu'il produit. La troisieme, si la légitimation étoit révoquée par la survenance des enfans légitimes, il s'ensuivroit qu'une même personne seroit légitime pendant un tems, & illégitime dans la suite; ce qui répugne. La quatrieme, que l'adoption n'est pas révoquée par la survenance des enfans naturels & légitimes; cependant la légitimation par rescrit du Prince, est beaucoup plus efficace que l'adoption; ou du moins le fils légitimé, & l'adoption, sont dans un pareil degré de faveur, suivant les loix. La cinquieme, la liberté n'est point révoquée par la loi *Si unquam*. Or la légitimation & la liberté sont comparées l'une avec l'autre. La sixieme, la légitimation ne peut être révoquée que par la volonté présumée du pere, qui est la raison fondamentale de la loi *Si unquam*; cependant le pere est censé avoir un amour aussi fort pour ses enfans naturels, que pour ses enfans légitimes; & par conséquent il n'y a nulle apparence qu'il voulût les faire retomber dans l'état de bâtardise, duquel il les a tirés par la légitimation. La septieme, si la survenance des enfans légitimes ne révoque pas la légitimation des bâtards, qui se fait *per subsequens matrimonium*, il en doit être de même de la légitimation par rescrit, parce que, suivant les Auteurs, les légitimés par le mariage subséquent, & ceux qui le sont par rescrit, ne different en rien. La huitieme, la révocation de la légitimation par la survenance des enfans légitimes, ne pourroit se faire que par une condition tacite & sous-entendue lors de la légitimation. Or la légitimation étant un acte légitime, il ne peut point recevoir de condition; *L. Actus legitimi 77, ff. de reg. jur.* On ne peut donc avoir sous-entendu cette condition tacite, parce qu'elle est contre la nature de l'acte.

Tous ces argumens qui sont allégués de part & d'autre, nous paroissent éloignés & frivoles; les Docteurs se sont fatigués inutilement pour en chercher dans des lieux étrangers, & n'ont pas pensé à les chercher dans la loi *Si unquam*, où les raisons

décisives de cette question se découvrent avec évidence. En effet, cette loi ne parle que de la donation de tous les biens, ou d'une partie des facultés, *bona omnia vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus*; or la légitimation n'est pas une libéralité de tous les biens, ni d'une partie, ce n'est qu'un simple changement d'état, que le pere procure à ses enfans par le bénéfice du Prince; & par conséquent la légitimation n'est point contenue explicitement ni implicitement dans la loi *Si unquam*.

1. Parce qu'elle n'est pas une donation. 2. Qu'elle n'est pas une libéralité des biens, ni d'une partie. 3. Qu'elle ne vient pas du pere; car il ne fait que la solliciter, mais bien de la bonté du Prince: elle ne doit donc pas être révoquée par la loi *Si unquam*, d'autant que cette loi qui est exorbitante, ne doit pas être étendue hors du cas de la donation de tous les biens, ou de partie des facultés du donateur; ce qui ne peut point convenir à la légitimation émanée de l'autorité du Prince, laquelle légitimation, aux termes de l'Auth. *Item sine, cod. de naturalib. liber.* n'est pas une donation du pere, mais un bienfait du Prince & de la loi *Principis & legis dono*.

Que si la légitimation est une voie à la succession du pere, suivant l'Auth. *Licet*, & l'Auth. *Item sine, cod. de naturalib. liber.* cela ne peut pas la faire regarder comme une donation, puisque tout l'avantage ne consiste qu'en une simple espérance, dont le pere peut priver son fils légitime, & qui est bien différente d'une donation actuelle, qui acquiert un droit certain au donataire du moment de la donation.

On peut donc affurer indistinctement avec Paul de Castro, *Concil. 22. Part. 2*; & Baquet, *du droit de bâtardise, ch. 12, n. 7*, que la légitimation n'est point révoquée par la survenance des enfans légitimes, à cause de la disposition de la loi *Si unquam*, contre le sentiment de Tiraqueau, *verb. (Donatione largitus) n. 314, 315 & 316*, qui a cru que quand au tems de la légitimation le pere naturel n'a pas porté ses vues sur les enfans légitimes qu'il pourroit avoir dans la suite, la légitimation ne doit avoir son effet que pour les charges & les honneurs, & non pas pour la faculté de succéder avec les légitimes; car si la faculté de succéder, qui est attribuée au bâtard

la Donation de tous les biens, ou d'une partie des facultés.

36. La légitimation n'est pas une Donation des biens, ou d'une partie des facultés.

37. La légitimation est un bénéfice de la Loi du Prince.

38. Conclusion, que la légitimation n'est pas révoquée par la Loi *Si unquam*.

39. Réponse à la raison prise de ce que la légitimation donne droit à la succession.

40. Auteurs qui ont tenu que la légitimation n'est pas révoquée par la Loi *Si unquam*.

41. Sentiment de Tiraqueau, qui distingue.

42. Réfutation de la distinction de cet Auteur.

43. La légitimation du Prince n'efface pas le vice de la naissance.

légitimé par les lettres de légitimation, souffre quelque atteinte par la naissance des enfans légitimes, cela n'a pas pour fondement la disposition de la loi *Si unquam*, mais bien l'inégalité de faveur qu'il y a entre les enfans légitimes, & ceux qui sont légitimés par rescrit, parce que la légitimation accordée par le Prince n'est pas capable d'effacer le vice de la naissance, quoiqu'elle rende les bâtards habiles à posséder des charges & des honneurs, & que la loi a réglé la succession lorsque les bâtards légitimés concourent avec les légitimes.

44. Si les enfans légitimés par rescrit, succèdent à leur pere avec les légitimes.

Sur quoi il faut observer que plusieurs Auteurs, & entr'autres *Baquet, du droit de bâtardise, ch. 12, n°. 7; Ferrieres, sur la quest. 482 de Guipape; Peregrinus, de fideicom. Art. 23, n°. 31*, ont décidé, conformément à la loi 9, *cod. de naturalib. liber.* & autres textes du droit Romain, que les bâtards légitimés du consentement du pere, lui succèdent avec les enfans nés de légitime mariage; mais qu'ils ne peuvent prendre, par quelque disposition que ce soit, de la part du pere, qu'une portion qui ne peut être plus grande que la moindre d'un des enfans légitimes.

45. Auteurs pour l'affirmative.

46. Auteurs pour la négative.

Au contraire, *Brodeau, sur M. Louet, lettre L; somm. 7; & Ricard, des donations, tom. 1, part. 1, ch. 3, sect. 8, n°. 441 & 442*, ont assuré que par les nouveaux arrêts des Cours supérieures, la clause de succéder insérée dans les lettres de légitimation du bâtard, étoit indistinctement rejetée, soit qu'il y eût des enfans légitimes, ou qu'il n'y en eût pas; que non-seulement les bâtards légitimés par rescrit ne peuvent pas succéder *ab intestat* à leurs parens, qui les ont fait légitimer, mais encore qu'ils sont incapables de recueillir des dispositions universelles de la part de leur pere ou mere, & que la légitimation n'opérerait aucun effet pour ce qui regarde la capacité de recueillir les biens.

47. Sentiment de Lebrun en faveur des bâtards légitimés.

Toutefois *Me. Denys Lebrun, dans son traité des Successions, livre 1, chapitre 2, section 1, distinction 2, n°. 4 & 16*, a réfuté le sentiment de ces Auteurs, qui prétendent que l'usage des légitimations est aboli par rapport aux successions; & il a fait voir que la décision de ces Auteurs n'étoit fondée que sur des arrêts mal entendus; car les anciens arrêts & les Auteurs ont conservé aux bâtards légitimés par rescrit le droit de succéder *ab intestat* à leur pere ou

mere qui les ont fait légitimer, & la faculté de recueillir des dispositions universelles : on peut ajouter aux autorités rapportées par *Lebrun*, celle de *Chopin*, de *Domanio*, lib. 1, tit. 10, n°. 11 ; de *Soefve*, tom. 1, centur. 4, ch. 99, & de *Basnage*, sur l'article 275 de la coutume de Normandie.

Quoi qu'il en soit, les Auteurs du Parlement de Toulouse ont donné aux lettres de légitimation tout leur effet, quant à la capacité de succéder, & de recueillir des dispositions universelles de la part du pere ou de la mere qui ont consenti à la légitimation : mais ils ne les ont reçus à succéder qu'au pere, qui a consenti à la légitimation, & non aux autres ascendans ou collatéraux qui n'y ont pas consenti : c'est l'avis de *Benedicti*, sur le chapitre *Raynutius*, verb. (*Et uxorem nomine adelasiam*) de *success. ab intestato*, n°. 186 ; de *Ferrieres*, sur la question 482 de *Guipape*. *M. Larroche*, liv. 1, tit. 16, verb. (*Bâtard*), article 3, & *M. de Catellan*, liv. 2, ch. 95, rapportent des arrêts conformes ; même suivant *Graverol*, sur *M. Larroche*, liv. 6, tit. 63, article 7, le bâtard légitimé par rescrit peut demander la légitime sur les biens de son pere naturel qui l'a fait légitimer, & impugner son testament par la plainte d'inosseffité ; que si le fils légitimé est prétérit dans le testament de son pere, il peut en demander la cassation, selon *Dumoulin*, sur la coutume de Paris, §. 13, gloss. 1, n°. 42 ; ce qu'il faut néanmoins entendre dans le cas qu'il n'y a point des enfans légitimes institués héritiers.

Du reste, il importe de remarquer que les Auteurs du pays coutumier qui ont expliqué les conditions & les formalités nécessaires pour la validité des légitimations par rescrit du Prince, exigent le consentement des successeurs *ab intestat* du pere naturel ; autrement la légitimation ne peut pas donner au bâtard le droit de succéder, comme on peut le voir dans *Ferrieres*, sur la coutume de Paris, article 318, §. 3, des *bâtards*, au titre de la légitimation par lettres du Prince, tom. 4, pag. 730, & suivantes. *Lebrun*, des *successions*, liv. 1, ch. 2, sect. 1, dist. 2 ; mais cela est fondé sur une raison particuliere, qui cesse dans le pays du droit écrit ; c'est-à-dire, sur ce que les coutumes ne permettant de disposer que d'une partie des propres, les successeurs *ab intestat* ont une espece

48. Usage du Parlement de Toulouse favorable aux bâtards légitimés.

49. Les bâtards légitimés par rescrit, ne succedent pas à ceux qui n'ont pas consenti à la légitimation.

50. Le bâtard légitimé par rescrit, peut demander la légitime sur les biens de son pere, qui l'a fait légitimer.

51. Il peut impugner le Testament dans lequel il a été prétérit.

52. Exceptions, lorsque les enfans légitimes sont institués.

53. Si les successeurs *ab intestat* doivent consentir à la légitimation, afin qu'elle soit valable.

54. Usage du Pais Coutumier pour l'affirmative.

55. Raisons de cet usage.

56. En Pais de Droit écrit, le consentement des successeurs *ab intestat* n'est pas requis.

57. Raisons de cet usage.

de droit formé sur les biens dont il n'est pas permis de disposer; voilà pourquoi leur consentement est nécessaire, afin que les lettres de légitimation puissent avoir leur effet quant à la succession; mais comme en pays de droit écrit les successeurs *ab intestat* n'ont aucun droit formé, & qu'il est permis à tout pere de famille de disposer de ses entiers biens à leur préjudice, leur consentement n'est pas nécessaire pour l'effet des lettres de légitimation, quant à la faculté de succéder accordée au bâtard, & il suffit du consentement du pere qui l'a fait légitimer, comme l'observent *Benedicti*, sur le chapitre *Raynutius*, *verb. (Et uxorem nomine adelasiam) de success. ab intestato*, n°. 18; & *Baquet*, du droit de bâtardise, ch. 12, n°. 6, pourvu toutefois que les lettres de légitimation contiennent cette faculté de succéder, quand même elles imposeroient pour condition le consentement des successeurs *ab intestat*, ¶ suivant *Papon*, liv. 21, tit. 3, article 14, cette clause ne pouvant opérer son effet que dans les pays où le consentement des collatéraux est nécessaire. C'est ainsi que le Parlement de Toulouse l'a jugé par un Arrêt de la Grand'Chambre, après partage; Rapporteur, M. de Vic; Compariteur, M. de Comere, le 6 Septembre 1736, en faveur de la Demoiselle Dupuy, fille légitime par rescrit de Me. Dominique Dupuy, Avocat, contre le Syndic de l'hôpital de Saint Girons. Lors de cet Arrêt, on ne s'arrêta pas à la condition du consentement des collatéraux apposée aux lettres de légitimation de la Demoiselle Dupuy; & quoique ce consentement ne fût pas intervenu, elle fut jugée capable de succéder à son pere, qui avoit obtenu les lettres de légitimation. J'ai rapporté cet Arrêt avec les raisons des parties dans mon traité des testamens, ch. 6, sect. 2, n°. 211, 212 & suivans, & il est conforme à l'avis de *Baquet*, au lieu cité.

V. *Nicolaum Burgundium ad consuetudines Flandriæ, aliarumque gentium, tractatu* 13, n°. 14, & suivans, pag. 199, où il fait la même distinction des pays du droit écrit, d'avec ceux du droit coutumier, par les mêmes raisons que nous avons touchées ci-dessus. On peut encore voir les observations de M. Bretonnier, sur *Henris*, liv. 6, quest. 27, qui a discuté cette matière d'une manière curieuse. ¶

QUESTION XIX.

- I. Si la Donation faite par un homme ayant des enfans , qu'il croyoit morts , est révoquée par leur retour.

S O M M A I R E S.

1. La Question est susceptible de plusieurs argumens.
2. Première raison de la négative.
3. La Loi Si unquam ne révoque les Donations que quand elles ont été faites par une personne qui n'avoit point d'enfans.
4. En matière de conditions , on ne considère que le pur fait.
5. Deuxième raison.
6. Il n'y a que les enfans survenus qui révoquent la Donation.
7. Troisième raison.
8. Quatrième raison.
9. La condition du retour des enfans absens , n'est pas sous-entendue dans la Donation.
10. Raisons pour soutenir la révocation des Donations.
11. Première raison.
12. La raison du retour des enfans , milite plus fortement que la survenance des enfans.
13. La fausse opinion de la mort des enfans , est le fondement de la Donation.
14. Deuxième raison.
15. Cas de la Loi 28 , ff. de inoff. testamento.
16. Motifs de cette Loi.
17. Cas de la Loi dernière , ff. de hæred. instituendis.
18. Troisième raison : la révocation est fondée sur l'esprit de la Loi Si unquam.
19. Auteurs qui ont décidé en faveur de la révocation.

20. *Résolution, que le retour des enfans que le pere croyoit morts, révoque la Donation faite dans une fausse opinion.*

- C**ETTE question est susceptible de plusieurs argumens de part & d'autre. Pour établir que le retour des enfans ne révoque pas les donations antérieures faites par leur pere, on peut dire, 1. que la loi *Si unquam* ne peut pas y être appliquée, parce qu'elle ne déclare les donations révoquées par la survenance des enfans, que quand le donateur n'en avoit point lors de la donation, puisqu'elle dit, *filios non habens*; ce qui a été mis dans cette loi comme une condition essentielle, afin que la révocation ait lieu; condition qui manque lorsque le donateur a des enfans, quoiqu'ils soient absens; mais ce fait est indifférent, parce qu'en matière de conditions on ne considère que le pur fait. *L. 44 & L. 55, ff. de conditionibus & demonstrat.*
2. Que la même loi exige aussi, comme une autre condition également essentielle, pour opérer l'effet de la révocation, qu'il naisse des enfans au donateur après la donation, & *postea suscepit liberos*, dit la loi; ce qui ne peut pas se vérifier par le retour de ceux qui étoient nés lors de la donation; car autre chose est la naissance survenue; autre chose est le retour de ceux qui étoient déjà nés.
3. Que si loi *Si unquam* étant exorbitante & contraire aux regles qui s'opposent, la révocabilité des donations entre-vifs, qui sont parfaites, *L. Perfecta, cod. de donat. quæ sub modo*, & autres textes du droit, & s'agissant de priver le donataire d'un droit à lui légitimement acquis, on ne doit point étendre la disposition de la loi *Si unquam* hors du cas de la véritable naissance des enfans après la donation.
4. Que la naissance des enfans a bien été considérée comme une condition tacite sous-entendue dans la donation, dont l'événement devoit causer la résolution; mais on n'a pas sous-entendu la condition du retour des enfans absens; & comme les conditions sont *stricti juris*, & qu'elles ne s'étendent point d'un cas à l'autre, il n'y a pas lieu de l'appliquer au retour des enfans existans au tems de la donation.
1. La Question est susceptible de plusieurs argumens.
2. Première raison de la négative.
3. La Loi *Si unquam* ne révoque les Donations que quand elles ont été faites par une personne qui n'avoit point d'enfans.
4. En matière de conditions, on ne considère que le pur fait.
5. Deuxième raison.
6. Il n'y a que les enfans survenus qui révoquent la Donation.
7. Troisième raison,
8. Quatrième raison.
9. La condition du retour des enfans n'est pas sous-entendue dans la Donation.

Au contraire, plusieurs raisons peuvent être al-

léguées pour soutenir la révocation des donations. La première, que la raison décisive que les Docteurs conviennent servir de fondement à la loi *Si unquam*, s'applique au cas du retour des enfans que le donateur croyoit morts : c'est-à-dire, que s'il avoit cru avoir des enfans dans la suite, il n'auroit pas fait la donation ; on peut même dire que la raison du retour milite avec plus de force, parce que le donateur qui n'a jamais eu des enfans, ne connoît pas par sa propre expérience la mesure & l'étendue de l'amour paternel, qui l'auroit empêché de faire une libéralité au préjudice de ses propres enfans ; au lieu que celui qui a des enfans, qu'il croit morts, étant parfaitement instruit de la force & de la vivacité de cet amour, seroit encore plus retenu pour ne pas diminuer son patrimoine, afin de le conserver tout entier à ses enfans ; car c'est le vœu commun de la nature & des parens, *naturæ simul & parentum commune votum*, suivant les expressions de la loi 7, ff. *si tab. testam. null. extab. undè liberi* ; en sorte que la fausse opinion de leur mort est comme le motif qui a servi de fondement à la libéralité.

La deuxième, que les Législateurs ont été si fort convaincus de cette vérité, que le Jurisconsulte Paul agitant la question, si le testament d'une femme qui avoit un fils qu'elle croyoit mort, par lequel testament un étranger avoit été institué héritier, pouvoit valoir au préjudice du fils, il résout, conformément à un rescrit de l'Empereur Adrien, que l'hérédité devoit être adjudgée au fils, *Divus Hadrianus decrevit hæreditatem ad filium pertinere*, dit la loi 28, ff. *de inoff. testamento* ; ce qui n'est fondé que sur ce qu'il n'est pas vraisemblable que si cette femme n'eût pas cru son fils mort, elle eût voulu disposer de ses biens en faveur d'un étranger.

On trouve la même décision dans la loi dernière, ff. *de hæred. instituendis*, où le même Jurisconsulte Paul rapporte, qu'un homme qui avoit institué sa niece héritière, ayant fait un second testament, où il avoit institué un autre héritier, dans la fausse opinion où il étoit que sa niece étoit morte : celle-ci étant revenue, & ayant demandé la succession en vertu du premier testament, elle lui fut accordée par le jugement des Empereurs, dont le Jurisconsulte rapporte la décision ; or si la faveur d'une niece

10. Raifons pour soutenir la révocation des Donations.

11. Première raison.

12. La raison du retour des enfans, milite plus fortement que la survenance des enfans.

13. La fausse opinion de la mort des enfans est le fondement de la Donation.

14. Deuxième raison.

15. Cas de la Loi 28, ff. *de inoff. Testamento*.

16. Motifs de cette Loi.

17. Cas de la Loi dernière, ff. *de hæred. instituendis*.

a mérité un tel jugement, que ne doit-on pas faire quand il s'agit de la faveur des enfans, qui est beaucoup plus grande; puisque les loix ont fléchi toutes les regles pour leur déferer les biens de leurs peres !

18. Troisième raison : la révocation est fondée sur l'esprit de la Loi *Si unquam*.

La troisième, que si la lettre & les circonstances marquées dans la loi *Si unquam*, semblent s'opposer à la révocation, elle est tout-à-fait conforme à son esprit, parce qu'il n'y a pas plus d'apparence que le donateur eût fait la donation, s'il n'avoit pas été dans la fausse opinion que ses enfans étoient morts, qu'il y en avoit dans l'espece des loix ci-dessus citées, que la mere ou l'oncle eussent choisi d'autres héritiers que ceux auxquels ils avoient destiné leur succession, s'ils les avoient crus vivans; on doit donc suivre la même décision.

19. Auteurs qui ont décidé en faveur de la révocation.

20. Résolution, que le retour des enfans que le pere croyoit morts, révoque la Donation faite dans cette fautive opinion.

Enfin plusieurs Auteurs ont décidé la question pour la révocation. *M. Tiraqueau*, sur la loi *Si unquam*, *verb. (Filiis non habens)* n^o. 15, 16, 17 & 18, en rapporte plusieurs, & il ne croit pas même qu'on puisse penser le contraire; *Etienne Papon*, sur la même loi, *verb. (Filiis non habens)*; & *Fernand*, dans son commentaire sur cette loi, n^o. 8, *versic. septimo*, le décident de la même maniere; aussi croyons-nous que cette opinion mérite d'être suivie dans la pratique, parce qu'elle est fondée sur une équité évidente, & sur la présumée volonté du donateur, qui est la raison décisive, & qui doit servir de regle pour l'application de la loi *Si unquam*.



QUESTION XX.

- I. Si le pere qui n'a que des filles , faisant une Donation à un de ses parens de son nom , ou avec charge de porter son nom , la Donation est révoquée par la naissance d'un enfant mâle.

S O M M A I R E S ,

1. La Loi Si unquam ne révoque pas les Donations faites par une personne qui avoit des enfans.
2. C'est une condition essentielle que le donateur n'ait point d'enfans au tems de la Donation.
3. Raison alléguée par les Docteurs.
4. Résolution pour la révocation de la Donation dans le cas proposé.
5. Celui qui , en donnant , impose la condition de porter son nom , témoigne une forte passion pour la conservation de son nom.
6. Le donateur témoigne une prédilection pour son nom , au préjudice de ses filles.
7. Il témoigne aussi une affection pour les mâles.
8. La naissance d'un mâle fait cesser la prédilection pour le collatéral.
9. Réponse aux raisons contraires.

DANS cette question , tout comme dans la précédente , la disposition littérale de la loi *Si unquam* combat avec son esprit & son motif ; car c'est une regle adoptée par tous les Interprètes , & qui est fondée sur ces mots de la loi *Filios non habens* , que la survenance des enfans ne révoque pas les donations faites par leur pere , qui avoit des enfans lors de la donation.

Nous avons même remarqué dans la question précédente , que c'étoit une condition essentielle , que le donateur n'eût point d'enfans au tems de la do-

1. La Loi *Si unquam* ne révoque pas les Donations faites par une personne qui avoit des enfans.

2. C'est une condition essentielle , que le donateur

n'ait point d'enfans au tems de la Donation.

3. Raïson alléguée par les Docteurs.

nation; autrement la naissance des autres ne peut donner aucune atteinte aux donations, à moins qu'elles ne fussent inofficieuses; auquel cas elles seroient retranchées seulement à concurrence de la légitime des enfans; *L. Si totas, cod. de inoff. donat.*

La raïson que les Docteurs ont donnée, est que le pere qui a des enfans, & qui leur a préféré un étranger, l'a fait avec connoissance, & par des grandes & fortes considérations, qui font présumer qu'il auroit également préféré le donataire à ceux qui sont nés postérieurement, s'ils avoient existé lors de la donation.

4. Résolution pour la révocation de la Donation dans le cas proposé.

Toutefois ces raïsons ne sauroient empêcher qu'on ne doive décider dans cette espece, que la naissance d'un enfant mâle révoque la donation, parce que la raïson décisive & le motif de la loi s'y appliquent parfaitement.

5. Celui qui, en donnant, impose la condition de porter son nom, témoigne une forte passion pour la conservation de son nom.

En effet, un pere, qui au préjudice de ses propres filles, fait des libéralités à un parent qui porte son nom, ou auquel il impose la qualité de porter son nom, témoigne une forte passion pour la conservation de son agnation, dont les filles sont incapables; & c'est précisément cette passion & cette affection si naturelle à l'homme de perpétuer son nom, & d'en conserver l'éclat, afin qu'il passe à la postérité avec le même lustre, qui prouve que la décision de la loi *Si unquam* doit avoir lieu dans ce cas, lorsque la donation est considérable, & répond aux vues que le donateur a eu de conserver son nom avec le même éclat.

6. Le donateur témoigne une prédilection pour son nom, au préjudice de ses filles.

Car il est facile de comprendre que le donateur a eu une prédilection pour son nom au préjudice de ses propres filles; la tendresse paternelle cede dans cette rencontre à cette noble passion de conserver notre mémoire (qui nous fait pour ainsi dire revivre quand nous n'existons plus) dans la personne de ceux qui portent le même nom; & comme les filles passant dans des maisons étrangères, sont incapables de conserver le nom & l'agnation, si le donateur a donné la préférence à une personne de son agnation, ou à laquelle il a imposé la condition de porter son nom, il a témoigné à même tems une affection particuliere pour les mâles; en sorte qu'on peut dire avec vérité, que la naissance d'un enfant mâle dissipe, & fait évanouir cette prédilec-

7. Il témoigne aussi une affection pour les mâles.

tion qu'il a fait paroître pour le donataire, & la préférence qu'il lui a donnée sur ses filles; l'on ne sauroit douter avec quelque fondement, que s'il avoit cru d'avoir un jour un enfant mâle capable de soutenir sa maison, & de porter son nom, il fût allé chercher parmi ses collatéraux des personnes pour le représenter après sa mort, & qu'il eût préféré l'ombre ou la fiction à la vérité & à la réalité.

8. La naissance d'un mâle fait cesser la prédilection pour le collatéral.

Ce n'est donc pas le cas de dire que le pere a éprouvé la mesure & l'étendue de l'affection paternelle, & qu'il n'a pas laissé de répandre ses libéralités sur les collatéraux par une préférence méditée & fondée sur de grandes & fortes considérations; car les choses ne sont pas égales, parce que la préférence sur les filles a pour fondement un motif particulier, qui se vérifie bien mieux en la personne d'un enfant mâle, que d'un étranger; & si le donateur a postposé ses filles à des étrangers capables de porter le nom du donateur, il n'y a pas à hésiter qu'il n'eût aussi postposé le donataire à son propre enfant mâle, s'il en avoit eu, comme étant plus capable de conserver le nom & l'agnation que le donataire; & c'est ainsi que cette question est décidée par Ricard, des donations, tom. 1, part. 3, n°. 598, & dans les Arrêts de M. le Premier Président de Lamoignon, des donations, article 47.

9. Réponse aux raisons contraires.



QUESTION XXI.

I. SI le fils de famille peut donner entre-vifs, sans le consentement ou la permission de son pere.

SOMMAIRES.

1. Première difficulté sur cette Question: si la permission du pere est nécessaire pour la validité de la Donation entre-vifs du fils de famille, pour les biens dont il a la propriété & l'usufruit.
2. Le fils de famille peut disposer librement des biens castrensés ou quasi-castrensés.

3. *Deuxieme difficulté: si la permission du pere est requise pour la Donation des biens dont il a l'usufruit juræ patriæ potestatis.*
4. *Les Loix n'exigent pas l'autorité, mais seulement le consentement du pere.*
5. *Le consentement du pere n'est requis que pour son intérêt.*
6. *Le fils de famille est capable de toute sorte de Contrats.*
7. *Excepté du prêt, à cause du Senatusconsulte Macédonien.*
8. *Preuves que le fils de famille n'est pas incapable de donner entre-vifs.*
9. *Suite.*
10. *Si l'autorité étoit requise, elle devrait être prêtée dans l'Acte même.*
11. *Exemple du tuteur.*
12. *Quand le pere accorde un pécule à son fils, & lui permet de donner, le fils n'a pas besoin d'un autre consentement pour la validité de la Donation.*
13. *Quand la Donation est faite par le fils de famille, du consentement de son pere, elle est regardée comme si le pere avoit donné.*
14. *On ne doit pas argumenter de l'incapacité du fils de famille à faire Testament, à la faculté de donner.*
15. *Raison de cela.*
16. *La faculté de tester, est de droit public.*
17. *La faculté de donner vient du droit des gens.*
18. *Le fils de famille peut donner les biens sur lesquels le pere n'a aucun droit.*
19. *Disposition de la Nouvelle 117.*
20. *Disposition de la Loi 8, §. 5, Cod. de bonis quæ liberis.*
21. *Le fils de famille ne peut pas disposer des biens, dont son pere a l'usufruit jure patriæ potestatis.*
22. *Explication de la Loi 7. ff. de Donat.*
23. *Le fils n'a que l'administration, & non la propriété du pécule à lui confié.*

24. L'administrateur ne peut pas donner.
25. Par le Droit ancien, tout ce que le pere de famille acquerit, appartenoit au pere.
26. Afin que la Donation vaille, il faut qu'elle soit faite par le propriétaire.
27. Résolution de la question: le fils de famille peut donner sans la permission du pere les biens qui lui appartiennent en propriété & usufruit.
28. Le fils de famille est personne libre à l'égard des biens dont il a la pleine propriété.
29. Si le fils de famille peut donner, sans le consentement de son pere, les biens dont le pere a l'usufruit *jure patriæ potestatis*.
30. Résolution pour la négative.
31. Qu'est-ce que comprend le mot Aliénation ?

CETTE question renferme deux difficultés. La premiere consiste à favoir, si la permission du pere est nécessaire pour la validité de la donation entre-vifs, faite par le fils de famille, des biens dont il a la propriété & l'usufruit; autres néanmoins que le pécule castrense ou quasi-castrense; car à l'égard de cette espece de biens, il n'est point contesté que le fils de famille ne puisse les donner entre-vifs sans la permission de son pere, suivant la loi 7, §. dernier, *ff. de donat.* Et la deuxieme, si cette permission est requise à la donation des biens dont le pere a l'usufruit *jure patriæ potestatis*.

Pour résoudre la premiere sur les vrais principes du droit Romain, il faut présupposer premièrement que les loix n'exigent pas l'autorité du pere, mais son consentement, pour la validité des donations faites par le fils de famille; c'est ce qui paroît clairement de la loi *Filius-familias* 7, §. 3, & §. 5, *ff. de donat.* En second lieu, que ce consentement n'est requis que par rapport à l'intérêt du pere, & non pas pour lever l'incapacité que l'on pourroit supposer être en la personne du fils de famille, qui le met hors d'état de pouvoir donner entre-vifs; car le fils de famille est capable de toute sorte de contrats, de même que le pere de famille, & il peut valablement s'obliger pour toute sorte de causes, suivant la loi *Filius-familias* 39, *ff. de oblig. & ac-*

1. Première difficulté sur cette Question: si la permission du pere est nécessaire pour la validité de la Donation entre-vifs du fils de famille, pour les biens dont il a la propriété & l'usufruit.

2. Le fils de famille peut disposer librement des biens castrenses ou quasicastrenses.

3. Deuxieme difficulté: si la permission du pere est requise pour la Donation des biens dont il a l'usufruit *jure patriæ potestatis*.

4. Les Loix n'exigent pas l'autorité, mais seulement le consentement du pere.

5. Le consentement du pere n'est requis que pour son intérêt. *tionib. Filius-familias*, dit cette loi, *ex omnibus causis tanquam pater-familias obligatur, & ob id agi cum eo tanquam cum patre-familias potest*; l'on en excepte pourtant le prêt, dont le fils de famille est relevé par le bénéfice du *Senatusconsulte Macédonien*.

6. Le fils de famille est capable de toute sorte de Contrats. Qu'il n'y ait aucune incapacité en la personne du fils de famille pour pouvoir faire une donation entre-vifs, cela est décidé dans la loi 7, §. 1, & §.

7. Excepté du prêt, à cause du *Senatusconsulte Macédonien*. 3, ff. de donat. puisque dans le premier de ces deux textes il est dit que le fils de famille, auquel son pere a confié la libre administration d'un pécule, peut donner entre-vifs, même sans la permission de son pere, s'il le fait par un bon motif. *Quid ergo si*

8. Preuves que le fils de famille n'est pas incapable de donner entre-vifs. *justâ ratione motus donet, numquid possit dici locum esse donationi? Quod magis probabitur.*

9. Suite.

Le §. 3 décide aussi que si le pere confie un pécule à son fils, *Senatoriæ vel cujus alterius dignitatis*, ce fils a la faculté de donner, sans la permission de son pere, s'il ne l'a expressément défendu; ce qui ne se pourroit point, s'il y avoit une incapacité en la personne du fils de famille pour pouvoir donner, & qu'il eût besoin de l'autorité ou de la permission de son pere, *ad integrandam personam*, comme l'ont pensé mal-à-propos certains Auteurs.

10. Si l'autorité étoit requise, elle devroit être prêtée dans l'Acte même. Que si l'autorité du pere étoit requise *ad integrandam personam filii-familias*, le pere devroit nécessairement intervenir lorsque la donation se fait, comme il est décidé à l'égard du tuteur, dont l'autorité est requise *ad integrandum personam pupilli*, & qui doit être prêtée au moment de l'acte, & non avant ni après l'acte; *L. Obligari 9, §. Tutor. 5, ff. de autor. tutor.* cependant la loi 7, §. 2, ff. de donat. décide

11. Exemple du tuteur.

12. Quand le pere accorde un pécule à son fils, & lui permet de donner, le fils n'a pas besoin d'un autre consentement pour la validité de la Donation. qu'il suffit que le pere, en accordant le pécule à son fils, lui permette de donner, pour que le fils le puisse, en quelque tems que ce soit, sans qu'il soit besoin d'aucun autre consentement ni permission du pere lors de la donation. *Item videamus si quis filio-familios liberam peculii administrationem concesserit, ut nominatim adjiceret sic se ei concedere ut donare quoque possit, an locum habeat donatio? & non dubito donare quoque eum posse*, dit cette loi; ainsi il est évident

13. La Donation faite par le fils de famille du consentement de que ni l'autorité, ni la présence du pere, ne sont point requises *ad integrandam personam filii-familias*; mais la loi n'exige cette permission que par rapport à l'intérêt du pere; ce qui est si vrai, que la donation

tion faite par le fils de famille, du consentement de son pere, est regardée comme si le pere avoit donné lui-même, *perinde est ac si pater ipse donaverit*, L. 9, §. 2, ff. de donat. son pere; est regardée comme si le pere avoit donné.

Enfin le §. 2, dont on vient de parler, ne requiert point l'autorité; car il n'en fait point mention; mais il se fert seulement des termes *jussu aut voluntate*, qui sont bien différens de l'autorité.

Il ne faut donc pas argumenter de la faculté de faire testament, dont le fils de famille est incapable, même avec la permission de son pere; L. *Qui in potestate 6, qui testamenta facere possunt*, à celle de donner entre-vifs; la raison est que la faculté de tester n'a été accordée qu'aux peres de famille par la loi des douze Tables: *Uti pater-familias super pecunia tutelave rei suæ legavit, ita jus esto*, que même elle est de droit public; voilà pourquoi les particuliers ne peuvent pas l'étendre ni y déroger; que la faculté de donner vient du droit des gens; qu'ainsi tout le monde en est capable, excepté ceux que la loi en a exclus expressément.

De ces deux principes, il s'ensuit que quand le pere n'a aucun droit sur les biens de son fils, celui-ci les peut donner entre-vifs sans la permission ni le consentement de son pere; ce qui est un effet & une suite de la pleine propriété, que le fils de famille a sur ses propres biens, en conséquence de laquelle il peut en disposer par contrat, comme il le trouve à propos. L. *In re mandata 21, cod. mandati, & L. 39, ff. de oblig. & actionib.*

Cela est plus expressément décidé, à l'égard des biens donnés ou légués au fils de famille; à condition que le pere n'en auroit pas l'usufruit par la *Novelle 117, cap. 1, §. 1, Res autem ita relictas, sive donatas possis sub potestate personis, siquidem perfectæ sint ætatis, licet sub potestate sint, licentiam habeant quo volunt modo disponere.* 19. Disposition de la Novelle 117.

Enfin la loi *Cum non solum 8, §. 5, versic. filiis autem*, cod. de bonis quæ liberis, porte la même décision, en ce qu'elle défend au fils de famille de disposer par testament & par contrat, des biens dont le pere a l'usufruit; mais elle borne sa défense taxativement à cette espece de biens; par où elle permet au fils de famille de disposer par contrat des biens appartenans, dont le pere n'a point l'usufruit: *Filius autem* 20. Disposition de la Loi 8, §. 5, Cod. de bonis quæ liberis. 21. Le fils de famille ne peut disposer des biens dont son

pere a l'usufruit jure patriæ potestatis. *familias*, dit la loi, *in his dumtaxat casibus in quibus ususfructus apud parentes constitutus est, donec parentes vivunt, nec iisdem rebus testari permittimus, neque circa voluntatem eorum quorum in potestate sunt, ulla licentia eis concedenda dominium rei ad eos pertinentis alienare.*

22. Explication de la Loi 7, ff. de Donat.

La loi *Filius-familias* 7, ff. de donat. semble contraire à cette décision ; car elle dit que le fils de famille ne peut point donner, quand même il auroit l'administration libre du pécule à lui confié par son pere ; ce que le §. 2 de la même loi entend, si le pere n'en a pas donné la permission à son fils ; car il le pourroit, s'il en avoit la permission ; d'où il semble qu'il doit conclure, que le fils de famille ne peut point donner entre-vifs sans la permission de son pere.

23. Le fils n'a que l'administration & non la propriété du pécule à lui confié.

24. L'administrateur ne peut pas donner.

25. Par le Droit ancien, tout ce que le fils de famille acquéroit, appartenoit au pere.

26. Afin que la Donation vaille, il faut qu'elle soit faite par le propriétaire.

27. Résolution de la Question : le fils de famille peut

Mais à bien examiner ces textes, ils n'ont rien de contraire à la résolution que nous avons établie ; car ils ne parlent que du pécule confié au fils de famille, & dont il n'a point la propriété, mais la simple administration, qui ne lui attribue point le droit de donner, parce que c'est perdre ; ce qui est contraire aux regles de l'administration, comme le dit la loi 7 ; en sorte que cette loi décide bien conformément à la loi 28, §. 2, de pactis, & à la loi 3, §. 8, ff. de donat. inter virum & uxorem, que le fils de famille ne peut pas faire des donations aux dépens des biens de son pere, quoique l'administration lui en ait été accordée à titre de pécule ; mais elle ne dit pas que le fils de famille ne peut pas donner les biens dont il a la pleine propriété ; ce ne pouvoit pas même être la vue du Jurisconsulte, parce que de son tems le fils de famille n'acqueroit rien qui n'appartint en pleine propriété à son pere, si l'on en excepte le pécule castrense, ou quasi-castrense, suivant le §. 1, aux institutes, *Per quas personas cuique acquiritur*, & la loi *cum oportet* 6, cod. de bonis quæ liberis. Voilà pourquoi le fils de famille ne peut pas donner dans l'espece de cette loi, c'est parce qu'il n'est point propriétaire ; cependant, afin que la donation soit bonne, il faut qu'elle soit faite par le propriétaire ; L. 14, cod. de donat. & L. 9, §. donari 3, ff. eod. ainsi il est incontestable que le fils de famille peut donner entre-vifs, sans la permission de son pere, les biens dont il a la propriété & l'usufruit ; non-seulement en vertu des loix que nous

avons rapportées ci-dessus, mais encore par la loi 3, §. 8, ff. de donat. inter vir. & uxor. qui décide que les personnes libres peuvent donner, & in libera quidem persona utcumque admitti potest donatio. Or le fils de famille doit sans difficulté être regardé comme personne libre à l'égard des biens dont il a la pleine propriété; il s'en suit donc qu'il peut les donner sans le consentement, ni la permission de son pere.

Mais en est-il de même à l'égard des biens dont le pere a l'usufruit *jure patriæ potestatis*? M. de Cambolas, liv. 6, ch. 50, rapporte un Arrêt du Parlement de Toulouse, qui a confirmé une donation faite par un fils de famille en faveur de son frere, des biens qui lui étoit échus par la mort de sa mere, (& desquels par conséquent le pere devoit avoir l'usufruit) quoique le pere n'y eût point consenti. Les raisons de cet Auteur sont en partie les mêmes que celles que nous avons rapportées en examinant la premiere difficulté, & sont très-concluantes & décisives à l'égard des biens dont le pere n'a point l'usufruit; mais non-pas à l'égard de ceux dont le pere a l'usufruit, parce que la loi *cum non solum* 8, §. 1, versic. *Filius autem*, cod. de bonis quæ liberis, dont on a parlé ci-dessus, défend aux enfans de famille d'aliéner les biens dont ils ont la propriété, & dont l'usufruit appartient à leur pere *juræ patriæ potestatis*, sans la volonté ou la permission du pere, laquelle défense d'aliéner comprend tous les actes par lesquels la propriété peut être transportée: *est autem alienatio omnis actus per quem dominium transfertur*, dit la loi 1, cod. de fundo dotali: elle comprend donc la donation entre-vifs, qui est un acte translatif de propriété; ainsi l'Arrêt rapporté par Cambolas ne paroît pas juridique, & il faut décider que le fils de famille ne peut pas, pendant la vie de son pere, donner entre-vifs les biens qui lui appartiennent en propriété, & dont son pere a l'usufruit par droit de puissance paternelle.

donner sans la permission du pere les biens qui lui appartiennent en propriété & usufruit.

28. Le fils de famille est personne libre à l'égard des biens dont il a la pleine propriété.

29. Si le fils de famille peut donner sans le consentement de son pere; les biens dont le pere a l'usufruit *jure patriæ potestatis*.

30. Résolution pour la négative.

31. Qu'est-ce que comprend le mot Aliénation?



QUESTION XXII.

- I. Si le fils de famille peut donner à cause de mort, sans le consentement de son pere.
-

SOMMAIRES.

1. *Au Parlement de Toulouse, le fils de famille ne peut pas donner à cause de mort, sans le consentement de son pere.*
2. *Fondemens de cette Jurisprudence.*
3. *De quelle maniere faut-il entendre les Loix qui exigent le consentement du pere?*
4. *Changement arrivé par les Loix nouvelles, ajoutées au Code de Justinien.*
5. *Résolution de la Question, par une distinction entre les biens dont le pere a l'usufruit, jure patriæ potestatis.*
6. *Premiere raison, pour prouver que le consentement du pere n'est requis que pour son intérêt propre.*
7. *Deuxieme raison: il n'y a point d'incapacité en la personne du fils pour pouvoir donner à cause de mort.*
8. *Le fils de famille peut donner à cause de mort, de la même maniere qu'il peut donner entre-vifs.*
9. *Par l'ancien Droit, le fils de famille ne pouvoit pas donner à cause de mort, parce qu'il n'avoit point de propriété.*
10. *Par le Droit nouveau, le fils de famille peut avoir des biens en pleine propriété: il peut donc donner à cause de mort.*
11. *La Donation à cause de mort est considérée comme un Contrat, dont le fils de famille est capable.*
12. *Quatrieme raison, tirée de la Nouvelle 117.*
13. *Le fils de famille ne peut pas donner, sans*

le consentement de son pere, les biens dont le pere a l'usufruit, *jure patriæ potestatis*.

14. Le fils de famille ne peut aliéner ni hypothéquer, sans le consentement de son pere, les biens dont l'usufruit appartient au pere, *jure patriæ potestatis*.

15. Auteurs qui ont suivi la distinction ci-dessus établie.

¶ A Jurisprudence du Parlement de Toulouse, est que le fils de famille ne peut pas donner à cause de mort, sans le consentement de son pere: elle est fondée sur ce que la loi 7, §. 4, *ff. de donat.* & la loi *Tam is 25*, §. 1, *ff. de mortis causâ donat.* disent que le fils de famille peut donner à cause de mort par la permission du pere, mais non sans cette permission, *quamvis enim & patris voluntate, mortis quoque causâ donare possit, attamen ubi cessat voluntas, inhibebitur hæc quoque donatio*; c'est ainsi que parle le §. 4 de la loi 7, *ff. de donat.* *Filius-familias qui non potest facere testamentum nec voluntate patris; tamen mortis causâ donare, patre permittente, potest*, dit la loi 25, §. 1, *ff. de mortis causâ donat.*

Ces décisions, qui sont claires & précises, seroient fort bonnes, si les choses avoient été laissées aux termes où elles étoient lorsque les loix tirées des réponses des Jurisconsultes, ont été compilées dans le digeste; mais comme la Jurisprudence a souffert des changemens considérables par les constitutions des Empereurs rassemblées dans le code; ces loix entendues sans distinction, se trouvent contraires aux principes établis par les loix nouvelles, qui doivent servir à expliquer celles qui sont plus anciennes: ainsi nous croyons qu'il faut user de la même distinction que nous avons établi au sujet de la question précédente, & qu'il faut décider que le fils de famille peut donner à cause de mort, sans la permission de son pere, les biens dont il a la propriété & l'usufruit; & qu'à l'égard de ceux dont le pere a l'usufruit, *jure patriæ potestatis*, la permission & le consentement du pere est nécessaire pour la validité de la donation à cause de mort.

Nous nous fondons premièrement, sur ce que la loi 7, §. 4, *ff. de donat.* dit en termes exprès, qu'il

1. Au Parlement de Toulouse, le fils de famille ne peut pas donner à cause de mort, sans le consentement de son pere.

2. Fondemens de cette Jurisprudence.

3. De quelle maniere faut-il entendre les Loix qui exigent le consentement du pere?

4. Changemens arrivés par les Loix nouvelles, ajoutées au Code de Justinien.

5. Résolution de la Question par une distinction entre les biens, dont le pere a l'usufruit, & ceux dont il n'a pas l'usufruit.

6. Première raison, pour

prouver que le consentement du pere n'est requis que pour son intérêt propre.

7. Deuxieme raison : il n'y a point d'incapacité en la personne du fils, pour pouvoir donner à cause de mort.

8. Le fils de famille peut donner à cause de mort, de la même maniere qu'il peut donner entre-vifs.

9. Par l'ancien droit, le fils de famille ne pouvoit pas donner à cause de mort, parce qu'il n'avoit pas la propriété.

10. Par le Droit nouveau, le fils de famille peut avoir des biens en pleine propriété; il peut donc les donner à cause de mort.

11. Troisieme raison : la Donation est considérée comme un Contrat, dont le fils de famille est capable.

est défendu au fils de famille de donner à cause de mort, par la même raison, qu'il lui est défendu de donner entre-vifs, *pari autem ratione quâ donare filius-familias prohibetur, etiam mortis causâ donare prohibetur.*

2. De-là il s'ensuit que tout comme il n'y a point d'incapacité en la personne du fils de famille, qui l'empêche de donner entre-vifs, comme on l'a établi dans la question précédente, il n'y en a pas non-plus pour l'empêcher de donner à cause de mort; qu'ainsi ce n'est point l'autorité, mais la permission ou la volonté du pere qui est requise, suivant l'expression des loix qu'on vient de citer; & que tout comme il lui étoit défendu de donner entre-vifs, à cause qu'il n'avoit rien en propriété, excepté le pécule castrense ou quasi-castrense, à raison duquel toute donation lui étoit permise; *L. 7, §. 6, ff. de donat.* & que la simple concession du pécule pour l'administrer, n'attribuoit pas le droit de donner, comme nous l'avons établi dans la question précédente, il en doit être de même à l'égard de la donation à cause de mort, puisque la prohibition de l'une & de l'autre est fondée sur la même raison.

Or la raison prise du défaut de propriété, qui étoit le motif de cette prohibition, & qui faisoit que le consentement du pere étoit requis, cessant, depuis que par la loi *cùm oportet 6, cod. de bonis quæ liberis*, la propriété des biens adventifs du fils de famille n'est pas acquise au pere; que même, suivant la *Novelle 117, ch. 1, §. 1*, le fils de famille peut avoir des biens dont son pere n'ait pas l'usufruit, outre le pécule castrense ou quasi-castrense; il faut par conséquent que la prohibition cesse, & que le pere n'ayant plus aucun droit sur cette espece de biens, sa permission ne soit point requise pour la validité de la donation à cause de mort, faite par le fils de famille, puisqu'il n'en souffre aucun préjudice sur ses biens.

3. La donation à cause de mort est considérée comme un contrat *quoad ejus initium & ordinationem*, suivant les Docteurs cités par *Grassus, §. Donatio causâ mortis, quest. 2*; & *Peresius, dans ses préleçons sur le titre du code de mortis causâ donat. n°. 18*. le fils de famille peut faire toute sorte de contrats sans le consentement de son pere; *L. 57, ff. de judiciis*, &

L. 39, ff. de oblig. & actionib. Il peut donc donner à cause de mort.

4. La Nouvelle 117, cap. 1, §. 1, a levé toutes les difficultés sur cette matière; car elle a permis aux fils de famille de disposer à leur gré des biens qui leur appartiennent en propriété & usufruit, *licentiam habeant quo volunt modo disponere*, sans que le consentement du pere soit requis en aucune façon; ainsi c'est une formalité qui n'est plus nécessaire par le droit nouveau.

5. A l'égard des biens dont le pere a l'usufruit, la raison de la prohibition subsiste encore, à cause de l'intérêt du pere; & par conséquent la permission du pere est requise pour la validité de la donation, outre la loi 7, §. 4, ff. de donat. & la loi 25, §. 1, ff. de mortis causâ donat. La chose est ainsi décidée par la loi *Cum non solum* 8, §. 5, versic. *Filiis autem*, cod. de bonis quæ liberis, qui défend aux enfans de famille d'aliéner & d'hypothéquer, pendant la vie de leur pere, les biens dont il a l'usufruit *jure patriæ potestatis*.

6. Enfin, c'est suivant cette distinction que Barthole, sur la loi dernière, Cod. de bonis quæ liberis, plusieurs autres anciens Interprètes, & après eux, Perefius, dans ses préleçons sur le code, au titre de mortis causâ donat. n°. 18, ont décidé cette question, & leur sentiment est sans contredit le mieux fondé, suivant les principes des loix nouvelles.

12. Quatrième raison, tirée de Nouvelle 117.

13. Le fils de famille ne peut pas donner sans le consentement de son pere les biens dont son pere a l'usufruit *jure patriæ potestatis*.

14. Le fils de famille ne peut point aliéner ni hypothéquer, sans le consentement de son pere, les biens dont l'usufruit appartient au pere *jure patriæ potestatis*.

15. Auteurs qui ont suivi la distinction ci-dessus établie.

QUESTION XXIII.

I. Si la Donation faite en faveur de mariage est bonne, quoique le mariage n'ait pas été accompli.

SOMMAIRES.

1. La question peut être examinée sous deux rapports.
2. Distinction.
3. Si la constitution de la dot subsiste, quoique

- le mariage ne soit pas accompli.
4. Auteurs pour l'affirmative.
 5. Distinction de M. Dolive.
 6. Autre distinction faite par Albert.
 7. Aucune de ces opinions n'est fondée en Droit.
 8. Il ne peut point y avoir de dot sans mariage.
 9. La constitution de dot renferme la condition, si le mariage s'accomplit.
 10. La constitution de dot est anéantie à l'égard du futur époux & de la future épouse, quand le mariage ne s'accomplit pas.
 11. La répétition compete au pere ou à l'étranger constituant, & non à la fille, à laquelle la dot avoit été constituée.
 12. Réponse à la raison, prise de ce que le pere & la mere constituent la dot, plutôt par affection, qu'en vue de mariage.
 13. Réponse à l'objection, de ce que la dot peut avoir pour objet un autre mariage.
 14. Le pere est obligé de doter sa fille.
 15. La condition manque, dès que le mariage, en faveur duquel la constitution est faite, ne s'accomplit pas.
 16. Quand même il y auroit un nouveau traité avec la même personne.
 17. Réponse à l'objection que le pere est obligé de doter sa fille.
 18. Le pere est obligé de constituer une dot, selon ses facultés, à la fille qui se marie convenablement.
 19. Si le pere peut donner irrévocablement à sa fille pour cause de dot, selon le Droit Romain.
 20. Sentiment du Président Faber, pour la négative.
 21. La Donation pour dot ne prend sa force que du mariage.
 22. Explication de la Loi 9, ff. de condict. causâ datâ, causâ non fecutâ.
 23. De la Donation simple en faveur de mariage.
 24. Les Auteurs du Parlement de Toulouse font les mêmes distinctions que pour la dot.

25. Ces distinctions sont contraires à la Loi.
26. On doit raisonner à l'égard des Donations faites en faveur de mariage, tout de même qu'à l'égard de la dot.
27. Le Mariage est la cause finale & la condition de la Donation.
28. Preuves de cette proposition.
29. Suite.
30. La dot a cette qualité par rapport au mari ; mais elle est une Donation par rapport à la femme.
31. La rupture du mariage résout la dot à l'égard du futur époux, & la Donation à l'égard de la future épouse.
32. Preuves.
33. Quand est-ce que la cause est réputée finale ?
34. Lorsque la cause finale manque, la Donation est anéantie.
35. Nihil refert utrùm sine causa quid datum fit, aut causa secuta non fit.
36. Qu'il ne faut point distinguer les étrangers d'avec le pere.
37. La puissance paternelle empêche que la Donation soit irrévocable.
38. Arrêt du Parlement de Toulouse.

CETTE question peut être examinée sous deux différens rapports, 1. Eu égard à la donation pour cause de dot. 2. Par rapport à la donation simple, & qui n'a d'autre cause que le mariage. Pour la discuter avec exactitude, il faut encore distinguer la dot ou la donation en faveur de mariage, faite par le pere à ses enfans, qu'il a en sa puissance, d'avec celle qui est faite par toute autre personne que le pere.

A commencer par la constitution de dot, les Auteurs du Parlement de Toulouse ne sont pas d'accord ; *Ferrieres*, sur la question 145 de *Guipape*, tient que la dot subsiste, quoique le mariage n'ait pas été accompli, sans distinguer si elle a été constituée par le pere, ou par toute autre personne.

M. Dolive use de cette distinction ; ou la dot est

1. La Question peut être examinée sous deux rapports.
2. Distinction.

3. Si la constitution de dot subsiste, quoique le mariage ne soit pas accompli.

4. Auteurs pour l'affirmative.

5. Distinction de *M. Dolive*.

constituée par le pere, auquel cas, comme la puissance paternelle fait obstacle à l'irrévocabilité de la constitution, si le mariage ne s'en est pas ensuivi, la dot ne vaut qu'autant que le pere ne la révoque pas; mais il faut comprendre que si la constitution avoit été faite par la mere, le défaut d'accomplissement du mariage n'empêcheroit pas que la dot ne fût acquise irrévocablement à la fille, parce que la puissance paternelle ne se rencontrant pas en la personne de la mere, il n'y a aucun obstacle qui s'oppose à la validité de la constitution de dot.

6. Autre distinction faite par Albert.

Enfin, *Albert, verb. (Donation) article 4*, distingue autrement, & dit que si la dot est constituée par le pere, elle est irrévocable, quoique le mariage ne s'accomplisse pas; mais si la constitution de dot est faite par un étranger, elle s'évanouit de plein droit par le défaut d'accomplissement du mariage. *M. Dolive & Albert* rapportent des Arrêts du Parlement de Toulouse pour appuyer leur avis.

7. Aucune de ces opinions n'est fondée en Droit.

Mais aucune de ces opinions n'est fondée en droit, & il faut tenir pour constant, suivant les loix, que la constitution de dot, par quelque personne qu'elle ait été faite, est révoquée de plein droit, & s'évanouit du moment que le traité du mariage est rompu, & qu'il n'est pas exécuté.

8. Il ne peut point y avoir de dot sans mariage.

La dot a un rapport si nécessaire & si intime au mariage, qu'il ne peut point y avoir de dot, à moins qu'il n'y ait un mariage valable, *non potest esse dos sine matrimonio, L. 3, ff. de jure dot.* De-là vient que la constitution de dot renferme une condition tacite & légale, *si le mariage s'accomplit*, de laquelle la validité dépend absolument. *L. 21, ff. de jur. dot. Stipulationem quæ propter causam dotis fiat, constat habere in se conditionem hanc, si nuptiæ fuerint secutæ, & ita demùm ex ea agi posse, quamvis non sit expressa conditio, si nuptiæ, constat. Quare si nuntius remittatur, defecisse conditio stipulationis videtur*, dit cette loi, laquelle parle en termes généraux; & par conséquent elle doit comprendre, non-seulement le futur époux, mais encore la future épouse pour la dot constituée pour elle par quelque tierce personne; la même décision se trouve dans la loi 4, §. 2, *ff. de pactis*, dans les loix 6 & 7, *ff. de condiët. causâ datâ, causâ non secutâ*, les loix 4 & 5, *ff. de condiët. sine causâ*, & les loix 9, 37, 41, §. 1, 43, 44 & 68, *ff. de jur. dot.*

9. La constitution de dot renferme la condition.

La constitution de dot est tellement anéantie, non-seulement à l'égard du futur époux, mais encore à l'égard de la future épouse, par le défaut d'accomplissement du mariage, que la loi 9, ff. de jure dot. le décide en termes exprès contre la future épouse, que même les loix accordent l'action en répétition, appelée *condictio*, non à la future épouse, pour laquelle la dot avoit été constituée, mais bien au constituant; c'est-à-dire, au pere, lorsque c'est lui qui a fait la constitution. *L. Si extraneus* 6, §. 1, ff. de condict. causâ datâ, causâ non secutâ; sed etsi pater pro filia det, dit cette loi, & ita convenit, nisi evidenter aliud factum sit conditionem patri competere Marcellus ait, ou à l'étranger, lorsqu'il a constitué la dot, suivant la même loi *Si extraneus*, au commencement; répétition qui suppose une résolution entiere & totale du droit des futurs conjoints, & un anéantissement parfait de la constitution de dot; en sorte que se trouvant sans cause, raison ni titre entre les mains de la personne qui l'a reçue, le constituant a droit de se la faire rendre, ou par la condictio; c'est-à-dire, la répétition, ou par la vendication, suivant la distinction établie par la loi 9, ff. de jur. dot.

10. La constitution de dot est anéantie à l'égard du futur époux & de la future épouse, quand le mariage ne s'accomplit pas.

11. La répétition compete au pere ou à l'étranger constituant, & non à la fille à laquelle la dot avoit été constituée.

Il paroît donc, des observations qu'on vient de faire, que l'opinion de Ferrieres, ni celles de M. Dolive & d'Albert, n'ont aucun fondement, & qu'elles sont contraires à la disposition du droit Romain. Les raisons que ces Auteurs apportent sont faciles à résoudre. Premièrement, ils disent que le pere & la mere qui constituent une dot, le font plus par affection, qu'en vue du mariage; mais outre que l'expérience enseigne, que si les peres ou meres constituent une dot à leurs filles, ce n'est pas précisément à cause de l'affection qu'ils ont pour elles, mais principalement à cause du mariage, sans lequel ils n'anticiperoient pas la libéralité, & ne les gratifieroient qu'en mourant; d'ailleurs les loix ont décidé le contraire, & ont sous-entendu la condition, que le mariage s'accompliroit pour la validité de la constitution de dot, non-seulement à l'égard des étrangers, mais encore à l'égard du pere même: elles veulent donc, que sans avoir égard à la qualité des personnes qui ont constitué, la dot soit anéantie de plein droit, si le mariage ne s'accomplit pas.

12. Réponse à la raison prise de ce que le pere & la mere constituent la dot, plutôt par affection, qu'en vue du mariage.

2. L'objection prise de ce que la dot peut avoir à l'objection,

13. Réponse à l'objection,

de ce que la dot peut avoir pour objet un autre mariage. pour objet un autre mariage, & que d'ailleurs le pere est obligé de doter sa fille, suivant la loi dernière, *cod. de dot. promiss.* n'est pas meilleure; car d'un côté, ce n'est pas pour un autre mariage que la dot a été constituée; mais la condition que la loi sous-entend, manque, dès que le mariage proposé, & en faveur duquel la dot a été constituée, ne s'accomplit pas sur le traité qui contient la constitution de la dot; en sorte qu'encore que la fille se marie à la même personne, la dot constituée n'en est pas moins anéantie, si la célébration se fait sur un nouveau traité, après la résolution de celui dans lequel la dot avoit été promise, suivant les loix 21 & 22, *ff. de jur. dot. Quare si nuntius remittatur, defecisse conditio stipulationis videtur*, dit la loi 21; la loi 22 ajoute: *Et licet postea eidem nupsit, non conualescit stipulatio.* A plus forte raison, la stipulation doit-elle être anéantie, quand la fille se marie à un autre.

14. Le pere est obligé de doter sa fille.

15. La condition manque, dès que le mariage en faveur duquel la constitution est faite, ne s'accomplit pas.

16. Quand même il y auroit un nouveau traité avec la même personne.

17. Réponse à l'objection, que le pere est obligé de doter sa fille.

18. Le pere est obligé de constituer une dot, selon ses facultés, à la fille qui se marie convenablement.

19. Si le pere peut donner irrévocablement à sa fille pour cause de dot, selon le Droit Romain.

20. Sentiment du Président Faber

D'autre part, quoique le pere soit obligé de doter par devoir sa fille, cela n'empêche pas que quand il lui constitue une dot en faveur d'un mariage qui ne s'accomplit pas, la dot ne soit anéantie, *causâ non secutâ*; *L. si extraneo 6, §. 1, ff. de condit. causâ datâ, causâ non secutâ*, & parce que la condition a manqué. *L. 4, §. 2, ff. de pactis, L. 21, L. 41, §. 1, ff. de jur. dot.* & tout ce que la fille peut prétendre, c'est que si dans la suite elle se marie d'une maniere convenable, son pere soit obligé de lui constituer une dot suivant ses facultés; & de cette maniere, les vues de la loi sont suffisamment remplies, & le pere satisfait à ses obligations; mais pour ce qui est de la premiere dot, la qualité du pere constituant n'empêche pas qu'elle ne soit anéantie, si le mariage qui en est la condition & la cause finale ne s'accomplit pas, comme on vient de le prouver par la loi 6, §. 1, *ff. de condit. causâ datâ, causâ non secutâ*.

3. Quand il seroit vrai que le pere peut donner irrévocablement à sa fille, qu'il a en sa puissance, pour cause de dot, suivant les principes de la loi Romaine; de quoi plusieurs savans Auteurs, & entr'autres, le Président Faber, de *conjecturis, lib. 7, cap. 12*, ne demeurent pas d'accord, la donation, pour cause de dot, ne prendroit sa force que de l'accomplissement du mariage, suivant les loix qui ont

été citées, *quia pendet donatio in diem nuptiarum*, dit la loi 9, §. 1, ff. de jure dot.

4. Enfin la loi 9, ff. de condit. causâ datâ, causâ non secutâ, qui dit : *Si donaturus mulieri jussu ejus, sponso numeravi, nec nuptiæ secutæ sunt, mulier condicet*, ne décide rien de contraire; car elle est dans l'espece d'une donation faite à la femme indépendamment du mariage, & qui devoit valoir en sa faveur, quel que fût l'événement du traité de mariage; ce qui est une exception établie, non-seulement par cette loi, mais encore par la loi 6 du même titre.

A l'égard de la donation simple en faveur de mariage, les Auteurs du Parlement de Toulouse, dont il a été parlé ci-dessus, font les mêmes distinctions que pour la dot; & quoique leurs décisions ne soient pas bonnes, comme étant contraires à l'esprit de la loi, ils ont raison néanmoins en cela, qu'ils établissent les mêmes décisions pour la donation que pour la dot; car il y a lieu de raisonner à l'égard de la donation faite en faveur de mariage, tout de même qu'à l'égard de la dot; parce que le mariage n'est pas moins la cause finale de la donation que de la dot, & la donation ne renferme pas moins la condition tacite, *si nuptiæ secutæ fuerint*, que la constitution; & par conséquent il faut appliquer à la donation en faveur de mariage, toutes les décisions des loix qui ont été faites pour la dot. Voilà pourquoi, soit que la donation en faveur du mariage ait été faite par le pere ou la mere, ou par toute autre personne, dès que le mariage ne s'accomplit pas, & que le traité qui contient la donation est rompu entre les futurs conjoints, la donation est anéantie, *conditione causâ datâ, causâ non secutâ*, & parce que la condition sous laquelle elle a été faite, manque, suivant les loix qui ont été rapportées ci-dessus, en parlant de la dot. ¶ Cela résulte clairement de la définition que *M. Cujas, lib. 5, observat. cap. 4*, a donné de la donation en faveur de mariage, *donatio favore matrimonii est, quæ alterutri conjugum fit à parente, vel extraneo conjugii, non conjugis nomine*, qui indique clairement que le mariage est la cause finale de cette donation. ¶ C'est ainsi que le décide *Brodeau, sur M. Louet, lettre R, somm. 17, n°. 12*.

En effet, il est décidé dans la loi *Sancimus 24, cod. de nupt.* que s'il est fait mention du mariage pour

pour la négative.

21. La Donation pour dot ne prend sa force que du mariage.

22. Explication de la Loi 9, ff. de condit. causâ datâ, causâ non secutâ.

23. De la Donation simple en faveur de mariage.

24. Les Auteurs du Parlement de Toulouse font les mêmes distinctions que pour la dot.

25. Ces distinctions sont contraires à la Loi.

26. On doit raisonner à l'égard des Donations faites en faveur de mariage, tout de même qu'à l'égard de la dot.

27. Le mariage est la cause finale & la condition de la Donation.

28. Preuves de cette proposition.

donner ou faire quelque chose, le mariage est une condition qui doit être accomplie par la célébration; autrement la condition manque, & l'obligation est anéantie. *Sancimus*, dit la loi, *si quis nuptiarum fecerit mentionem in qualicumque pacto, quod ad dandum, vel faciendum, vel non dandum, vel non faciendum concipitur, & sive nuptiarum tempus dixerit, sive nuptias nominaverit, non aliter intelligi conditionem esse adimplendam vel non extenuandam, nisi ipsa nuptiarum accedat festivitas.* ¶ C'est ce qui fait dire à *Me. Claude Henris*, liv. 4, question 62, que tout ce qui s'arrête par un contrat de mariage, ne se fait que dans l'assurance qu'il s'accomplira; que c'est à l'accomplissement que toutes les conventions ont leur visée: & que jusqu'à ce, le tout demeure en suspens. ¶

29. Suite.

Quand cette loi ne seroit pas applicable au cas présent, ce qu'il seroit difficile d'affurer, la résolution établie ci-dessus n'en seroit pas moins bien fondée; parce qu'il est certain que le mariage en faveur duquel la donation est faite, est la véritable cause de la donation, soit qu'elle ait été faite par les ascendants

30. La dot a cette qualité par rapport au mari; mais elle est une Donation par rapport à la femme.

ou par les étrangers; car enfin, la dot n'est considérée comme telle, que relativement au mari; mais par rapport à la femme, c'est une véritable donation, suivant *Dumoulin*, de donationibus in contr. matrimoni factis, n^o. 67 & 68; cependant cette donation séparée, même de la qualité de dot, & considérée en la personne de la femme, n'a pas moins le mariage pour but, ou cause finale, ou pour condition;

31. La rupture du mariage résout la dot à l'égard du futur époux, & la Donation à l'égard de la future épouse.

puisque le défaut d'accomplissement du mariage résout, non-seulement le titre de la dot à l'égard du futur époux, mais encore celui de la donation à l'égard de la future épouse, suivant la décision expresse de la loi 9, ff. de jure dot. *Si ergo Seix res dedero ut ipsa suo nomine in dotem det, efficiuntur ejus, licet non dotem sint datae, sed conditione tenebitur*, dit cette loi;

32. Preuves.

à quoi est conforme la loi *Si extraneus* 6, ff. de condit. causâ datâ, causâ non secutâ, qui porte, *nam quasi causa non secuta habere potest conditionem qui ob matrimonium dedit matrimonio non copulato*; ce qui sert de réponse à l'opinion de certains Auteurs, qui sans avoir réfléchi à ces raisons, ont prétendu que le mariage n'étoit que la cause impulsive, & non la cause finale de la donation: raison qui les a fait écarter du véritable esprit des loix.

Et quoique les loix ne disent pas formellement que le mariage est regardé comme la condition de la donation faite en faveur du mariage, comme elles l'ont fait à l'égard de la dot; c'est pourtant leur intention & leur esprit, puisqu'elles n'ont pas moins déterminé la résolution du droit de la femme, qui est une donation, suivant la loi 9, ff. de jure dot. & la loi dernière, cod. de donat. ante nupt. que du droit du futur époux, qui porte le titre de dot; que d'ailleurs l'expérience journalière enseigne que ces sortes de donations n'ont de véritable fin que le mariage, sans lequel elles n'auroient pas été faites; or la cause est réputée finale, toutes les fois que sans elle on n'auroit pas donné; & si elle vient à manquer, la donation est anéantie; & le donateur peut répéter les choses données. L. 2, §. 7, & L. 3, ff. de donat. *Nam si decem Titio in hoc dedi ut Stichum emeret aliter non daturus, mortuo Sticho conditione repetam,* dit ce §. 7.

Ainsi le mariage n'étant pas accompli, la donation est anéantie à l'égard de toute sorte de donataires, comme l'enseigne Pufendorf, du droit de la nature & des gens, liv. 5, ch. 12, §. 10, parce qu'il importe peu qu'une chose ait été donnée sans cause, ou que la cause pour laquelle on a donné, ait défailli, *nihil refert utrumne ab initio sine causa quid datum sit, an causa propter quam datum sit secuta non sit,* suivant les expressions de la loi 4, ff. de conditione sine causa.

Après quoi il paroît indifférent que la donation ait été faite par le père en faveur de ses enfans qu'il a en sa puissance, ou par toute autre personne; il est vrai que si la donation en faveur de mariage étoit bonne, nonobstant le défaut d'accomplissement du mariage, il faudroit tirer de la règle la personne du père donateur, à l'égard duquel la donation ne vaudroit pas irrévocablement, si le mariage n'étoit pas accompli; parce que la puissance paternelle est un obstacle à l'irrévocabilité de la donation, suivant la loi 25, cod. de donat. inter vir. & uxor. & les raisons & autorités rapportées par M. Dolive, liv. 3, ch. 30, n°. 11, aux notes; & par M. le Président Faber, de conject. lib. 7, cap. 12.

Sur les raisons que nous avons expliquées, & que nous communiquâmes à un des Juges, il fut rendu Arrêt en la Chambre de la Tournelle, au mois de

33. Quand est-ce que la cause est réputée finale?

34. Lorsque la finale manque, la Donation est anéantie.

35. *Nihil refert utrum sine causa quid datum sit aut causa secuta non sit.*

36. Qu'il ne faut point distinguer les étrangers d'avec le père.

37. La puissance paternelle empêche que la Donation soit irrévocable.

38. Arrêt du Parlement de Toulouse.

Février 1731, plaidans Me. Daurier pour M. le Prince de Rohan, prenant la cause pour son Procureur Fiscal aux quatre Mandemens de Bontieres, & Me. Tournier pour Jacques Chabriol. Celui-ci avoit fait une donation de ses biens à Pierre Chabriol son fils, en faveur de mariage, lequel n'avoit pas été accompli; le donataire ayant commis un crime, pour lequel il avoit été condamné à mort, ses biens avoient été confisqués. M. de Rohan prétendoit que les biens donnés avoient été confisqués, à cause que la propriété en avoit été acquise au donataire, indépendamment de l'accomplissement du mariage; parce qu'il avoit été émancipé avant la donation; au contraire, le pere soutenoit que le mariage n'ayant pas été accompli, la donation étoit anéantie de plein droit; voilà pourquoi il demandoit la maintenue aux biens donnés; ce qui fut ainsi jugé par cet Arrêt. Il y avoit néanmoins cette circonstance, que s'agissant de l'intérêt du Fisc, le pere qui réclamoit ses biens étoit beaucoup plus favorable, parce que dans le doute il faut prononcer contre le Fisc; *L. 10, ff. de jure fisci.*

Mais indépendamment de cette circonstance, l'Arrêt seroit très-juste. *Albert, verb. donation, article 7*, rapporte un Arrêt qui a jugé la même chose.

QUESTION XXIV.

I. Si la femme peut donner le fonds dotal, sans le consentement de son mari.

S O M M A I R E S.

1. La femme en Pays de Droit, peut contracter sans l'autorité de son mari.
2. Elle n'est pas en la puissance du mari.
3. Jurisprudence du Parlement de Toulouse: la Donation de la dot, même en Contrat de mariage, du consentement du mari en faveur d'un étranger, est nulle.
4. La Donation vaut quand elle est faite en faveur

faveur des enfans, ou de l'un d'eux.

5. *Motifs de cette Jurisprudence sur le premier point.*
6. *Disposition de la Loi Julia.*
7. *Additions faites à cette Loi par l'Empereur Justinien.*
8. *La femme qui ne peut pas consentir à l'aliénation du fonds dotal, ne peut pas l'aliéner.*
9. *Le mari ne pouvant pas aliéner la dot, ne peut pas consentir à l'aliénation.*
10. *Le mari & la femme, conjointement ou séparément, sont incapables d'aliéner le fonds dotal.*
11. *La prohibition d'aliéner comprend tous les Actes capables de transférer la propriété.*
12. *Donare est perdere.*
13. *La faveur du Contrat de mariage ne rend pas valide la Donation.*
14. *La conservation des dots intéresse le public.*
15. *Jurisprudence contraire du Parlement de Provence.*
16. *Fondemens de cette Jurisprudence.*
17. *Que cette maniere de juger n'est pas conforme aux Loix.*
18. *Explication de la Loi 23, Cod. de jure dotium.*
19. *Raison pour établir que l'intérêt du mari n'est pas le motif de la prohibition.*
20. *Suite.*
21. *La prohibition d'aliéner la dot, est dirigée à la femme & au mari.*
22. *La considération de la dot pour la femme, est le vrai motif de la prohibition.*
23. *Réponse à la Loi 17, Cod. de jure dotium.*
24. *De la Donation de la dot faite en faveur des enfans.*
25. *Les enfans sont comme les maîtres des biens de leur pere & mere pendant leur vie.*
26. *La Donation faite aux enfans est une continuation de propriété en leur faveur.*
27. *Disposition de la Loi 6, Cod. de revocand. Donat.*

28. Explication de la Loi 21 Cod. de Donat.

29. La Donation ne doit pas préjudicier aux droits du mari.

30. En la Coutume de Toulouse, la femme ne peut pas donner sa dot, même à ses enfans.

31. A qui appartient la dot par la Coutume de Toulouse ?

32. La femme peut disposer de ses biens dotaux, après la dissolution du mariage.

1. La femme, en Pais de Droit écrit, peut contracter sans l'autorité de son mari.

2. Elle n'est pas en la puissance du mari.

3. Jurisprudence du Parlement de Toulouse : la Donation de la dot même en Contrat de mariage du consentement du mari, en faveur d'un étranger, est nulle.

4. La Donation vaut quand elle est faite en faveur des enfans.

5. Motifs de cette Jurisprudence sur le premier point.

6. Disposition de la Loi Julia.

7. Additions faites par l'Empereur Justinien.

8. La femme qui ne peut pas consentir à l'aliénation du

SI l'on propose dans le titre de cette question, le consentement du mari comme une circonstance considérable, ce n'est pas qu'on entende qu'il soit requis pour autoriser la femme, & la rendre capable de contracter; car dans le pays du droit écrit la femme peut valablement contracter sans l'autorité de son mari, parce qu'elle ne passe pas en sa puissance, comme nous l'avons montré ailleurs.

Le Parlement de Toulouse juge premièrement, que la donation du fonds dotal faite par la femme, même avec le consentement du mari, & en contrat de mariage en faveur d'un étranger, est nulle. 2.

Que la donation est bonne, si elle est faite en faveur des enfans ou de l'un d'eux. Les motifs de cette Jurisprudence sont à l'égard de la première difficulté; en premier lieu, que la loi Julia, portée par l'Empereur Auguste, ayant défendu au mari l'aliénation du fonds dotal sans le consentement de la femme en ces termes: *Fundum italicum dotalem maritus ne alienet invitâ uxore, ac ne ipsa quidem consentiente obliget*; & l'Empereur Justinien l'ayant trouvée imparfaite, a étendu la défense sur toute sorte de fonds, & a voulu que le mari ne pût pas aliéner la dot même avec le consentement de la femme; *L. un. §. & cum lex Julia 15, cod de rei uxoria act. aux Institutes, tit. quib. alien. licet vel non*, & la Nouvelle 61, §. 3, in fine.

Or si la femme ne peut pas consentir à l'aliénation que le mari voudroit faire, il s'en suit évidemment qu'elle ne peut pas aliéner elle-même, parce que la prohibition la lie, tout de même que son mari: comme aussi si le mari ne peut pas aliéner, il est clair qu'il ne peut pas consentir à l'aliénation qui seroit faite par sa femme, parce que celui qui ne peut pas aliéner à cause de la prohibition de la loi, ne

peut pas valablement consentir à la vente faite par une autre personne, qui non potest alienare, non potest alienationi consentire; voilà pourquoi le mari & la femme, conjointement ou séparément, sont incapables d'aliéner le fonds dotal pendant que le mariage dure.

En second lieu, la prohibition d'aliéner comprend tous les actes par lesquels la propriété peut être transférée, aux termes de la loi 1, *cod. de fundo dotali: est autem alienatio*, dit la loi, *omnis actus per quem dominium transfertur*; & par conséquent elle comprend la donation, qui est une aliénation d'autant plus préjudiciable, qu'il n'en revient à la femme aucun avantage réel, puisqu'aux termes de la loi 7, *ff. de donat. donare, est perdere*; il y a donc plus de raison de la défendre par rapport au fonds dotal, que la vente ou toute autre aliénation dont la femme profite.

En troisième lieu, que la faveur du contrat de mariage n'est pas capable de rendre une pareille donation valide, d'autant que la prohibition de la loi étant générale, elle n'excepte aucune sorte de titre, par lequel l'aliénation pourroit être faite; sans compter que la femme n'ayant aucun intérêt au mariage d'une personne étrangère, la donation n'a pas plus de faveur à son égard, que si elle avoit été faite dans un autre contrat, & que la conservation des dots, dont les loix se sont déclarées protectrices, & en ont pris un soin tout particulier, n'intéresse pas moins le public, que l'exécution des contrats de mariage.

Le Parlement de Provence juge le contraire, suivant le témoignage de Boniface, dans ses Arrêts, tom. 1, liv. 7, tit. 4, chap. 7 & 8, & tome 4, liv. 7, tit. 3, ch. 1, où cet Auteur rapporte trois Arrêts des 4 Juin 1667, 31 Janvier 1668, & 23 Juin 1687, qui ont déclaré bonne & valable la donation de la dot faite par la femme, du consentement de son mari, en faveur d'un étranger, dans son contrat de mariage; cette Jurisprudence est fondée sur la faveur du contrat de mariage, & sur ce qu'on prétend que l'aliénation du fonds dotal n'ayant été défendue que pour l'intérêt du mari, suivant les loix 17 & 23, *cod. de jure dot.* & la loi Constante 21, *cod. de donat.* le consentement du mari fait cesser cet obstacle, & rend la donation valable.

Cette Jurisprudence ne paroît pas conforme aux

fonds dotal, ne peut pas l'aliéner.

9. Le mari ne pouvant pas aliéner la dot, ne peut pas consentir à l'aliénation.

10. Le mari & la femme, conjointement ou séparément, sont incapables d'aliéner le fonds dotal.

11. La prohibition d'aliéner comprend tous les Actes capables de transférer la propriété.

12. *Donara est perdere.*

13. La faveur du Contrat de mariage ne rend pas valide la Donation.

14. La conservation des dots intéresse le public.

15. Jurisprudence du Parlement de Provence.

16. Fondemens de cette Jurisprudence.

17. Que cette maniere de juger n'est pas conforme aux Loix.

18. Explication de la Loi 23, *Cod. de jure dotium.*

19. Raisons pour établir que l'intérêt du mari n'est pas le motif de la prohibition.

20. Suite.

21. La prohibition d'aliéner la dot, est dirigée à la femme & au mari.

loix; car pour ce qui est de la faveur du mariage on a montré ci-dessus qu'elle n'étoit pas considérable, & que la faveur de la dot & la prohibition générale de la loi, doivent l'emporter.

A l'égard de la loi *Si pradium 23, cod. de jur. dot.* elle ne décide autre chose, sinon que la vente qui avoit été faite par la femme, de son fonds dotal, ne pouvoit pas nuire au droit du mari; c'est un cas particulier, duquel on ne peut point tirer une regle générale.

En effet, cette loi est adressée au mari, qui avoit consulté les Empereurs Diocletien, & Maximien, pour favoir si la vente du fonds dotal, faite par sa femme, & par elle ratifiée, pouvoit nuire au droit de ce mari. Les Empereurs lui répondent que non, & avec raison sans doute, parce que *alter per alterum iniqua conditio inferri non debet*; mais s'ensuit-il de là que l'intérêt du mari soit l'unique motif de la prohibition de l'aliénation du fonds dotal? Point du tout, & c'est une prétention condamnée, non-seulement par la loi *Julia* portée par Auguste, mais encore par les loix de l'Empereur Justinien, qui a augmenté & perfectionné cette prohibition.

Car d'un côté, si la loi *Julia* n'avoit défendu l'aliénation du fonds dotal que pour l'intérêt du mari, elle auroit permis de l'aliéner sans le consentement de sa femme; ç'auroit été en effet sans aucune raison qu'on auroit limité à cet égard le pouvoir du mari, en l'astreignant à prendre le consentement de sa femme, si l'intérêt du mari avoit été l'unique objet & le motif de la prohibition: cette raison est donc fausse, même suivant l'esprit de la loi *Julia*.

D'autre part, à supposer pour un moment, que la loi *Julia* n'eût eu d'autre motif que l'intérêt du mari, en défendant l'aliénation du fonds dotal, l'Empereur Justinien, qui a perfectionné cette prohibition, & qui l'a amplifiée en la dirigeant, non-seulement au mari, mais encore à la femme, & à tous les deux conjointement & séparément, a témoigné bien clairement que c'étoit uniquement en faveur de la femme qu'il a défendu l'aliénation du fonds dotal, *ne sexûs muliebris fragilitas in perniciem substantiæ earum convertatur*; c'est ainsi qu'il s'en explique, tit. *Quibus alienare licet vel non*; il répète presque les mêmes paroles dans la loi un. §. & *cùm lex Julia 15, cod. de rei uxor. act.*

C'est donc l'intérêt de la femme, & la conservation de la dot pour elle, qui est le vrai motif de la prohibition de l'aliénation du fonds dotal; parce qu'il importe, pour l'utilité publique, que les dots des femmes soient conservées, *reipublica interest mulieres dotes salvas habere propter quas nubere possunt*, dit la loi 2, ff. de jur. dot. & par conséquent le consentement du mari est une chose indifférente, & qui n'est pas capable de rendre valide la donation du fonds dotal faite par la femme.

Les mêmes réponses servent pour faire voir la mauvaise application de la loi constante 21, cod. de donat. & de la loi 17, cod. de jure dot. parce que ces loix, qui sont des mêmes Empereurs Diocletien & Maximien, sont dans les mêmes cas, & ne décident autre chose que ce qui a été décidé par la loi 23, cod. de jure dot. dont a montré la mauvaise application.

A l'égard de la seconde difficulté, le Parlement de Toulouse autorise la donation de la dot, quand elle est faite en faveur des enfans. Premièrement, parce que la donation n'est pas proprement une donation, mais une anticipation de la succession, & une fixation du domaine que les loix feignent que les enfans ont sur les biens de leurs peres ou meres, même pendant leur vie; voilà pourquoi la donation de la dot faite par la mere à ses enfans, n'est pas considérée comme une aliénation, mais bien comme une continuation de propriété en la personne des enfans; L. 11, ff. de lib. & posth.

En deuxieme lieu, parce que la loi *Velles necne* 6, cod. de revocat. donat. le décide ainsi; il est vrai qu'il semble que la loi 21, cod. de donat. décide le contraire à l'égard de la dot; car elle dit que l'ayeule n'a pas pu donner à sa petite-fille sa dot qui étoit au pouvoir de son mari; mais ces loix n'ont rien de contraire; car rien n'empêche que la femme ne puisse donner sa dot à ses enfans, suivant la loi 6, cod. de revocat. donat. sans préjudice du mari, auquel la femme ne peut pas nuire, comme le décide la loi 21, cod. de donationibus.

Il faut néanmoins observer que les nouveaux Arrêts rendus sur la coutume de Toulouse, & particulièrement celui qui fut rendu au mois d'Août 1719 au procès de Daidé, après partage, à la première

22. La Conservation de la dot pour la femme, est le vrai motif de la prohibition.

23. Réponse à la Loi 17, Cod. de jure dot.

24. De la Donation de la dot faite en faveur des enfans.

25. Les enfans sont comme les maîtres des biens de leurs pere & mere pendant leur vie.

26. La Donation faite aux enfans, est une continuation de propriété en leur faveur.

27. Disposition de la Loi, 6, Cod. de revocat. donat.

28. Explication de la Loi 21, Cod. de Donat.

29. La Donation ne doit pas préjudicier aux droits du mari.

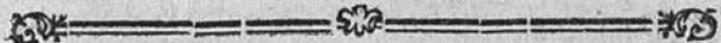
30. En la Coutume de

Toulouse, la femme ne peut pas donner sa dot, même à ses enfans.

31. A qui appartient la dot par la Coutume de Toulouse.

32. La femme peut disposer de ses biens dotaux, après la dissolution du mariage.

Chambre des Enquêtes, au rapport de M. Bastard ; Compartiteur M. de Juges, ont jugé que la femme ne peut pas disposer de sa dot par testament ou par contrat pendant la vie du mari, pas même en faveur de ses enfans ; & quoique le mari y consente, parce que, suivant cette coutume, le mari gagne la dot pour la réserver aux enfans ; par où la propriété de cette dot appartient respectivement à la femme, au mari & aux enfans ; ainsi pour en disposer valablement, il faudroit le consentement du mari, de la femme & des enfans ; mais après la mort du mari, la femme pourroit disposer de sa dot, tout comme de ses autres biens, parce que la dot perd sa qualité d'abord après la dissolution du mariage par le décès du mari.



QUESTION XXV.

I. Si la femme qui se marie sans Contrat de mariage, est censée s'être constitué tous ses biens.

S O M M A I R E S.

1. Auteurs qui tiennent pour l'affirmative, lorsqu'il y a tradition.
2. Conditions requises par Dumoulin.
3. Fondemens de cette opinion.
4. Le pere ne peut pas diminuer dans un second mariage de sa fille, la premiere dot.
5. La dot est pour aider à supporter les charges du mariage.
6. Si la possession du mari fait présumer la tradition.
7. La tradition est un moyen d'acquérir.
8. Distinction de Ferrieres.
9. Fondemens de cette distinction.
10. La femme qui se marie sans constitution de dot expresse, n'est pas censée s'être constitué tous ses biens.

11. Il n'y a point de dot sans constitution expresse.
12. Auteurs qui ont suivi cette opinion.
13. Jurisprudence du Parlement de Toulouse conforme.
14. Première raison de cette opinion : la constitution de dot est un Contrat qu'il faut prouver.
15. Deuxième raison : il peut y avoir des mariages sans dot , quoiqu'il n'y ait pas de dot sans mariage.
16. La dot n'est pas un accessoire du mariage.
17. Troisième raison tirée de la Loi 11 , Cod. de repud.
18. Quatrième raison , tirée de la Loi 9 , §. 2 , ff. de jure dotium.
19. Cinquième raison.
20. La qualité de mari le constitue Procureur ou administrateur des biens de sa femme.
21. La femme peut interdire à son mari l'administration des biens paraphernaux.
22. Les biens paraphernaux ne deviennent jamais dotaux , quoique le mari les touche.
23. Résolution pour la négative.
24. Que la Jurisprudence du Parlement de Toulouse est fondée en droit.
25. Nouvelles raisons décisives.
26. Des mariages des Romains per coemptionem.
27. Effets de ce mariage : la femme passoit en la puissance de son mari avec tous ses biens , & les conjoints se succédoient réciproquement.
28. Abolition de la forme des mariages per coemptionem.
29. Les constitutions de dot se faisoient en trois manières pour le Droit ancien.
30. Dotis datio , ce que c'est.
31. Dotis Dictio quid.
32. Dotis promissio quid.
33. Formalités des paroles & de la stipulation abrogée dans la diction & dans la promesse de la dot.

34. *Changemens faits par Tribonien à la Loi 4 ; Cod. Theodof. de dotib.*
35. *Conclusion.*
36. *Le Droit nouveau a laissé subsister la nécessité de la convention expresse pour la constitution de la dot.*
37. *Deuxieme raison nouvelle.*
38. *Différentes manieres de constituer les dots ; selon le Digeste & le Code.*
39. *Cas unique où la dot est censée constituée tacitement.*
40. *Quand, après un divorce, le mariage étoit rétabli.*
41. *Raison particuliere du rétablissement de la dot dans ce cas.*
42. *La Loi 30 , ff. de jure dotium, n'est pas dans l'espece d'un nouveau mariage, mais du rétablissement de celui qui avoit été rompu par le divorce.*
43. *Conclusion de la deuxieme raison.*
44. *Troisieme raison nouvelle, tirée de la Loi 1 ; Cod. de dotis promissione.*
45. *La promesse d'une dot vague & incertaine, faite par la femme, n'est pas obligatoire.*
46. *Le tacite ne peut pas avoir plus d'effet que l'exprès.*
47. *Conciliation de la Loi 1 , Cod. de dotis promiss. avec la Loi 69 , §. 4 , ff. de jure dot.*
48. *Dans le cas de la Loi 1 , Cod. de dotis promiss. la dot doit être de tous les biens, selon certains Auteurs.*
49. *Réfutation de cette opinion.*
50. *Cas particulier de la Loi 69 , §. 4 , ff. de jure dot.*
51. *La promesse de la dot, arbitrato suo, se réduit ad arbitrium boni viri.*
52. *Véritable cas de la Loi 1 , Cod. de dotis promiss.*
53. *Raisons de différence entre le cas de cette Loi, & celui de la Loi 69 , §. 4 , ff. de jure dot.*
54. *Réponse aux argumens des opinions contraires.*

55. Explication de la Glose sur la Loi 72 , ff. de jure dot.
56. Réponse aux Loix 30 & 40 , ff. de jur. dot.
57. Réponse à l'Authentique Quamvis.
58. La dot n'est pas un accessoire inséparable du mariage.
59. La dot est une chose principale d'elle-même.
60. Véritables raisons pourquoi le mari gagne les fruits des biens paraphernaux , quand il les a perçus.
61. Si le mari a la jouissance des biens paraphernaux , lorsque la femme ne la défend pas.
62. Explication de la Loi 31 , §. 20 , ff. de ædilit. edicto.
63. L'action ex empto est de la nature du Contrat de vente.
64. La dot n'est pas de la nature ni de l'essence du mariage.
65. Réponse à la raison prise de la possession.
66. La tradition n'est un moyen d'acquérir que quand elle est fondée sur une juste cause.
67. La possession ne suppose pas le Titre.
68. Ei incumbit probatio qui dicit , non qui negat.
69. La possession peut se rapporter à la tolérance de la femme.
70. Les biens sont présumés paraphernaux & libres , parce que c'est leur état naturel.
71. Réfutation du sentiment particulier de Ferrieres.
72. Eadem res non potest diverso jure censerī.
73. Arrêt du Parlement de Toulouse , qui juge qu'il n'y a point de dot sans constitution expresse.

CETTE question est assez controversée parmi les Docteurs , pour mériter d'être discutée ; les uns tiennent que la femme qui se marie sans se constituer une dot particulière & expresse , est censée s'être constitué tous ses biens. De ce sentiment sont

1. Auteurs qui tiennent pour l'affirmative, lorsqu'il y a tradition.

2. Conditions requises par Dumoulin.

3. Fondemens de cette opinion.

4. Le pere ne peut diminuer dans un second mariage de sa fille, la premiere dot.

5. La dot est pour aider à supporter les charges du mariage.

6. Si la possession du mari fait présumer la tradition.

7. La tradition est un moyen d'acquérir.

8. Distinction de Ferrieres.

9. Fondemens de cette distinction.

Guipape, quest. 468, & 499; *Dumoulin*, sur le *Conseil* 144 d'*Alexandre*, lib. 5, & plusieurs autres; ce que *Guipape* entend lorsqu'il y a eu tradition, & que le mari en a joui; mais *Dumoulin* requiert trois conditions. La premiere, que ce soit l'usage du pays que les femmes se constituent une dot. La deuxieme, que le mari retienne actuellement les biens de sa femme. Et la troisieme, qu'il s'en soit mis en possession au vu & su de la femme qui a souffert que son mari en ait joui tout comme s'ils étoient dotaux; & le même Auteur ajoute que la premiere & la troisieme condition fussent, sans qu'il soit nécessaire que la deuxieme concoure.

Ceux qui sont de cette opinion, se fondent, 1^o. Sur la glose de la loi *Mulier bona* 72, ff. de *jure dot.* qui dit, après *Ciceron*, dans ses *topiques*, que quand la femme en se mariant *convenit in manum viri*, tout ce qui lui appartient est censé donné au mari à titre de dot. 2. Sur la loi 30, la loi 40, ff. de *jur. dot.* & l'Authentique *Sed quamvis*, cod. de *rei uxor. actione*, qui décident que quand la femme a fait divorce avec son mari, & que le mariage a été dissous de cette maniere, s'ils reviennent ensemble, *redintegratur matrimonium*, & la dot constituée est rétablie; & que le pere ne peut pas diminuer dans un second mariage la dot qu'il avoit constitué à sa fille dans un premier mariage. 3. Que la dot est un accessoire du mariage pour aider le mari à en supporter les charges; *L. Pro oneribus* 20, cod. de *jur. dot.* 4. Que la possession du mari fait présumer la tradition faite par la femme, & que cette tradition, qui est mise au nombre des moyens d'acquérir, *L. Traditionib.* 20, cod. de *actis*, & §. *Per traditionem* 40, instit. de *rer. divis.* fait présumer la constitution de la dot.

D'autres ont cru qu'à la vérité la femme qui s'est mariée sans dot, n'est pas censée s'être constitué tous ses biens; de maniere que le mari les gagne lorsqu'il y a coutume expresse pour cela, comme à *Toulouse*, mais seulement pour donner le droit au mari d'en percevoir & gagner les fruits comme des biens dotaux, quoiqu'ils ne soient pas constitués en dot; c'est le sentiment de *Ferrieres*, sur la quest. 499 de *Guipape*; ce qu'il fonde sur un mouvement d'équité, à cause des charges du mariage que le mari supporte, & parce que les mariages communément

ne se contractent pas sans dot, & que c'est la coutume de toutes les Nations; voilà pourquoi la constitution de dot doit être regardée comme exprimée par la raison de la loi *Quod si nolit* 31, §. *Quia affi- dua* 20, ff. de *œdilit. edito*.

La plus grande & la plus saine partie des Docteurs & des Interprètes, a cru indistinctement que la femme qui s'est mariée sans constitution de dot, n'étoit pas censée s'être constitué tous ses biens, & qu'on ne pouvoit pas induire une constitution tacite, quand même la femme auroit laissé jouir son mari, & prendre les fruits de ses biens, *dotalia cense- ri nequeunt, nisi ea quæ nominatim & expressè, vel data, vel promissa fuerint*. C'est l'avis d'*Alexandre*, au lieu préallégué; de *Peresius*, dans ses *Préleçons sur le titre du code de jure dot. n.º 10*; de *M. le Président Faber*, dans son code, lib. 5, tit. 9, *defin. 3*; de *Mantica*, de *tacitis & ambiguis conventionib. lib. 12, tit. 13, n.º 8*; de *Ranchin*, dans ses *conclusions, part. 5, conclus. 49*, & dans la nouvelle édition, *tit. Dos, art. 52*; de *Despeyffes, part. 1, de la dot, sect. 2, n.º 5*; de *Menochius*, & d'une foule de Docteurs par lui rapportés dans son traité de *Præsumptionib. lib. 3, præsumpt. 6, n.º 54, & seq.* C'est aussi la Jurisprudence des arrêts du Parlement de Toulouse, rappor- tés par *M. de Cambolas, liv. 2, ch. 18*.

Les Docteurs qui ont pris ce parti, se sont fon- dés, en premier lieu, sur ce que la constitution de dot est un vrai contrat; *L. 23, ff. de reg. jur.* & que les contrats étant purement de fait, il faut nécessairement les prouver; *L. 7, §. 3, de curator. furiosi*.

En second lieu, qu'encore qu'il ne puisse pas y avoir de dot sans mariage, *L. 3, ff. de jur. dot.* il peut néanmoins y avoir de mariage légitime sans dot. *L. ult. cod. de donat. ante nupt. L. 11, cod. de repud. No- velle 22, cap. 18. Non enim dotibus, sed affectu matri- monia contrahuntur*, dit la loi 11, *cod. de repud.* & par conséquent il n'y a point de dot sans constitution expresse, parce qu'elle n'est pas un accessoire du mariage.

En troisieme lieu, que les mêmes textes prouvent qu'il ne peut pas y avoir de constitution de dot sans contrat de mariage, & sans promesse ou cons- titution expresse de dot. En effet, la loi 11, *cod. de repud.* dit: *Quicumque mulierem cum voluntate parentum*

10. La fem- me qui se ma- rie sans consti- tution de dot expresse, n'est pas censée s'être constitué tous les biens.

11. Il n'y a point de dots sans constitu- tion expresse.

12. Auteurs qui ont suivi cette opinion.

13. Jurispru- dence du Par- lement de Tou- louse confor- me.

14. Première raison de cette opinion: la constitution de dot est un Con- trat qu'il faut prouver.

15. Deuxie- me raison; il peut y avoir des mariages sans dot, quoi- qu'il n'y ait pas de dot sans ma- riage.

16. La dot n'est pas un accessoire du mariage.

17. Troisie- me raison, tirée de la Loi 11, *Cod. de repud.*

aut si parentes non habuerit, suâ voluntate maritali affectione in matrimonium acceperit, etiamsi dotalia instrumenta non intercesserint, nec dos data fuerit, tanquam si cum instrumentis dotalibus tale matrimonium processisset, firmum conjugium habeatur; ce qui prouve que pour qu'il n'y ait point de dot, il suffit qu'il n'y ait point de contrat de mariage & une constitution expresse; que si la constitution de dot de tous les biens étoit sous-entendue, il seroit ridicule que la loi eût décidé que le mariage sans pactes & sans dot étoit légitime; puisque dès-là qu'il n'y auroit point de pactes, il ne pourroit point y avoir de mariage sans dot, si elle étoit censée constituée de tous les biens par le mariage seul, & sans une constitution expresse; le cas ne pouvant jamais arriver, à moins que par le contrat de mariage on ne fût expressément convenu qu'il n'y auroit point de constitution de dot; ce qui répugne avec la loi, qui suppose que le mariage est légitime, quoiqu'il n'y ait ni contrat de mariage ni dot, & qui décide à même tems qu'il n'y a point de constitution de dot tacite, & sans une convention expresse.

18. Quatrième raison, tirée de la Loi 9, §. 2, ff. de jure dot.

En quatrième lieu, que la loi 9, §. *Dotis 2*, ff. *de jur. dot.* le prouve clairement, en disant: *Dotis autem causâ datâ accipere debemus ea quæ in dotem dantur*; & par conséquent il n'y a point de dot sans convention expresse.

19. Cinquième raison.

En cinquième lieu, que la jouissance ou l'administration que le mari fait pendant le mariage des biens de sa femme, ne peut pas faire présumer la constitution qui n'a point été faite tacitement lors du mariage, parce qu'elle n'a pour fondement que la tolérance de la femme, & l'étroite amitié qui unit les conjoints, ou, selon le sentiment de *Gregorius Tolosanus*, in *sintagmate juris*, lib. 9, cap. 17, n^o. 8, la qualité de mari qui le constitue Procureur ou Administrateur légitime des biens de sa femme, lorsqu'il n'y a point de défense expresse de sa part; car il faut considérer les choses eu égard au tems auquel le mariage a été célébré; & puisqu'il ne peut pas faire présumer une constitution de tous les biens de la femme, elle les a donc conservés comme de pa-

20. La qualité de mari le constitue Procureur ou Administrateur des biens de sa femme.

21. La femme peut interdire à son mari

raphernaux; qualité qu'ils n'ont pas perdue, quoique le mari les ait administrés; puisque la femme, après lui avoir permis l'administration pendant un tems, la

lui peut interdire, suivant la loi 8, *cod. de pactis conventis*; & cela est si vrai, que la loi 9, §. 3, *ff. de jur. dot.* décide que les biens paraphernaux que la femme a portés à son mari, ne deviennent jamais dotaux, & que la femme, après la dissolution du mariage, n'en peut pas demander la répétition par l'action de dote, & *cum distractum fuerit matrimonium, non vindicari oportet, sed condici, nec dotis actione peti, ut Divus Marcus & Imperator cum patre rescripserunt.*

L'opinion des Auteurs qui croient que la femme qui s'est mariée sans constitution de dot, est censée s'être constitué tous ses biens quand le mari en a perçu les fruits, nous paroît dénuée de toute sorte de fondement, de même que celle de *Ferrieres*, qui l'a modifiée; & nous ferons voir dans la suite que, quoique le mari qui a perçu les fruits des biens de sa femme, ne puisse pas être recherché pour la restitution, cela ne vient pas de l'effet de la constitution tacite de tous les biens, mais d'une autre cause. Nous croyons donc que la Jurisprudence des arrêts du Parlement de Toulouse, rapportés par *M. de Cambolas*, est sans difficulté bien fondée, non-seulement par les raisons que nous venons d'expliquer, mais encore par plusieurs autres, auxquelles les Auteurs qui ont examiné la question, n'ont pas pensé, & qui sont néanmoins décisives; & pour cela il faut remonter à la source, & faire voir le progrès de la Jurisprudence Romaine touchant les constitutions des dots; c'est l'unique moyen de découvrir la vérité dans les matières controversées, & de la discerner d'avec l'erreur.

Nous observerons donc que les anciens Romains contractoient leurs mariages, *per coemptionem*; par où la femme *conveniebat in manum mariti*, tous ses biens, de même que sa personne, passaient en la puissance du mari, & les mariés se succédoient mutuellement, comme le prouvent *M. Briffon*, *lib. singulari de Ritu nuptiar.* *M. Tiraqueau ad 4 legem conubialem*, n°. 5, 6 & 7; *Gregorius Tolosanus, in singtagm. juris*, *lib. 9, cap. 5*, n°. 30, 31, 32 & 33; *Juste Lipse, sur le quatrième livre des Annales de Tacite*; *M. Guybert de Lacoste, Conseiller au Parlement de Toulouse, dans son traité de matrimonio*, *tit. de ritu nuptiarum*, n°. 77; & *Rozinus, antiquitatum Romanorum*, *lib.*

l'administra-
tion des para-
phernaux.

22. Les biens
paraphernaux
ne deviennent
jamais dotaux,
quoique le ma-
ri les touche.

23. Résolu-
tion pour la né-
gative.

24. Que la
Jurisprudence
du Parlement
de Toulouse est
fondée en droit.

25. Nouvel-
les raisons dé-
cisives.

26. Des ma-
riages des Ro-
mains, *per co-
emptionem.*

27. Effets de
ces mariages :
la femme pas-
soit en la puis-
sance de son
mari avec tous
ses biens, &
les conjoints se
succédoient ré-
ciproquement,

5, cap. 37, sur le témoignage de Boëtius, sur les Topiques de Cicéron; de Servius, dans son Commentaire, sur le premier livre des Géorgiques de Virgile, page 64 de l'Édition de 1620, & sur le quatrième livre de l'Énéide; & de Denys d'Halicarnasse, lib. 2, *Histor. Roman.* auxquels on peut ajouter le P. Catrou, au tome 1 de l'Histoire Romaine, pag. 68 de l'Édition in-12.

28. Abolition de la forme des mariages *per coemptionem*. Tandis que cette espèce de mariage fut pratiquée chez les Romains, il n'étoit point nécessaire de régler la forme des constitutions de dot, qui devoient être faites par les femmes mêmes en se mariant; puisqu'il, comme nous venons de le montrer, par l'achat réciproque qui en étoit la formalité essentielle, la femme passoit en la puissance de son mari, avec tous ses biens. Mais cette manière de solemniser les mariages ayant été abolie par un usage contraire, comme le remarque *Guibertus Costanus*, au lieu préallégué, n^o. 80, après Tacite, au livre 4 de ses Annales, il fut nécessaire de prescrire les règles pour les constitutions des dots.

29. Les constitutions de dot se faisoient en trois manières par le Droit ancien. Le Jurisconsulte Ulpien, dans ses fragmens, au titre 6 de *dotibus*, nous apprend qu'elles se faisoient de trois manières, *dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur*. *Dotis datio*, étoit un moyen commun à toute sorte de constituans, comme l'enseigne le même Jurisconsulte, & se consommoit par la délivrance actuelle qui étoit faite au mari lors du contrat, des sommes dotales, ou des effets mobiliers constitués; *dotis dictio*, étoit une forme particulière de constituer la dot, laquelle étoit propre à la femme ou à son débiteur, ou à ses ascendans *per virilem sexum*; elle se faisoit par des paroles solemnelles sans interrogation précédente; en quoi cette forme de constitution de dot étoit différente de la stipulation; c'est ce que nous apprennent le même Jurisconsulte Ulpien, au lieu préallégué; le Jurisconsulte Gaius, dans ses *institutions*, lib. 2, tit. de *obligationib.* 9, §. 3; la loi 3, *cod. Theodosiano de incest. nuptiis*; M. Cujas, sur les fragmens d'Ulpien, au lieu déjà cité; Jacques Godefroy, sur la loi 4, *cod. Theodosiano de dotibus*; *Gregorius Tolosanus*, in *sintagmate juris*, & plusieurs autres. On trouve encore des vestiges de ces paroles solemnelles dans les loix 25, 44, §. 1, 46, §. 1, 55 & 59, ff. de *jure dot.* & 125, ff. de *verb.*

signif. Dotis promissio, étoit un moyen particulier aux autres constituans, & ne pouvoit produire d'obligation que par la force de la stipulation, *aliæ verò personæ, si pro muliere dotem marito promiserint, jure communi obligari debent; id est, ut interrogatæ respondeant, & stipulatæ promittant*, dit le Jurisconsulte Gaius, au lieu préallégué; & c'est ce qui est aussi prouvé par la loi 3, *cod. Theodos. de incest. nuptiis*; & par Jacques Godefroy, sur la loi 4, *cod. Theodos. de dotibus*.

32. *Dotis promissio quid.*

Les choses étant dans cet état, les Empereurs Théodose & Valentinien portèrent une loi en l'année 428, qui est la quatrième au code Théodosien de *dotibus*, par laquelle la solemnité des paroles & de la stipulation, furent abrogées dans la diction & promesse de la dot. Voici de quelle manière elle s'explique: *Ad exactionem dotis quam semel præstari placuit, qualiacumque sufficere verba censemus, etiamsi dictio, vel stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minimè fuerit subsequuta.*

33. *Formalité des paroles & de la stipulation, abrogées dans la diction, & dans la promesse de la dot.*

Cette même loi est rapportée au code de Justinien, dans le titre de *dotis promissione*; mais Tribonien a retranché les mots *etiamsi dictio*, à la place desquels il a substitué ceux-ci, *sive scripta fuerint, sive non*, pour accommoder son esprit aux principes répandus en d'autres loix, & parce que la diction de la dot, & sa solemnité avoit été abrogée, selon la remarque de Denys Godefroy, sur la loi 6, *cod. de dot. promiss.*

34. *Changemens faits par Tribonien à la Loi 4, Cod. Theodos. de dotibus.*

Des observations que nous venons de faire, il s'ensuit que par l'ancienne Jurisprudence, depuis l'abolition des formalités du mariage *per coemptionem*, il ne pouvoit point y avoir de constitution tacite de dot, puisqu'il falloit que la femme en fit la promesse, appelée *dictio dotis*, par des paroles solennelles: autrement elle n'étoit point obligatoire; & puisque le droit nouveau n'a retranché que la simple formalité des paroles, qui devoient être employées *in dictione vel stipulatione dotis*, & qu'il fait valoir la promesse par simple pacte, il a donc laissé subsister la nécessité de la convention expresse pour la constitution de la dot; ainsi il ne peut point y en avoir sans convention expresse, & sans pacte: voilà une première raison que nous ajoutons à celles qui ont servi de fondement à la Jurisprudence des Arrêts du Parlement de Toulouse, & des Auteurs qui ont dé-

35. *Conclusion.*

36. *Le Droit nouveau a laissé subsister la nécessité de la convention expresse pour la constitution de dot.*

cidé que la femme se mariant sans constitution expresse, n'est pas censée s'être constitué tous les biens.

37. Deuxième raison nouvelle. La deuxième est prise, de ce qu'on ne trouve dans le droit Romain aucun vestige des constitutions tacites de dot; mais toutes les loix supposent une convention expresse. En effet, la dot peut être constituée de plusieurs manières, selon le droit du Digeste & du Code, 1. par la stipulation; L. 20, & L. 63, ff. de jur. dot. 2. Pollicitatione & nudo pacto; L. 6, cod. de dotis promiss. 3. Delegatione debitorum; L. 36, L. 56, & L. 83, ff. de jure dot. 4. Acceptatione; L. 41, §. 2, ff. eod. 5. Remissione debiti, lorsque le mari se trouve débiteur de sa femme; L. 12, §. ult. L. 58, §. 1, & L. 77, ff. de jur. dot. 6. Par la promesse, en cas de mort, faite par le père de la femme; L. 76, ff. eod. 7. Par la tradition des choses dotales faites au fils ou à l'esclave du mari; mais le péril de ces choses regardoit la femme, jusqu'à ce que son mari eût ratifié cette tradition; L. 46, ff. eod. Enfin, il n'y a qu'un seul cas auquel la dot soit censée constituée tacitement; c'est-à-dire, lorsque les deux mariés avoient fait divorce, & que le mariage avoit été dissous par ce divorce, comme il étoit permis par le droit Romain, auquel cas, lorsque les deux mariés revenoient ensemble, *reintegrabatur matrimonium*, & la dot constituée entr'eux étoit rétablie; c'est la véritable espèce de la loi 30, ff. de jur. dot. comme le prouvent la loi 31, la loi 40., & la loi 64 du même titre. La raison en est expliquée dans la loi 40: *Quia utique non indotata redire in matrimonium voluit partibus suis fungi, quasi renovata dote*. Et si quelques Interprètes ont cru que la loi 30, ff. de jur. dot. étoit dans l'espèce d'un mariage nouveau contracté avec une personne différente du premier mari, c'est une erreur visible, qui est détruite par les paroles de la loi 31, qui sert d'explication à celle qui précède, il en paroît clairement que la loi 30 est dans le cas du rétablissement du même mariage, qui avoit été dissous par le divorce de deux mariés; car on ne trouve absolument aucune trace ni vestige dans le droit d'aucune constitution tacite hors du cas du rétablissement du mariage avec le même mari, après un divorce.
38. Différentes manières de constituer les dots, selon le Digeste & le Code.
39. Cas unique, ou la dot est censée constituée tacitement.
40. Quand après un divorce, le mariage étoit rétabli.
41. Raison particulière du rétablissement de la dot dans ce cas.
42. La Loi 30, de jure dot. n'est pas dans l'espèce d'un nouveau mariage, mais du rétablissement de celui qui avoit été rompu par le divorce.
43. Conclusion de la deuxième raison.
- Or dans tous les différens cas que nous venons d'expliquer,

d'expliquer, excepté au dernier, qui a son fondement sur des raisons particulieres, & qui lui sont propres, les loix supposent qu'il ne peut point y avoir de dot sans constitution expresse, & sans convention.

Enfin, nous prenons une troisieme raison de la loi 1, *cod. de dotis promissione*, qui décide qu'une promesse vague & incertaine d'une dot faite par la femme dans son contrat de mariage, n'est point obligatoire. Or si une promesse expresse de la dot n'est pas obligatoire, quand elle est incertaine, à plus forte raison le mari peut-il moins se fonder sur une prétendue constitution tacite, quand le mariage a été contracté sans constitution particuliere; car il seroit absurde de donner plus d'effet au tacite qu'à l'express. On peut donc conclure de cette loi, non-seulement qu'il ne peut pas y avoir de dot sans convention expresse, mais encore que pour que la convention soit obligatoire, il faut nécessairement que la dot soit certaine.

Les Interprètes ont été fort embarrassés pour concilier cette loi avec la loi *Cum potest 69, §. Gener. 4, ff. de jur. dot.* & c'est pour n'avoir pas connu le véritable esprit de ces deux loix, qu'ils ont formé plusieurs opinions également fausses. On peut les voir dans *Fachineus, lib. 8, controversiarum, cap. 75*: il y en a même qui ont prétendu que la dot incertaine dans le cas de la loi 1, *cod. de dot. promiss.* devoit être de tous les biens; c'est le sentiment de *Forcatulus*, rapporté par *Denys Godefroy* sur cette loi, & de *Guybert de Lacoste, tract. de dotibus*, dont parle *Fachineus*, au lieu préallégué; mais c'est détruire, & non pas interpréter la loi, que de lui donner une telle explication.

Rien n'est plus facile que d'accorder ces deux loix, qui paroissent contraires; on n'a besoin que d'en considérer les différens cas. En effet, la loi 69, §. 4, parle d'une constitution faite par le pere de la femme, qui est naturellement obligé de doter sa fille, *paternum est officium dotare filiam; L. ult. cod. de dot. promiss.* lequel pere promet une dot, *arbitratu suo*; & comme cette promesse faite à l'arbitre du constituant, se réduit *ad arbitrium boni viri*, ainsi que le décide formellement la loi 3, *cod. de dotis promiss.* il n'est pas surprenant que dans le cas de la loi 69, §.

44. Troisieme raison nouvelle, tirée de la Loi 1, *Cod. de dotis promissione.*

45. La promesse d'une dot vague & incertaine, faite par la femme, n'est pas obligatoire.

46. Le tacite ne peut pas avoir plus d'effet que l'express.

47. Conciliation de la Loi 1, *Cod. de dot. promiss.* avec la Loi 60, §. 4. *ff. de jure dot.*

48. Dans le cas de la Loi 1, *Cod. de dotis promiss.* la dot doit être de tous les biens; selon certains Auteurs.

49. Réfutation de cette opinion.

50. Cas particulier de la Loi 69, §. 4, *ff. de jure dot.*

51. La promesse de la dot *arbitrio suo*, se réduit *ad arbitrium boni viri*.

4. ff. de jure dot. le Jurisconsulte Papinien ait décidé que le beau-pere étoit obligé de constituer une dot par rapport à ses facultés, & à la dignité du mari.

52. Véritable cas de la Loi 1, Cod. de dotis promiss. Au lieu que dans l'espece de la loi 1, cod. de dot. promiss. la promesse de la dot est faite par la femme qui n'est point obligée de se constituer une dot, comme l'observe fort bien M. Cujas sur la loi 69, §. Gener. ff. de jure dot. lib. 4, respons. Papin. Première

raison de différence. Cette promesse est encore absolument vague & incertaine : il n'est point dit qu'elle seroit fixée *arbitratu mulieris*, ni par conséquent *arbitrio boni viri*; ce qui produit une deuxième raison de différence. Voilà pourquoi ces deux loix qui sont dans deux cas différens, & non pas contraires, doivent être suivies chacune dans son espece particulière; & c'est ainsi que M. Cujas, au lieu préallégué, & sur le titre du code de dot. promiss. les concilie, & soutient que la promesse vague d'une dot incertaine, faite par la femme, n'est point obligatoire; *Gregorius Tolosanus*, in *Sintagmate Juris*, lib. 9, cap. 18, n°. 3; *Fachineus*, au lieu préallégué; & *Peresius*, sur le titre de dot. promiss. n°. 3 & 4, sont du même avis.

54. Réponse aux argumens des opinions contraires. Il ne reste qu'à répondre aux argumens de l'opinion contraire. Premièrement, la Glose sur la loi *Mulier 72*, ff. de jur. dot. ne parle dans la première partie que de la coutume observée, quand les mariages se contractoient *per coemptionem*, qui faisoit passer tous les biens de la femme au pouvoir du mari; ce qui est abrogé, comme nous l'avons dit.

55. Explication de la Glose sur la Loi 71, ff. de jure dot. Et dans la seconde partie, elle dit, *sed lex non dicit*, pour faire comprendre qu'il n'y a point de constitution tacite de tous les biens, parce que la loi ne l'exprime pas; & par conséquent cette Glose bien entendue, décide le contraire de ce qu'on lui fait dire. 2. Les loix 30 & 40, ff. de jur. dot. ne parlent que du rétablissement du mariage dissous par le divorce, & entre les mêmes personnes; auquel cas la même dot étoit tacitement rétablie par la volonté présumée de la femme; mais le cas est particulier, & a ses fondemens, qui ne conviennent pas à un premier, ni même à un second mariage. L'Authent. *Quamvis* décide seulement que le pere, auquel la dot de sa fille a fait retour, ne peut pas la diminuer dans le second mariage de sa fille, à moins que sa

56. Réponse aux Loix 30, & 40, ff. de jure dot.

57. Réponse à l'Authentique *Quamvis*.

fortune n'ait diminué ; ce qui est bien éloigné de notre cas. 3. Il n'est point vrai que la dot soit un accessoire inséparable du mariage ; puisque, suivant la décision des loix que nous avons rapportées , il peut y avoir des mariages sans dot ; que la dot est une chose principale d'elle-même , qui a besoin d'une convention expresse , & qu'il n'y a que les choses véritablement dotales qui doivent servir à supporter les charges du mariage , le mari étant présumé s'en être chargé en seul , dès-là qu'il ne stipule aucune dot. 4. Si le mari gagne les fruits des biens de sa femme , c'est parce que dès-là que la femme lui en a permis l'administration , elle est censée les lui avoir donnés ; & que d'ailleurs ils sont présumés employés à la nourriture & entretien de leur famille ; *L. 11, cod. de pact. conventis , L. 17, cod. de donat. inter vir. & uxor. & M. de Cambolas , liv. 2 , ch. 18* , même suivant *Loiseau , du déguerpissement , liv. 2 , ch. 4 , n^o. 4* , le mari a la jouissance des biens paraphernaux , lorsque la femme ne la lui défend pas.

5. La loi *Quòd si nolit 31 , §. Quia assidua 20 , ff. de edil. editto* , est ici très-mal appliquée : le Jurisconsulte Upien décide dans ce §. 20 , que , quoique le vendeur ne soit pas assujetti à la stipulation double , en cas d'éviction de l'esclave vendu , toutefois si l'acheteur est évincé , il pourra intenter l'action *ex empto* , pour obtenir les dommages & intérêts ; parce que *ea quæ sunt mortis & consuetudinis in bonæ fidei judiciis debent venire* ; la raison de cette décision est que l'action *ex empto* est de la nature du contrat de vente , & qu'elle a lieu sans stipulation ; *L. ex empto 11 , §. 18 , ff. de actionib. empti , L. 6 , & L. 17 , cod. de evictionib.* ainsi il n'est pas merveilleux que le Jurisconsulte dise dans ce cas : *Ea quæ sunt mortis & consuetudinis in bonæ fidei judiciis debent venire* ; mais cette règle qui est bien appliquée dans le cas de la vente , est étrangère à la dot , parce que la dot n'est pas de la nature ni de l'essence du mariage , puisqu'on peut contracter mariage sans dot , comme il a été prouvé ci-dessus ; & que d'ailleurs il n'est ni commun ni ordinaire que les femmes se constituent tous leurs biens ; car on voit un plus grand nombre de constitutions particulières , que de celles qui sont de tous les biens.

6. A l'égard de la possession du mari , qu'on pré-

58. La dot n'est pas un accessoire inséparable du mariage.

59. La dot est une chose principale d'elle-même.

60. Véritables raisons pourquoi le mari gagne les fruits des biens paraphernaux , quand il les a perçus.

61. Si le mari a la jouissance des biens paraphernaux , lorsque la femme ne la défend pas.

62. Explication de la Loi 31 , §. 20 , ff. de adilit. editto.

63. L'action *ex empto* est de la nature du Contrat de vente.

64. La dot n'est pas de la nature ni de l'essence du mariage.

65. Réponse à la raison prise de la possession. tend supposer la tradition faite par la femme à titre de dot ; il est vrai que la tradition est un moyen d'acquérir, suivant les textes cités pour l'opinion contraire ; mais il faut qu'elle soit fondée sur une

66. La tradition n'est un moyen d'acquérir que quand elle est fondée sur une juste cause. *nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua justa causa præcesserit propter quam traditio sequeretur*, dit la loi 31, ff. de acquir. rerum dominio ; & comme la permission ne suppose pas le titre, il est nécessaire que celui qui l'allègue le prouve, parce qu'il est le fondement de son intention ; & que, suivant la loi 2, ff. de probat. *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, d'autant mieux

67. La possession ne suppose pas le Titre. que les femmes étant dans l'usage de permettre à leurs maris la jouissance & l'administration de leurs biens paraphernaux, & la cause de la possession étant équivoque, puisqu'elle peut se rapporter à la simple tolérance de la femme, de même qu'à la constitution ; c'est au mari à justifier que la tradition lui a été faite à titre de dot ; autrement il faut présumer que les biens sont dans leur état naturel ; c'est-à-dire, paraphernaux & propres à la femme, & non pas constitués, d'autant que la constitution de la dot est un accident contre la nature des biens de la femme, & une espece de servitude qui ne peut point être présumée sans preuve ; *L. Altius, cod. de servit. & aqua* : c'est donc au mari à rapporter les preuves de la constitution, & que la possession a été livrée en conséquence.

68. *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.*

69. La possession peut se rapporter à la tolérance de la femme.

70. Les biens sont présumés paraphernaux & libres, parce que c'est leur état naturel.

71. Résolution du sentiment particulier de Ferrieres. 7. Pour ce qui est du sentiment particulier de Ferrieres sur Guipape, il est encore moins raisonnable, parce qu'il est contradictoire, & qu'il tend à faire considérer les mêmes biens comme dotaux, & comme non dotaux ; ce qui est impossible, d'autant

72. *Eadem res non potest diverso jure censi.* que *eadem res non potest diverso jure censi* ; & que si cet Auteur croit que les biens de la femme qui s'est mariée sans dot, ne sont pas dotaux, en sorte que le mari ne puisse pas les gagner par la force de la coutume, ils ne peuvent pas l'être pour en attribuer au mari la jouissance malgré sa femme : & la décision de cet Auteur n'est juridique, qu'en ce qu'il dit que le mari qui a joui des biens paraphernaux de sa femme, ne peut pas être recherché pour la restitution de ces fruits, par les raisons que nous avons touchées ci-dessus ; & c'est aussi de cette manière que *M. de Cambolas* l'entend.

¶ La doctrine que nous avons expliquée dans l'examen de cette question, & la résolution que nous avons formé en décidant qu'il n'y a point de constitution de dot sans convention, ont été autorisées & confirmées par un Arrêt du Parlement de Toulouse, rendu en la deuxième Chambre des Enquêtes, au rapport de M. de Monferat, le 6 Juillet 1744, en faveur d'Anne Robert, contre les enfans du nommé Routavoulp, & de Catherine Sulgues, qui a jugé que la femme qui se marie, sans s'être constituée une dot, n'est pas censée s'en être constitué les biens à elle donnés ou restitués dans son contrat de mariage, quoiqu'il y eût une stipulation d'augment en faveur de la femme, & une donation de survie en faveur du mari.

73. Arrêt du Parlement de Toulouse, qui juge que la femme n'est pas censée s'être constitué les biens qui lui sont donnés ou restitués dans son Contrat de mariage, quoiqu'il y eût une stipulation d'augment réciproque entre mariés.

Le nommé Routavoulp & Catherine Sulgues, passerent un contrat de mariage, dans lequel le futur époux qui entroit pour gendre dans la maison de sa future, se constitua tous ses biens pour la supportation des charges du mariage, lesquels biens consistoient en une certaine somme, qu'il promit d'employer à la libération de ceux de sa future épouse. Il fut stipulé une certaine somme à titre d'augment en faveur de la future, laquelle fit de son côté une donation, en cas de survie, à son futur époux.

Dans le même contrat, la mere de Catherine Sulgues fit donation à sa fille de certains biens, & lui restitua le Fidéicommiss dont elle avoit été chargée en sa faveur par son mari; mais il n'y eut point de clause portant que Catherine Sulgues se constituoit en dot les biens qui lui avoient été donnés ou restitués par sa mere dans le contrat de mariage.

Quelque-tems après la célébration du mariage, les mariés vendirent conjointement à Anne Robert une maison, qui faisoit partie des biens donnés ou restitués à Catherine Sulgues. Après la mort de ces mariés, Routavoulp leur fils, après avoir répudié l'hérédité de son pere, forma instance devant le premier Juge en délaissement de cette maison, & il impetra des lettres, pour demander la cassation de la vente, comme la maison étant dotale, & n'ayant pas pu être vendue, suivant la loi *un. §. 15, cod. de rei uxor. act.* le premier Juge rendit une Sentence, qui déboute l'impétrant de ses lettres: sur l'appel au Sénéchal, il fut rendu une seconde Sentence,

qui réforme , entérine les lettres , casse la vente , & condamne Anne Robert au délaissement de la maison en question , jugeant par-là qu'elle étoit dotale , & que le contrat de mariage de Catherine Sulgues contenoit une constitution de la dot tacite des biens qui lui avoient été donnés ou restitués par sa mere dans le même contrat.

Anne Robert interjeta appel de la Sentence du Sénéchal , & prétendit que la maison n'étoit pas dotale , à cause qu'il n'y avoit aucune constitution de dot de la part de Catherine Sulgues , & qu'il ne pouvoit point y avoir de dot sans une convention ou stipulation , par les raisons & les autorités rapportées dans notre question ; au contraire , Routavoulp prétendoit qu'il y avoit une constitution de dot de la part de Catherine Sulgues , de tous les biens qui lui avoient été donnés & délaissés par sa mere dans le contrat de mariage ; ce qu'il induisoit de plusieurs circonstances. La premiere que Routavoulp s'étant constitué tous ses biens pour supporter les charges du mariage , il falloit sous-entendre une constitution semblable de la part de Catherine Sulgues , qui devoit contribuer aux charges du mariage , à cause de la réciprocité des obligations des mariés.

La seconde , que Routavoulp avoit joui de tous les biens de sa femme , tandis que le mariage avoit duré ; ce qui faisoit voir l'intention de Catherine Sulgues , de se constituer tous ses biens.

La troisieme , que Routavoulp mari , étoit intervenu dans la vente ; ce qui ne paroît avoir été fait qu'à cause qu'on le considéroit comme maître des biens de sa femme , qui étoient dotaux.

La quatrieme , que le contrat de mariage renfermoit une stipulation réciproque d'un augment ou gain de survie , qui suppose une constitution de dot , vu que l'augment est un accessoire de la dot.

La cinquieme , que , suivant la maniere de penser des habitans du Rouergue , où le contrat de mariage en question avoit été passé , on considere comme dotal tout ce qui est donné à la future épouse dans son contrat de mariage , quoiqu'elle ne se constitue pas , par convention expresse , les biens qui lui sont donnés.

Mais malgré ces raisons & les circonstances ;

QUESTION XXV. 199

l'Arrêt que je rapporte réforma la Sentence du Sénéchal, & débouta Rouvaulp fils, de ses lettres & de sa demande, par cette raison que n'y ayant point de constitution expresse à titre de dot des biens donnés ou délaissés à Catherine Sulgues par sa mere, quoique dans le contrat de mariage, la maison n'étoit pas dotale, & que l'aliénation avoit pu être valablement faite.

Les circonstances & les présomptions qu'on alléguoit pour établir la constitution tacite en dot, étoient mauvaises & frivoles. Car en premier lieu, la constitution faite par le futur époux, ne concluoit rien par rapport à la future épouse, qui n'en avoit pas fait un semblable. C'étoit donc une preuve qu'elle n'avoit pas entendu se constituer les biens à elle donnés & restitués.

En second lieu, la jouissance du mari ne concluoit non-plus rien, par rapport à la constitution; vu qu'il arrive tous les jours que la femme laisse jouir son mari des biens paraphernaux, sans qu'une telle jouissance en change la qualité, & les fasse devenir dotaux.

En troisieme lieu, l'intervention du mari dans la vente n'avoit rien de commun avec la constitution de dot, qui doit se trouver dans le contrat de mariage par convention expresse; ce ne fut qu'une précaution, & une sûreté pour rendre la vente plus solide.

En quatrieme lieu, suivant l'usage du Parlement de Toulouse, il peut y avoir une dot sans augment, & on n'y connoit point d'augment, à moins qu'il n'ait été stipulé, ou qu'il ne soit établi par la coutume locale; & par conséquent on peut stipuler un augment ou un gain de survie en faveur des mariés, sans qu'il y ait de constitution de dot, ni qu'on le puisse présumer, ou sous-entendre par la stipulation de l'augment ou du gain de survie; ces choses dépendant de la convention, sans que l'un puisse être considéré comme une suite & un accessoire de l'autre; voilà pourquoi l'existence de l'un ne peut pas supposer l'existence de l'autre.

Enfin, la façon erronnée de penser d'un certain pays, ne doit pas donner atteinte à la disposition des loix du même pays, & ne peut pas induire une correction & une abrogation des mêmes loix; il faut

au contraire réformer les opinions erronnées, par les dispositions des loix, qui sont toujours sages, & qui sont faites pour le bien public. *V. M. de Castellan, liv. 4, ch. 22*, qui rapporte un Arrêt à peu près semblable.

Le code Frederic, *partie 1, liv. 2, tit. 4, art. 1, §. 20*, confirme tout ce que nous avons dit dans cette question. Il porte : *Il est requis que la dot soit expressement constituée en qualité de dot ; c'est pourquoi elle ne sauroit être constituée tacitement ; & quand la constitution est douteuse, tous les biens de la femme. sont censés paraphernaux.* ¶

QUESTION XXVI.

1. Si le donateur peut substituer *ex intervallo* aux biens qu'il a donnés.

SOMMAIRES.

1. Au Parlement de Toulouse, les ascendans peuvent substituer *ex intervallo* aux biens donnés.
2. Sous quelles conditions.
3. On peut aussi substituer sur la tête du petit-fils les biens donnés aux fils prédécédés.
4. Les étrangers ne peuvent pas substituer *ex intervallo* aux biens donnés.
5. Auteurs qui établissent toutes ces propositions.
6. Motifs de la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, sur la substitution aux biens donnés.
7. Equité de cette Jurisprudence, lorsque les descendans du donateur concourent avec des étrangers.
8. Qu'elle devrait cesser quand le donataire a laissé ses biens à un de ses freres, ou à quelque autre descendant du donateur.
9. La substitution aux biens donnés faite *ex intervallo*, est contraire aux regles.
10. Dans le concours de deux descendans du donateur, la préférence devrait être accordée à

celui qui tient son droit du donataire.

11. Auteurs qui ont cru que la substitution aux biens donnés étoit fondée sur le Droit Romain.
12. Le Droit Romain décide le contraire.
13. La Donation parfaite est irrévocable.
14. Le donateur ne peut pas y donner atteinte.
15. Il ne peut pas lui imposer des conditions après-coup.
16. Le donataire est créancier à raison des biens donnés.
17. Le legs de la dette passive fait au créancier, ne peut pas être chargé de fidéicommis.
18. Réponse aux fondemens de l'opinion contraire.
19. On ne doit pas raisonner sur l'interprétation des Contrats, comme sur celles des Testamens.
20. On ne supplée rien aux Contrats.
21. 26. Explication de la Loi dernière, §. 5, ff. de leg. 2.
22. Le testateur peut laisser par fidéicommis, les biens de son héritier.
23. Pourquoi le fidéicommis du bien d'autrui est bon.
24. La dot, & les biens donnés sont extra causam bonorum.
25. Cas où le donataire peut être grevé sur les biens donnés.
27. Il n'y a que la faveur des descendans en concours avec les étrangers, qui puisse soutenir la substitution ex intervallo.
28. Cette Substitution ne devoit pas nuire à la femme pour ses conventions matrimoniales.
29. Ni au droit des tierces personnes qui auroient contracté avec le Donataire.
30. La Substitution ex intervallo aux biens donnés, peut être faite en faveur des freres du donataire, quoiqu'ils ne soient conjoints que d'un côté.
31. Le motif de la Substitution se vérifie, lorsque le substitué est descendant du substituant.
32. La Substitution ex intervallo aux biens don-

- nés, ne peut pas être faite en faveur des enfans du donataire.
33. Dans le concours d'une faveur égale, on doit recourir au droit commun.
34. La Substitution *ex intervallo* aux biens donnés, ne peut pas être faite au préjudice des filles du donataire.
35. Les trois conditions *nominatim si sine liberis & favore liberorum*, doivent se vérifier.
36. Il n'est pas nécessaire d'exprimer la condition *si sine liberis*, il suffit qu'elle se vérifie.
37. La Substitution faite au profit de celui qui n'est pas descendant du donateur, est nulle.
38. On peut substituer *ex intervallo* à l'institution ou à la promesse d'instituer, faite par Contrat de mariage.
39. L'institution contractuelle, ou la promesse d'instituer, ont la même force qu'une Donation entre-vifs.
40. La Donation entre-vifs, qui n'est confirmée que par la mort, peut être chargée de Substitution *ex intervallo*.
41. Quelles sont ces Donations.
42. Afin que cette Substitution vaille, il faut qu'elle parle nommément des biens donnés.
43. Cas de la Loi 68, ff. de leg. 2.
44. Cette Loi doit être appliquée à la Donation faite par le pere à son fils non émancipé.
45. Ceux qui ont la faculté de substituer *ex intervallo* aux biens donnés, ne peuvent pas y renoncer, même par Contrat.
46. Disposition de l'Ordonnance du mois d'Août 1747, au sujet des Substitutions *ex intervallo* aux biens donnés.

ON juge constamment au Parlement de Toulouse, que le pere ou la mere, & les autres ascendants qui ont fait des donations entre-vifs en faveur de leurs descendans, peuvent les charger de substitution *ex intervallo*, sous trois conditions cumulatives, 1°. que la substitution soit faite nommément aux biens donnés. 2°. Que le donataire décède sans

Enfans. 3°. Que la substitution soit faite en faveur d'un descendant du donateur : on y juge même qu'encore que le donataire précède, laissant des enfans, le donateur ascendant a la liberté de charger de substitution les enfans du donataire précédé, tout de même qu'il l'auroit pu dans le cas que le donataire seroit décédé sans enfans ; mais on ne donne point la faculté de substituer *ex intervallo* aux biens donnés aux donateurs étrangers ; c'est-à-dire, à ceux qui ne sont point du nombre des ascendants : cette Jurisprudence est attestée par MM. Maynard, liv. 5, ch. 34 ; Dolive, liv. 5, ch. 15 & 16 ; Ferrieres, sur la question 184 de Guipape ; Cambolas, liv. 1, ch. 35, & liv. 6, ch. 23 ; Albert, verb. substitution, article 1 ; & Catellan, liv. 2, ch. 13.

Les motifs sont, 1°. la faveur des enfans à l'égard desquels les loix ont introduit bien des choses contraires aux regles. 2°. La volonté présumée du donateur, qui est censé avoir voulu gratifier ses enfans & leur postérité, & non pas leur faire des donations pour les faire passer à des étrangers, au préjudice de leurs freres ; en sorte que si le donateur étoit interrogé dans les circonstances que son fils donataire eût institué sa femme ou quelqu'autre personne étrangere, au préjudice de ses freres, il ne balanceroit point de donner la préférence à ses autres enfans. 3°. Que suivant la loi dernière, §. *Filia* 5, ff. de leg. 2, le pere qui a constitué une dot à sa fille, peut la charger de fidéicommis *ex intervallo* ; ce que les Interprètes ont expliqué, en ce que la dot peut excéder la légitime, laquelle ne peut point être chargée de substitution, parce qu'elle est due, *sine ullo gravamine, vel mora*, aux termes des loix 30 & 32, *cod. de inoff. testam.*

La Jurisprudence du Parlement de Toulouse paroît équitable, à cause de la faveur des enfans, lorsqu'ils concourent avec des étrangers ; mais ce motif cessant, comme lorsque le donataire a laissé ses biens à un de ses freres, ou à quelqu'autre descendant du donateur, il n'y auroit pas lieu de la suivre, parce que la substitution *ex intervallo* aux biens donnés entre-vifs, est contre les véritables maximes : voilà pourquoi si la faveur des enfans ne fait pas pencher la balance de leur côté, & si un descendant concourt avec un autre descendant, qui a été

2. Sous quelles conditions.

3. On peut aussi substituer sur la tête du petit-fils les biens donnés au fils précédé.

4. Les étrangers ne peuvent pas substituer *ex intervallo* aux biens donnés.

5. Auteurs qui établissent toutes ces propositions.

6. Motif de la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, sur la substitution aux biens donnés.

7. Equité de la Jurisprudence, lorsque les descendants du donateur concourent avec des étrangers.

8. Qu'elle devoit cesser quand le donataire a laissé ses biens à un de ses freres, ou à quelqu'autre descendant du donateur.

9. La substitution aux biens donnés faite *ex intervallo*, est contraire aux Regles.

10. Dans le concours de deux descendans du donateur, la préférence devoit être accordée à celui qui tient son droit du donataire.

11. Auteurs qui ont cru que la substitution aux biens donnés étoit fondée sur le Droit Romain.

12. Le Droit Romain décide le contraire.

13. La Donation parfaite est irrévocable.

14. Le donateur ne peut pas y donner atteinte.

15. Il ne peut pas lui imposer des conditions après-coup.

16. Le donataire est créancier à raison des biens donnés.

17. Le legs de la dette passive fait au créancier, ne peut pas être chargé de fidéicommis.

18. Réponse aux fondemens de l'opinion contraire.

19. On ne doit pas raisonner sur l'interprétation des Contrats, com-

substitué *ex intervallo*, il convient de donner la préférence à celui qui tient son droit du donataire; parce qu'il a pour lui la décision des loix.

Quoiqu'il y ait des Auteurs, & entr'autres, le Président Boyer, *décis.* 204; & Fernand, sur le chap. *unique, de filiis natis ex matrimonio ad morganaticam contracto, part. 7, n^o. 8*, qui aient cru que la substitution aux biens donnés, faite après-coup, étoit fondée sur le droit Romain; il est pourtant certain que les loix décident le contraire.

En effet, c'est une regle que la donation entre vifs, une fois parfaite, est irrévocable de sa nature, *leg. 5, cod. de revocand. donat. §. 1, instit. de donat. en forte que le donateur ne peut point y donner atteinte directement ou indirectement par des contrats ni par testament; L. 8, cod. de donat. ante nupt. L. 2, cod. si advers. donat. L. 6, cod. si aliena res pign. data sit.* Il ne peut pas non-plus lui imposer des conditions après-coup; *L. 4, cod. de donat. quæ sub modo. Perfecta donatio*, dit cette loi, *conditiones postea non capit, quare si pater tuus donatione factâ quas-*

dam post aliquantulum temporis fecisse conditiones videatur, officere hoc nepotibus ejus fratris tui filiis, minime posse non dubium est. D'où l'on peut inférer sûrement que le donateur qui ne s'est point réservé dans l'acte de donation la faculté de substituer *ex intervallo* aux biens donnés, ne peut pas le faire valablement au préjudice du donataire & de ses héritiers; parce que, comme l'a fort bien remarqué M. Cujas en sa consultation 20, le donataire est créancier à raison des biens donnés; & comme le débiteur qui legue la dette à son créancier, ne peut pas le charger de de fidéicommis, de même le donateur ne peut pas non-plus charger le donataire de rendre les biens donnés; car s'il en étoit autrement, on donneroit la liberté au donateur de révoquer une donation irrévocable de sa nature.

La conjecture de la volonté présumée du donateur ne peut pas être d'aucune considération, parce qu'on ne doit pas raisonner sur l'interprétation des contrats, comme sur celle des testamens, d'autant que ceux-ci doivent être interprétés, suivant la volonté présumée du testateur, à cause que c'est son acte; au lieu que ce qui n'est pas exprimé dans un contrat, est censé avoir été omis par les parties, de dessein

prémédité, suivant la loi 99, ff. de verb. oblig. *quid-
quid adstringenda obligationis est, id nisi palam verbis
exprimitur, omissum intelligendum est*, dit cette loi; ainsi
le donateur ne s'étant pas réservé la faculté de substi-
tuer, il est censé avoir renoncé.

A l'égard de la loi dernière, §. *Filia* 5, ff. de leg. 2, elle ne décide rien de contraire; parce que, selon *M. Cujas*, dans le commentaire qu'il en a fait au liv. 4. *des réponses de Scævola*, elle est dans le cas d'une fille qui avoit été instituée héritière par son pere, lequel avoit pu par conséquent la charger de rendre sa dot, quoiqu'il n'y eût aucun droit; parce que le testateur peut léguer ou laisser par fidéicommiss, non-seulement les choses qui lui appartiennent, mais encore celles qui sont à son héritier ou à autrui; §. *Non solum* 4, instit. de legat. & §. 1, instit. de singul. reb. per fidéicommiss. *relictis*; ainsi dans l'espece de cette loi dernière §. 5, de leg. 2, le fidéicommiss est bon à cause de l'institution, & non-pas que le pere eût quelque droit sur la dot pour la charger de substitution, parce que les biens donnés, de même que la dot, *sunt extra causam bonorum, L. à filia* 62, ff. ad S. C. Trebell. où la dot est mise au rang des dettes. Il est vrai que si le donateur fait quelque libéralité à son donataire, & qu'à même-tems il le charge de rendre les biens donnés, le donataire est obligé d'exécuter la charge qui lui a été imposée, lorsqu'il a accepté la libéralité; mais non-pas dans le cas contraire, comme il est décidé en termes exprès à l'égard de la liberté, quoiqu'infinitement favorable dans la loi *Lucius* 40, ff. de fideicom. *libertatib.* on peut encore répondre au §. *Filia*, en disant avec la *Glose*, *M. Maynard*, liv. 5, ch. 34; & *M. de Catellan*, liv. 2, ch. 13, que dans l'espece de ce §. le pere avoit stipulé le retour de la dot; ce qui paroît de ces termes: *cautionem post mortem meam tuas, & ita renoves ut fratres tui dotem stipularentur, hoc casu ut si sine liberis uno pluribusve in matrimonio morieris, dos ad eos perveniat*, qui supposent une stipulation de retour en faveur du pere, lorsque la constitution fut faite.

Il n'y a donc que la seule faveur des descendants en concours avec des étrangers, qui puisse déterminer à donner atteinte aux regles établies sur cette matiere, & faire autoriser la substitution aux biens donnés faite *ex intervallo*; & par conséquent la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, pour être

me sur celle des Testamens. 20. On ne supplée rien aux Contrats;

21. Explication de la Loi dernière, §. 5, ff. de leg. 2.

22. Le Testateur peut laisser par fidéicommiss les biens de son héritier.

23. Pourquoi le fidéicommiss du bien d'autrui est bon.

24. La dot & les biens donnés *sunt extra causam bonorum.*

25. Cas où le donataire peut être grevé sur les biens donnés.

26. Explication de la Loi dernière, §. *Filia*.

27. Il n'y a que la faveur des descendants en concours avec les étrangers qui puisse soutenir la Sub-

stitution *ex intervallo*.

La Substitution devrait être faite nommément aux biens donnés, sans que cette condition pût être suppléée par des équipollens.

28. Cette Substitution ne devrait pas nuire à la femme pour ses conventions matrimoniales.

29. Ni au droit des tierces personnes qui auroient contracté avec le donataire.

équitable, devrait être bornée à ce seul cas, que le substitué se trouveroit concourir avec un étranger héritier ou successeur à titre gratuit du donataire, & que la substitution seroit faite nommément, & en termes exprès aux biens donnés, sans qu'on pût suppléer à cette condition par des équipollens; & c'est ainsi qu'on le juge actuellement, suivant l'Arrêt du Parlement du 8 Février 1676, rapporté par *M. de Catellan*, liv. 2, ch. 13, nonobstant les arrêts qu'on trouve dans *M. Dolive*, liv. 5, ch. 15; & dans *Albert*, verb. *substitution*, article 1: il est même remarquable qu'une telle substitution ne peut pas porter préjudice à la femme pour les conventions matrimoniales.

Même dans ce cas, la substitution faite après-coup, ne devrait pas donner atteinte au droit acquis à des tierces personnes qui auroient contracté avec le donataire à titre onéreux, parce que la substitution *ex intervallo* étant contraire aux vrais principes, & ne pouvant être soutenue que par un mouvement d'équité, qui doit faire préférer les descendans du donateur aux héritiers étrangers du donataire, dès qu'il s'agira de l'intérêt des créanciers & des tiers-acquéreurs, qui ne tendent qu'à se garantir de perdre; la faveur des descendans du testateur ne peut être d'aucune considération, puisque leurs efforts ne tendent qu'à se procurer un profit; voilà pourquoi étant moins favorables que les créanciers & tiers-acquéreurs à titre onéreux, ils doivent leur être postposés. ¶ En sorte que la substitution *ex intervallo* aux biens donnés, ne devoit avoir d'autre effet que d'empêcher le donataire de disposer à titre gratuit des biens donnés, comme l'a fort bien décidé l'Auteur des *addit. sur Ricard*, tom. 2, des substitutions, directes & fidéicom. n^o. 17, part. 1. ¶

30. La Substitution *ex intervallo* aux biens donnés, peut être faite en faveur des freres du donataire, quoiqu'ils ne soient conjoints que d'un côté.

31. Le motif de la Substitu-

Pour éclaircir les difficultés qui se présentent ordinairement sur les substitutions aux biens donnés, lesquelles sont en grand nombre, il faut remarquer, premièrement, que la substitution peut être faite, non-seulement en faveur d'un frere germain du donataire, mais encore au profit d'un frere qui ne seroit conjoint que d'un côté, pourvu qu'il soit descendant du donateur; car le motif d'équité se prenant de la liaison du sang & de la volonté présumée du donateur, il suffit que le substitué se trouve descendant du donateur, pour que le motif s'y rencontre; la faveur ne devant pas se mesurer par rapport au lien

qui unit le substitué avec le donataire, mais bien par rapport à celui qui l'unit avec le donateur; ainsi il faudroit, suivant le sentiment de *Ferrieres*, sur la question 184 de *Guipape*, décider que le frere qui n'est conjoint que d'un côté, peut être appelé à la substitution, préférablement à celui de *Despeiffes*, qui a pensé qu'il n'y avoit que les freres germains qui pussent être substitués, & que les consanguins n'étoient pas capables de recueillir la substitution aux biens donnés, lorsqu'il y avoit des freres germains du donataire: aussi les nouveaux Arrêts du Parlement de Toulouse se sont ils attachés à la doctrine de *Ferrieres*; & particulièrement celui qui fut rendu le 23 Août 1709, à la deuxieme Chambre des Enquêtes, au procès du Sieur & de la Demoiselle de Pezenes: on avoit suivi l'avis de *Despeiffes* par un Arrêt rendu entre les mêmes parties, au rapport de M. de St. Laurens, le 27 Août 1707; mais cet Arrêt ayant été cassé sur Requête civile, & la question ayant été rejugée, on décida qu'il suffisoit d'être frere du grevé, sans considérer le double bien.

En second lieu, il devoit être tellement requis que le donataire décédât sans enfans, qu'il ne devoit pas être permis de substituer *ex intervallo*, les biens donnés en faveur des enfans du donataire, suivant la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, attestée par *MM. Cambolas*, liv. 1, ch. 35; *Albert*, verb. substitution, article 1; *Graverol*, sur *Larroche*, verb. mariage, article 46; & *M. de Catellan*, liv. 2, ch. 13, laquelle a été confirmée par un Arrêt rendu depuis quelques années en faveur de Noble Thomas d'Olivier, Baron du Bouzet, au rapport de M. de Célés; ce qui paroît très-juste, parce que dans le concours d'une faveur égale & d'un privilege semblable, on doit avoir recours aux regles du droit commun, qui veulent que la donation ne puisse point être chargée de substitution.

En troisieme lieu, la substitution aux biens donnés ne pourroit point être faite *ex intervallo*, dans le cas que le donataire ayant des filles, décéderoit sans enfans mâles, selon *M. Dolive*, liv. 5, ch. 15, parce qu'il ne dépend pas du donateur de priver les filles du donataire du fruit de la donation dont leur pere étoit revêtu irrévocablement, & qu'il leur a transmis, d'autant que les filles du donataire, en qualité de descendantes, sont aussi favorables que les autres

tion se vérifie lorsque le substitué est descendant du substituant.

32. La Substitution *ex intervallo* aux biens donnés, ne peut pas être faite en faveur des enfans du donataire.

33. Dans le concours d'une faveur égale, on doit recourir au Droit commun.

34. La Substitution *ex intervallo* aux biens donnés, ne peut pas être faite au préjudice des filles du donataire.

35. Les trois conditions *nominatim, si sine liberis & favore liberorum*, doivent se vérifier.

36. Il n'est pas nécessaire d'exprimer la condition *si sine liberis*, il suffit qu'elle se vérifie.

descendans que le donateur pourroit substituer. En quatrieme lieu, quoique la substitution aux biens donnés faite *ex intervallo*, pour être efficace, doive renfermer les trois conditions cumulative-ment, *nominatim, si sine liberis, & favore liberorum*, néanmoins pourvu que l'acte qui contient la substitution porte qu'elle est faite expressément aux biens donnés, & en faveur d'un descendant du donateur, il ne paroît pas nécessaire qu'il soit dit expressément que la substitution est faite en cas que le donataire décède sans enfans; mais cette condition est sous-entendue, *tacito juris intellectu*; car ce n'est pas une formule nécessaire pour la validité de la substitution; mais il suffit qu'il n'y ait point d'enfans survivans au donataire, parce que la faveur des enfans est la seule chose que l'on considère; en sorte que, s'il n'y en a pas, la substitution faite *ex intervallo* aux biens donnés, devra valoir, pourvu qu'elle soit faite expressément aux biens donnés, & en faveur d'un descendant du donateur; & cette décision semble juste sur les principes de la Jurisprudence du Parlement de Toulouse; car quoique régulièrement on ne doit pas étendre les choses qui ont été introduites contre la pureté des règles; toutefois ce n'est pas à l'écorce des paroles qu'on doit s'attacher, mais aux effets, & comme le dit le Jurisconsulte dans la loi 3, §. 9, *ff. de adimend. leg. melius est sensum magis quam verba amplecti*; en sorte que les enfans n'étant ici que la condition qui fait défaillir la substitution, ou qui empêche l'effet, il suffit qu'il n'y en ait point, pour que la substitution doive avoir lieu, pourvu que les deux autres conditions substantielles soient exprimées, & ce n'est pas une extension, puisque le cas est toujours le même; ce n'est que l'omission d'une chose *quæ tacite inest*, & qui par conséquent ne peut pas vicier la substitution. ¶ Cette question a été ainsi jugée par Arrêt rendu en la première des Enquêtes, au rapport de M. Doujat, en faveur de M^{re}. Henry de Bassebat, Marquis de Pordeac, contre les créanciers de la distribution des biens d'Alexandre I, Henry I, & Alexandre II de Bassebat. Dans l'espece de cet Arrêt, Antoine Scipion de Bassebat avoit fait une substitution sur la tête d'Alexandre I son fils, tant aux biens qu'il avoit donnés en faveur de mariage, qu'aux biens

biens réservés, dans le cas qu'Alexandre I viendroît à décéder sans enfans mâles, & cette substitution est graduelle & perpétuelle; elle fut donc ouverte au profit d'Henry II, tant pour les biens donnés, que réservés, quoiqu'elle n'eût été faite que sous la condition *si sine masculis*. La même question avoit été encore jugée de la même maniere en faveur d'Henry I de Bassebat, par un précédent Arrêt, du 13 Juillet 1713, rendu en la même Chambre, au rapport de M. d'Ayguia, par le décès sans enfans d'Alexandre I, donataire & héritier grevé; & par ces deux Arrêts, les biens donnés furent déclarés faire partie de la substitution, tout comme les biens libres & réservés. ¶

En cinquieme lieu: comme la faveur des enfans du donateur est le motif déterminant qui a fait introduire la substitution *ex intervallo* aux biens donnés, l'on doit regarder avec raison comme nulle la substitution faite au profit de tout autre, que d'un descendant, même du frere du donateur; parce que la faveur d'un collatéral n'est pas assez forte pour qu'on doive se départir des regles & de la décision des loix; c'est ainsi que le décide *M. de Cambolas*, liv. 1, ch. 35.

En sixieme lieu: ce qui a été dit de la donation entre-vifs, doit avoir lieu à l'égard de l'institution, ou de la promesse d'instituer faite en contrat de mariage, selon *M. de Catellan*, liv. 2, ch. 13, pag. 256, 257 & 258; parce que les mêmes raisons militent également pour l'un & pour l'autre, comme étant de même nature, & que l'institution contractuelle, ou la promesse d'instituer, a la même force qu'une donation entre-vifs irrévocable, suivant l'usage du Royaume, à moins qu'il n'y ait une coutume contraire.

En septieme lieu: la donation entre-vifs, qui n'est confirmée que par la mort du donateur, comme celle qui est faite par le pere à son fils non émancipé, ou par le mari à la femme, & *vice-versâ*, n'étant point irrévocable, elle peut être chargée de substitution après coup; *L. 50, L. 77, §. 1, ff. de leg. 2, L. 3, §. 3, L. 33, §. 2, ff. de leg. 3, L. 11, ff. de dote prælegata, & L. 9, cod. de fideicommissis*; toutefois afin que la substitution puisse s'appliquer aux biens donnés, il est nécessaire qu'elle en parle

37. La Substitution faite au profit de celui qui n'est pas descendant du donateur, est nulle.

38. On peut substituer *ex intervallo* à l'institution, ou à la promesse d'instituer faite par Contrat de mariage.

39. L'institution contractuelle ou la promesse d'instituer, ont la même force qu'une Donation entre-vifs.

40. La Donation entre-vifs qui n'est confirmée que par la mort, peut être chargée de Substitution *ex intervallo*.

41. Quelles sont les Donations.

42. Afin que cette Substitution vaille, il faut qu'elle par- le nommément des biens donnés.

43. Cas de la Loi 68, ff. de leg. 2.

44. Cette Loi doit être appliquée à la Donation faite par le pere à son fils non-émancipé.

45. Ceux qui ont la faculté de substituer *ex intervallo* aux biens donnés, ne peuvent pas y renoncer, même par Contrat.

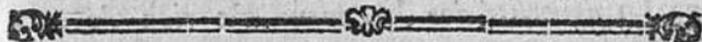
46. Disposition de l'Ordonnance de 1747.

nommément, & en termes exprès ; la raison en est, parce que les biens donnés *sunt extra causam bonorum*, & que le donataire les auroit eus, quoiqu'un autre eût été institué héritier ; c'est la décision de la loi *Sequens*, *quæstio* 68, ff. de leg. 2, dans le cas d'une donation faite par le mari à sa femme, *constante matrimonio* ; & les mêmes raisons se rencontrant dans le cas d'une donation faite par le pere à son fils non émancipé, il y a lieu d'y appliquer la même décision, comme l'ont pensé les Docteurs cités par *Fufarius*, de *substitutionibus*, *quæst.* 632, n°. 3 ; parce que ces deux sortes de donations sont soumises aux mêmes regles, & se trouvent comprises dans la même loi ; c'est-à-dire, dans la loi *donationes* 25, *cod. de donat. inter virum & uxorem*.

Enfin, nous ajouterons que ceux qui ont la faculté de substituer *ex intervallo* aux biens donnés, suivant la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, ne peuvent pas renoncer à cette faculté, même par acte entre-vifs ; c'est ainsi que cette question a été jugée par Arrêt du même Parlement, rendu en la deuxième chambre des Enquêtes, au rapport de M. de Comere, le 5 Mars 1721, en faveur de Marc-Antoine Vidal, contre Me. Pierre Herail, Greffier de l'Hôtel-de-Ville de Beziers.

¶ La nouvelle ordonnance du mois d'Août 1747, concernant les substitutions, a réglé cette matiere d'une maniere fort claire, & a rétabli les choses à-peu-près selon les mêmes regles du droit Romain. L'article XIII du titre 1, porte : « Les biens qui auront été donnés par contrat de mariage, ou par » une donation entre-vifs, sans aucune charge de » substitution, ne pourront être grevés par une » donation ou disposition postérieure, encore qu'il » s'agisse d'une donation faite par un pere à ses en- » fans, que la substitution comprenne expressément » les biens donnés, & qu'elle soit faite en faveur » des enfans du descendant du donateur ou du do- » nataire » : ce qui abroge totalement la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, sur la faculté de substituer *ex intervallo* aux biens donnés. L'article XIV veut que lorsque la donation ou l'institution contractuelle aura été faite à la charge de remettre les biens donnés à celui que le donateur ou le donataire voudra choisir, celui qui sera élu, ne pourra, sous prétexte de l'é-

l'élection faite en sa faveur, être chargé d'aucune substitution. L'article XV. défend même au donateur de se réserver la faculté de substituer après coup ; laquelle réserve est déclarée nulle ; il faut que la substitution soit faite dans l'acte même qui contient la donation. L'article XVI permet de substituer après coup aux biens donnés, lorsque la disposition qui renferme la substitution, contient une nouvelle libéralité en faveur du donataire, à condition que les biens qui lui ont été précédemment donnés, demeureront chargés de substitution. L'article XVIII porte : « N'entendons que la disposition des articles » XIII, XIV & XV, puisse avoir effet pour les » donations entre mari & femme, ou faites par le » pere de famille aux enfans étant en sa puissance, » ou autre donation à cause de mort, dans les pays » où elles sont en usage ». On réserve donc indéfiniment la faculté de substituer après coup aux biens compris dans une donation à cause de mort, ou qui n'a d'effet que du jour de la donation à cause de mort, & la défense de substituer *ex intervallo* aux biens donnés est bornée à ceux qui sont compris dans une donation qui est irrévocable, & qui vaut entre-vifs. ¶



QUESTION XXVII.

- I. Cas où la Substitution aux biens donnés est valable.
- II. Dans quels Actes cette Substitution peut-elle être faite ?

S O M M A I R E S.

1. *En élisant, on peut substituer en faveur d'un des éligibles.*
2. *Raison de cette Jurisprudence.*
3. *La Donation en faveur des enfans à naître, ne peut avoir d'effet qu'après leur naissance.*
4. *L'élection prend sa force de la mort du testateur.*

5. On peut substituer aux biens qu'on laisse, & qu'on pourroit ôter.
6. Celui qui est élu, est gratifié par l'élection.
7. Quem honoro gravare possum.
8. L'élection & le fidéicommiss étant faits par le même Acte, ne peuvent pas être divisés.
9. Le donateur qui a substitué à sa propre substance, est plus favorable qu'un héritier grevé de rendre.
10. Si l'héritier grevé de rendre, peut substituer en élisant.
11. Explication de la Loi Unum ex familia 67, ff. de leg. 2.
12. Différence entre l'élection libre & l'élection forcée.
13. L'élisant gratifie in eligendo talem, en préférant l'élu aux autres éligibles.
14. Explication du §. 5 de la Loi 67, ff. de leg. 2.
15. On peut substituer aux biens donnés, lorsque le donataire est institué héritier.
16. Le Parlement de Toulouse a varié sur cette Question.
17. La diversité des Jugemens n'a rien de contraire.
18. Première décision.
19. Deuxième décision.
20. Troisième décision.
21. A concurrence de quoi les légataires ou fidéicommissaires particuliers peuvent-ils être chargés de fidéicommis ?
22. On peut être grevé à concurrence de l'émolument, & non au-delà.
23. Cas où le légataire peut être chargé au-delà de l'émolument.
24. Le légataire qui a accepté le legs, est obligé de remplir la charge, sans pouvoir répudier.
25. Quid du mineur ?
26. Raisons pourquoi le légataire majeur acceptant le legs, doit remplir la charge au-delà de l'émolument.
27. En acceptant, il est censé avoir quasi-contracté.

28. Le donataire qui a accepté le legs fait sous condition de rendre les biens donnés, doit rendre le fidéicommiss.
29. Le testateur peut léguer & charger de fidéicommiss les biens de son héritier.
30. On n'examine pas si le testateur a su que la chose ne lui appartenait pas.
31. L'héritier acceptant sans inventaire, se soumet aux dettes, legs & fidéicommiss in solidum.
32. Si l'héritier qui a accepté sans Inventaire, doit rendre les biens donnés, quand ils ont été nommément substitués.
33. Cela ne se fait pas à cause de la confusion.
34. Il n'y a de confusion que quand la Donation est d'une somme d'argent.
35. Quand il y auroit confusion, elle n'auroit pas un effet irrévocable.
36. Les hypothèques & servitudes éteintes par la confusion, revivent quand les causes de la confusion cessent.
37. Le donataire n'est obligé au fidéicommiss, qu'à cause de la liberté du testateur, à charger de fidéicommiss les propres biens de l'héritier.
38. Différence entre le Droit nouveau & le Droit ancien.
39. L'institution pro parte, ne cause de confusion que pro parte.
40. Lorsque les biens donnés n'ont pas été nommément substitués, le donataire institué ne doit pas rendre les biens donnés.
41. La Substitution vague ne peut s'appliquer qu'aux biens compris dans l'institution.
42. Les biens donnés sunt extra causam bonorum, & n'entrent pas dans l'institution.
43. Le fidéicommiss ne peut pas s'expliquer aux biens donnés, ni par la volonté du testateur, ni par le consentement de l'héritier.
44. Troisième cas où il est permis de substituer ex intervallo aux biens donnés.
45. Restriction de ce cas.

46. *Quatrieme cas : lorsque le donataire a consenti à la Substitution des biens donnés , ou qu'il l'a approuvée ex post facto.*
47. *Sauf le droit des créanciers ou tiers-acquéreurs.*
48. *Condition , afin que le consentement fasse valoir la Substitution.*
49. *Cinquieme cas.*
50. *Tempéramens à garder dans ce cinquieme cas ; que la Substitution ne devoit pas valoir , au préjudice des enfans du donataire , mâles ou filles.*
51. *Ni des créanciers & tiers-acquéreurs , ni de la femme du donataire.*
52. *Qu'elle ne pourroit être faite qu'en faveur des mâles d'une autre ligne.*
53. *Que les biens donnés soient des Fiefs de dignité.*
54. *Sixieme cas : lorsque le donateur s'est réservé la faculté de substituer aux biens donnés.*
55. *Si dans ce cas le donateur peut faire plusieurs degrés de Substitution.*
56. *Par quels Actes la Substitution ex intervallo aux biens donnés , peut être faite.*
57. *Par Testament ou Codicille.*
58. *Par Donation à cause de mort.*
59. *Par Contrat entre-vifs.*
60. *Sentimens des Auteurs étrangers sur les Substitutions contractuelles.*
61. *On peut substituer , selon l'usage du Royaume , par Contrat de même que par Testament.*
62. *Les Ordonnances autorisent les Substitutions contractuelles.*
63. *En France , les Substitutions contractuelles sont reçues avec la même faveur que les Testamentaires.*
64. *La Substitution pupillaire ne peut pas être faite par Contrat.*
65. *La Substitution étant faite en faveur des descendans , il suffit qu'il paroisse de la seule volonté du substituant.*

56. De quelle maniere on doit entendre M. Maynard, lorsqu'il dit que les Institutions & Substitutions contractuelles ne peuvent être faites qu'en faveur de mariage.
67. Les institutions contractuelles ne sont autorisées qu'à cause de la faveur des mariages.
68. Si l'institution étant nulle, la Substitution l'est pareillement.
69. Quand l'institution est valable, la Substitution peut être faite par Contrat séparé.
70. Explication de l'Arrêt rapporté par M. Maynard.

Il y a plusieurs cas auxquels le donataire peut, à de droit, substituer aux biens donnés : le premier est, lorsqu'il a donné en contrat de mariage à l'un de ses enfans à naître, dont il s'est réservé le choix ; car en faisant l'élection, il peut charger l'élu d'une substitution en faveur des éligibles ; c'est ainsi qu'on l'observe au Parlement de Toulouse, au témoignage de Fernand, sur le chap. un. de Filiis natis ex matrimonio ad Morganaticam contracto, part. 9, n°. 4 ; de M. Maynard, liv. 5, ch. 34 ; de Ferrieres, sur la question 184 ; de Guipape, & Albert, verb. substitution, article 1 ; mais il faut que la substitution soit faite nommément aux biens donnés, ou que du moins il y ait quelque circonstance qui fasse comprendre clairement qu'elle s'applique aux biens donnés, par les raisons que nous expliquerons dans la question suivante. Voyez Cujas, Consultation 58 ; Catellan, liv. 2, ch. 13, pag. 258.

Cette Jurisprudence paroît juste, comme étant fondée sur plusieurs raisons de droit ; la première, parce qu'encore qu'il soit permis de donner aux enfans à naître, & qui ne sont pas même conçus, tout comme on peut les instituer héritiers, L. Placet 4, ff. de liberis & posthumis, toutefois la donation faite en leur faveur, ne peut avoir son effet qu'après la naissance, & l'élection faite par le donateur ; car auparavant le droit ne consiste qu'en une simple espérance qui n'a rien de fixe ni de certain, suivant M. Cujas, consult. 58.

Or l'élection prenant sa force de la mort du testateur, il s'ensuit que le fidéicommiss doit valoir,

1. En élisant on peut substituer en faveur d'un des éligibles.

2. Raisons de cette Jurisprudence.

3. La Donation en faveur des enfans à naître, ne peut avoir d'effet qu'après leur naissance.

4. L'élection prend sa force

De la mort du
testateur.

parce que, selon la loi 1, §. *Sciendum* 6, ff. de leg. 3; on peut charger de fidéicommiss celui qui doit profiter de quelque bien par la mort du substituant; *sciendum est*, dit cette loi, *eorum fidei committi quem posse, ad quos perventurum est morte ejus.*

5. On peut substituer aux biens qu'on laisse, & qu'on pourroit ôter.

La seconde, que la même loi décide qu'on peut charger de fidéicommiss celui auquel on laisse des biens qu'on pourroit lui ôter, *vel dum eis datur, vel dum eis non adimitur*; & comme il est libre au pere donateur d'ôter les biens, en élisant un autre, il peut donc grever de fidéicommiss celui qui est élu.

6. Celui qui est élu, est gratifié par l'élection.

La troisième, que l'élu est réellement gratifié par l'élection, puisque c'est cet acte qui fixe son droit, lequel étoit douteux & incertain, & qui pouvoit être transporté à l'un de ses freres, tout comme à lui; le donateur pouvoit même ne pas faire d'élection; auquel cas la donation auroit dû être partagée entre tous les éligibles; *L. unum ex familia* 67, §. *Rogo* 7, ff. de leg. 2, & par conséquent il peut être grevé de fidéicommiss, suivant cette maxime, *quem honoro gravare possum*, tirée de la loi *Ab eo* 9, cod. de fideicommiss.

7. *Quem honoro gravare possum.*

8. L'élection & le fidéicommiss étant faits par le même Acte, ne peuvent pas être divisés.

La quatrième, que l'élection & la substitution se trouvant faites dans le même acte, celui qui a été élu, ni ses héritiers, n'ont pas droit de se plaindre de la charge qui a été imposée, parce que l'acte est indivisible; qu'ainsi ils ne peuvent pas profiter de la grace, sans en même-tems se soumettre à la charge imposée, *L. 41, ff. de bonis libertorum*; l'un n'ayant été fait qu'à la considération de l'autre, il faut donc rejeter le tout, ou accepter le tout, suivant la loi 16, ff. de admin. tut.

9. Le donateur qui substitue à sa propre substance, est plus favorable qu'un héritier grevé de rendre.

La cinquième, que le donateur ne substituant qu'en ce qu'il a donné à un d'entre plusieurs, & à ce qui vient de sa propre substance & de sa libéralité, il doit être considéré avec plus de faveur qu'un héritier grevé de rendre à l'un d'entre plusieurs, qui n'est, à proprement parler, qu'un simple ministre du fait d'autrui; au lieu que le donateur exécute son propre fait; cependant la plupart des Auteurs tiennent que l'héritier grevé de rendre à l'un d'entre plusieurs, à son choix, a la liberté de charger celui qu'il élit, d'une substitution en faveur des autres éligibles. Outre ceux du Parlement de Toulouse, qui

10. Si l'héritier grevé de rendre peut substituer en élisant.

font tous du même avis, il y en a encore plusieurs autres qui sont rapportés par *Fusarius*, de *substitutionibus*, *quæst.* 511.

La loi *Unum ex familia* 67, *ff. de leg. 2.*, & le §. 1 de cette loi, en disant que l'élu tient son droit du premier testateur, & non de celui qui a fait l'élection, & qu'une élection forcée n'est pas une libéralité de la part de celui qui l'a faite, ne décident rien de contraire; car il est bien vrai qu'une élection que le grevé est forcé de faire malgré lui, ne tient rien de la libéralité à son égard; mais il en est autrement d'une élection libre, & qu'on peut faire ou ne pas faire, comme dans le cas que l'élection a été réservée, & qu'une personne certaine ou désignée n'a pas été appelée nommément; car alors il y a libéralité, non-seulement *in eligendo*, puisque le grevé pouvoit s'en dispenser & laisser la libéralité à tous les éligibles, mais encore *in eligendo talem*, & en donnant la préférence à l'élu sur les autres éligibles.

Que si le §. 5 de la même loi *Unum ex familia*, décide que le grevé de rendre à un de la famille en élisant, ne peut pas charger l'élu d'un fidéicommiss en faveur d'un étranger, la chose ne fait rien pour notre cas; parce que nous ne prétendons pas que le fidéicommiss dans notre espèce puisse être fait en faveur de toute sorte de personnes, mais seulement en faveur des éligibles, qui sont tous appelés à la libéralité par l'acte de donation, & qui par conséquent sont plus favorables que des étrangers.

Le deuxième cas dans lequel le donateur a la liberté de substituer aux biens donnés, est lorsqu'il institue le donataire pour son héritier, avec substitution, ou qu'il lui fait une libéralité, & que celui-ci accepte l'hérédité sans inventaire, ou la libéralité particulière sans protestation. Comme cette question a été traitée diversement par les Interprètes, les Jugemens rendus par les Cours supérieures ont été différens, même le Parlement de Toulouse a varié; car tantôt il a jugé que le donataire héritier institué, acceptant la succession sans inventaire, confondoit les biens donnés avec ceux de l'hérédité, & que par conséquent il étoit obligé de les rendre avec l'hérédité, en vertu du fidéicommiss dont il étoit chargé; tantôt, qu'il n'étoit pas obligé de rendre les biens donnés.

11. Explication de la Loi *Unum ex familia* 67, *ff. de leg. 2.*

12. Différence entre l'élection libre & l'élection forcée.

13. L'élisant gratifie *in eligendo talem*, en préférant l'élu aux autres éligibles.

14. Explication du §. 5 de la Loi 67, *ff. de leg. 2.*

15. On peut substituer aux biens donnés, lorsque le donataire est institué héritier.

16. Le Parlement de Toulouse a varié sur cette Question.

17. La diversité des Jugemens n'a rien de contraire. Cependant cette diversité de Jugemens n'a rien de contraire; on les concilie à merveille, en distinguant les cas décidés par les loix & par les arrêts qui sont divers, & non pas contraires.

18. Première décision. Pour cela il y a trois décisions à former sur le point que nous traitons; la première, que le donataire auquel le donateur par son testament fait une libéralité, peut être obligé de rendre les biens donnés, s'il accepte la libéralité sans protestation.

19. Deuxième décision. La seconde, que le donataire qui est institué héritier par le donateur, avec charge de rendre, acceptant la succession sans inventaire, est obligé de rendre les biens donnés, pourvu qu'ils aient été substitués nommément, & qu'il lui demeure un équipollent; *tantundem*, L. 94 *in fine*, ff. de leg. 1, L. 67, §. 5, ff. de leg. 2.

20. Troisième décision. La troisième, que si les biens donnés ne sont pas nommément substitués, quoique le donataire accepte l'institution, sans avoir fait inventaire, il ne sera néanmoins obligé que de rendre les biens compris dans l'institution, & il pourra retenir les biens donnés.

21. A concurrence de quoi les légataires ou fidéicommissaires particuliers, peuvent-ils être chargés de fidéicommis? Pour donner un fondement solide à la première de ces trois décisions, il convient d'examiner à concurrence de quoi les héritiers universels, les légataires ou fidéicommissaires particuliers, peuvent être chargés de fidéicommis; si c'est *pro modo emolumentum* seulement, ou au-delà de la valeur de la libéralité qu'ils ont reçue, & des fruits ou avantages qui en sont provenus. Il y a une foule de loix qui concourent pour établir en maxime, qu'on peut être grevé à concurrence de l'émolument qu'on retire de la libéralité, en capital, fruits ou intérêts, & non au-delà, quoiqu'on ait accepté, *non plus posse rogari quem restituere, quam quantum ei relictum est*; ce sont les propres termes de la loi *Filius-familias* 114, §. 3, ff. de leg. 1: on trouve la même règle dans le premier §. aux *institutes de singulis reb. per fideicom. relictis*; la loi 122, §. 2, ff. de leg. 1; la loi *Imperator* 70, §. 1, ff. de leg. 2; la loi 36, §. 1, ff. ad L. *falcid.* ¶ & la loi 2, avec le §. 1, ff. de *dote prælegata*; & cela doit avoir lieu, non-seulement lorsqu'il s'agit d'un légataire, ou fidéicommissaire particulier, mais encore de l'héritier d'une quote ou de l'entière hérité; L. 70, §. 2, ff. de leg. 2; L. 78, §. 14, ff.

22. On peut être grevé à concurrence de l'émolument, & non au-delà.

ad S. C. Trebell. L. 77, §. 31, ff. de leg. 2; L. 2, ff. de dote præleg. & §. 1, instit. de singulis reb. per fideicom. relictis. M. Cujas, sur la loi quod bonis 15, §. quod avus 3, ff. ad L. falcid. lib. 13, responsor. Papiniani; & Jacques de Ferrieres, tractat. ad S. C. Trebell. cap. 20. ¶

Cette regle souffre une exception, qui s'applique parfaitement à notre décision; savoir, lorsque le légataire ou fidéicommissaire d'une certaine quantité, a accepté le legs à lui fait, à la charge de rendre son propre bien; alors il est forcé d'exécuter le fidéicommiss, quoique la chose qu'il est chargé de rendre, vaille plus que la libéralité qu'il a reçue; c'est la décision expresse de la loi 70, §. 1, *versic. hæc ita, ff. de leg. 2: Enim verò si pecuniâ acceptâ rogatus sit rem propriam, quamquàm majoris pretii est, restituere, non est audiendus legatarius legato percepto, si velit computare; & il n'en est pas quitte en offrant de rendre le legs: non enim æquitas hoc probare patitur, si quod legatorum nomine perceperit legatarius offerat*, dit la même loi: on excepte pourtant le mineur, à cause du privilege de son âge, lequel en est quitte en rendant le legs, parce que son acceptation n'a pas pu le lier; *L. Si minor. 33, ff. de minoribus*; mais il faut que le legs qui lui a été fait, lui demeure.

La raison pourquoi le légataire majeur qui a accepté le legs en argent, est obligé de remplir le fidéicommiss de son propre bien, dont il est chargé même au-delà de l'émolument, est parce qu'en acceptant le legs, il est censé avoir quasi-contracté avec le défunt & avec le fidéicommissaire; par où il s'est obligé d'exécuter la charge à lui imposée, & qu'on présume qu'il n'a estimé le fonds qu'il étoit chargé de rendre, qu'autant que la libéralité qu'il a reçue, selon la remarque de *M. Cujas, sur la loi 70, §. 1, ff. de leg. 2, lib. 20, quæst. Papin.*

Or, en appliquant ces regles à notre cas, il est clair que si le donataire accepte le legs en deniers à lui fait dans le testament du donateur, à la charge par lui de rendre les biens donnés, il est obligé de satisfaire précisément au fidéicommiss, soit qu'il vaille plus ou moins que la libéralité qu'il a reçue, parce que les biens donnés lui appartiennent; qu'ainsi il a pu s'obliger de les rendre, comme il l'auroit pu

23. Cas où le légataire peut être grevé au-delà de l'émolument.

24. Le légataire qui a accepté le legs, est obligé de remplir la charge, sans pouvoir répudier.

25. *Quid dicitur* mineur?

26. Raison pourquoi le légataire majeur acceptant le legs, doit remplir la charge au-delà de l'émolument.

27. En acceptant, il est censé avoir quasi-contracté.

28. Le donataire qui accepte le legs fait sous la condition de rendre les biens donnés, doit rendre le fidéicommiss.

à l'égard de ses autres biens, & qu'il lui a été libre d'accepter, ou répudier la libéralité; & l'on ne doit faire aucune différence entre les biens qui appartiennent d'origine au légataire, qui peuvent être chargés de fidéicommis de son consentement, & ceux qui lui ont été donnés, parce qu'ils ne lui appartiennent pas moins que les autres.

29. Le testateur peut léguer & charger de fidéicommis les biens de son héritier.

30. On n'examine pas si le Testateur a su que la chose ne lui appartenait pas.

31. L'héritier acceptant sans inventaire, se soumet aux dettes, legs & fidéicommis in solidum.

32. Si l'héritier qui accepte sans inventaire, doit rendre les biens donnés, quand ils ont été nommément substitués.

A l'égard de la deuxième décision, il faut observer, 1°. que le testateur peut léguer & charger de fidéicommis, non-seulement ses propres biens, mais encore ceux de son héritier, §. 4, *instit. de leg.* §. 1, *instit. de singulis reb. per fideicommissum relictis*, & *L. Unum ex familia* 67, §. *Si rem tuam* 8, *ff. de leg.* 2; & l'on n'examine point si le testateur a connu que la chose ne lui appartenait point; parce que la propriété se trouvant entre les mains de l'héritier, il n'est sujet à aucun embarras pour la racheter.

2°. Que l'héritier acceptant l'hérédité sans inventaire, se soumet au paiement des dettes & des legs ou fidéicommis particuliers, même au-delà de la valeur du patrimoine; *L. 22*, §. 12, *cod. de jur. delib. novell.* 1, *cap. 2*, §. 2: *si verò, dit cette nouvelle, non fecerit inventarium secundum hanc figuram, sicut prædiximus, non retinebit falcidiam, sed complebit legatarios & fideicommissarios, licet puræ substantiæ morientis transcendat legatorum datio.*

3°. Que celui auquel on fait une libéralité particulière en deniers, peut être grevé de rendre son propre bien, même au-delà de l'émolument, s'il accepte la libéralité, comme on vient de l'établir en examinant la première décision.

De ces trois règles, on peut inférer que l'héritier grevé de rendre les biens qui lui avoient été donnés auparavant par le testateur, ne peut pas se dispenser de les rendre, lorsqu'il n'a point fait d'inventaire; parce qu'en acceptant la volonté du défunt, il a contracté une obligation précise, non-seulement par la force de la loi, mais encore par son propre consentement de remplir en entier la volonté du défunt; ¶ ce qu'il faut néanmoins entendre sous cette modification, que l'héritier institué ne soit grevé de rendre les biens de l'institution, ou qu'il lui demeure un équipollent en fonds, ou fruits perçus depuis la mort du testateur; *L. Cohæredi* 41;

§. 3, ff. de vulgari & pupill. substit. & L. 2, §. 2, ff. de dote prælegata; & L. 94, in fine, ff. de leg. 1, par la raison que nous avons touchée ci-dessus, n°. 21 & 22, qui ne s'applique pas moins à un héritier chargé de rendre l'hérédité, qu'à un légataire particulier chargé de rendre un legs, suivant la loi 114, §. 7, ff. de leg. 1; la loi 70, §. 2; la loi 77, §. 31, ff. de leg. 2; la loi 78, §. 14, ff. ad S. C. Trebell. & la loi 15, §. 3, ff. ad leg. falcid. ¶

Ce n'est pas que la chose se fasse, comme certains Auteurs l'ont cru sans fondement, par la force de la confusion, qui arrive toutes les fois que le créancier succède à son débiteur, à cause que la même personne ne peut pas être en même-tems, & le débiteur & le créancier; leg. 50, ff. de fidejussor. leg. 5, cod. de hæredit. actionibus, & plusieurs autres; car d'un côté, il ne peut pas y avoir de confusion, tandis que les biens donnés ont été séparés du patrimoine du donateur, & que le donataire en a été mis en possession; ainsi il ne pourroit y avoir de confusion que dans le cas que la donation seroit d'une somme d'argent non encore payée. ¶ D'ailleurs, selon la remarque de Jacques de Ferrières, tractatu ad Trebellianum, cap. 20, lorsque l'héritier grevé accepte l'hérédité sans inventaire, il se fait bien une confusion de ses droits & actions, par rapport aux créanciers, & aux légataires ou fidéicommissaires particuliers; mais non par rapport au fidéicommissaire universel, parce qu'il représente le défunt, & que l'ouverture du fidéicommis résoud les droits du premier héritier; ce qui fait qu'il rentre dans toutes les actions qui lui appertenoient avant qu'il eût accepté l'hérédité du testateur. ¶

D'autre part, quand ce seroit le cas de la confusion, elle n'auroit pas un effet irrévocable; car, comme l'a fort bien observé Loiseau du déguerp. liv. 6, ch. 4, n°. 9, & ch. 9, n°. 8, les hypothèques & servitudes éteintes par la confusion, revivent lorsque la cause de la confusion vient à cesser; ce qui arrive dans notre espece, lorsque le fidéicommis est ouvert, & que l'hérédité est restituée; de-là vient que l'héritier grevé retient, en rendant le fidéicommis, ce qui lui étoit dû par l'hérédité; leg. 104, §. Si sacerdoti 7; leg. 123, ff. de leg. 1; leg. 15, §. 3, ff. ad leg. falcid. & leg. 78, §. 14, ff. ad S. C.

33. Cela ne se fait pas à cause de la confusion.

34. Il n'y a de confusion, que quand la Donation est d'une somme d'argent.

35. Quand il y auroit confusion, elle n'auroit pas un effet irrévocable.

36. Les hypothèques & servitudes éteintes par la confusion, revivent, quand la cause de la confusion cesse.

Trebell. nonobstant la confusion ; & cela se pratique tous les jours dans l'usage.

37. Le donataire n'est obligé au fidéicommiss, qu'à cause de la liberté du testateur, à charger de fidéicommiss les propres biens de l'héritier.

Mais c'est à cause de la liberté que le testateur a de charger de fidéicommiss les propres biens de son héritier, quand il reçoit un équipollent, & de l'obligation que l'héritier contracte par l'addition d'hérédité, d'exécuter en entier la volonté de son bienfaiteur, tant sur les dettes, que sur les legs & fidéicommiss particuliers, lorsqu'il n'a pas fait inventaire, qui seul peut le garantir d'être tenu, *ultra vires hereditatis* ; ¶ cependant il faut qu'il demeure à l'héritier grevé, autant que le testateur le charge de rendre de son propre bien en fonds, ou fruits perçus *medio tempore*, à cause que ces fruits entrent en compensation ; *L. 77, §. 31, ff. de leg. 2*, s'il y a charge de rendre, *quidquid ex hereditate pervenire, L. 2, §. 1, ff. de dot. præleg.* ce qui a lieu seulement à l'égard de l'héritier qui n'est pas enfant au premier degré du testateur ; car cette compensation ne se fait point des fruits avec son propre bien, qu'il est chargé expressément de rendre, quand il est enfant au premier degré, suivant la loi *Jubemus 6, cod. ad S. C. Trebell.* comme le prouvent *Duperier, tom. 1, liv. 3, quest. 3, & M. de Catellan, liv. 2, ch. 30. ¶*

38. Différence entre le Droit nouveau & le Droit ancien.

Mais ne faut-il pas faire différence entre le droit ancien & le droit nouveau ? Par le droit ancien, rapporté dans la loi 70, §. 2, *ff. de leg. 2*, & dans la loi *Lucius 78, §. Maritus 14, ff. ad S. C. Trebell.* celui qui avoit été institué héritier pour partie, ne pouvoit pas être grevé au-delà de l'émolument en fonds & fruits ; mais il semble que cela a été corrigé par le droit nouveau, en la *novelle 1, ch. 2, §. 2*, qui veut que l'héritier qui n'a pas pris la précaution de faire inventaire, soit tenu de satisfaire à tous les fidéicommiss, même au-delà de la valeur de l'hérédité ; ¶ ce qui n'est pourtant pas vrai ; car la *novelle 1, ch. 2 §. 2*, veut bien que l'héritier qui n'a pas fait d'inventaire, ne puisse pas retenir la Falcidie ; ce qui, selon le véritable esprit de ce texte, doit être étendu à la Trébélianique ; qu'ainsi un tel héritier qui a omis de faire inventaire, ne peut retenir ni Falcidie ni Trébélianique, & c'est en ce sens qu'il doit payer les entiers legs & fidéicommiss ; mais cette nouvelle ne dit en aucune façon que l'hé-

ritier puisse être grevé par fidéicommiss universel au-delà de ce qu'il a retiré de l'hérédité en fonds ou fruits ; & c'est ainsi que l'on doit entendre cette nouvelle ; car l'héritier grevé, quoiqu'il ne fasse point d'inventaire, n'est pas privé du droit de détraire ce qui lui appartenait, ou lui est dû par l'hérédité.

Jacques de Ferrieres, *tractatu ad S. C. Trebellianum*, cap. 20, rapporte un Arrêt du Parlement de Toulouse, qui autorise notre restriction. ¶ Et quoique les loix du digeste dont on vient de parler, soient le cas d'une institution *pro parte*, qui ne doit pas avoir tant d'efficace qu'une institution, *ex asse*, pour les actions personnelles ; (car à l'égard des hypothèques, il en est autrement, d'autant que l'hypothèque est *tota in toto & in qualibet parte*, à cause qu'elle est individuelle.) ¶ Néanmoins le principe qu'elles renferment, conclut en faveur de l'héritier *ex asse* ; d'ailleurs la loi 77, §. 31, ff. de leg. 2, & la loi 2, ff. de dote prælegata, sont dans le cas d'un héritier *in solidum* ; & néanmoins elles décident qu'il ne peut être obligé qu'à concurrence de ce qu'il a reçu ; & le §. 1, aux *institutes de singulis reb. per fidéicommiss. relictis*, qui parle de l'héritier, tout comme du légataire & du fidéicommissaire, déclare inutile le fidéicommiss, en ce qu'il excède l'émolument. ¶

39. L'institution *pro parte* ne cause de confusion que *pro parte*.

Quant à la troisième décision, on peut inférer de ce qui a été observé ci-dessus, qu'elle ne peut point souffrir de doute raisonnable, & que l'héritier grevé de rendre l'hérédité, ne peut pas être obligé de rendre les biens donnés, lorsqu'ils n'ont pas été nommément substitués, parce qu'il ne se fait point de confusion ; du moins n'est-elle pas irrévocable, & les choses reviennent au même état où elles étoient avant l'adition d'hérédité, lorsque le fidéicommiss est rendu. ¶ Il a été jugé en effet que le donataire de la moitié des biens, étant ensuite institué héritier, quoiqu'il accepte l'hérédité sans avoir fait inventaire, ne confond pas la donation avec les biens de l'hérédité ; & nonobstant la substitution dont l'héritier est grevé, ses héritiers peuvent détraire les biens donnés, tout de même que s'il y avoit eu Inventaire : l'Arrêt est du 2 Juin 1723, rendu en la deuxième Chambre des Enquêtes du Parlement de Toulouse, au rapport de M. de Comere ; il porte :

40. Lorsque les biens donnés n'ont pas été nommément substitués, le donataire institué ne doit pas rendre les biens donnés.

Ce faisant, déclare notredite Cour la donation faite par ladite de Capluc, de la moitié de ses biens, lors de son contrat de mariage du 25 Février 1596, n'avoir pas été confondue dans la substitution faite par ladite de Capluc le 9 Juin 1616, par le défaut d'inventaire; & en conséquence notredite Cour a ordonné & ordonne que la moitié des biens de ladite Capluc, tels qu'ils étoient le 25 Février 1696, jour de la donation, suivant l'option faite par ladite Cathusieres, seront distraits du patrimoine de ladite Capluc, dans laquelle moitié de biens, notredite Cour déclare être comprise la légitime de Levy de Berjac II. Les Parties plaidantes lors de cet Arrêt, étoient Nobles François de Sales de Roqueferriere, Major du régiment de Latour, Cavalerie, d'une part; & Demoiselle Philippe de Valat de Cathusieres, & Messire Jean-Felix de Pelamourgue, Seigneur du Pouget & Lugagnac, d'autre. Dans l'espece de cet Arrêt, la substitution n'avoit pas été faite nommément aux biens donnés. ¶

41. La Substitution vague ne peut s'appliquer qu'aux biens compris dans l'institution.

42. Les biens donnés *sunt extra causam bonorum*, & n'entrent pas dans l'institution.

43. Le fidéicommiss ne peut pas s'appliquer aux biens donnés, ni par la volonté du testateur, ni par le consentement de l'héritier.

N'y ayant donc point de confusion, il est certain, premièrement, que la substitution n'étant faite que des biens contenus en l'institution, ou même de tous les biens du testateur, elle ne peut pas s'étendre aux biens donnés; parce qu'ils n'entrent point dans l'institution, & qu'ils sont séparés du patrimoine du testateur, & *extra causam bonorum*; L. 68, ff. de leg. 2; L. 62, ad S. C. Trebell. & L. ult. ff. de dotis collat. ainsi, afin que le fidéicommiss pût les embrasser, il faudroit qu'ils eussent été expressément substitués, suivant la loi *Sequens*, *quæstio* 68 de leg. 2, ¶ & que le testateur eût laissé au grevé un équipollent, *tantumdem ei relictum esset*, comme s'explique la loi *Unum ex familia* 67, §. 5, ff. de leg. 2; ¶ d'autant mieux qu'on ne présume pas que le testateur ait voulu grever son héritier de rendre ses propres biens, quelque générale que soit la clause du fidéicommiss; L. *Lucius* 78, §. 14, ff. ad S. C. Trebell. & leg. 18, §. 2, ff. de auro & argento leg.

2. Puisqu'on ne peut pas faire valoir le fidéicommiss, ni par la volonté du testateur qui n'en a point parlé, ni par le consentement de l'héritier grevé, qui ne peut s'être soumis qu'à rendre les biens compris dans l'institution, il faut donc que les biens donnés demeurent dans le patrimoine du donataire, tout de même que s'il n'avoit point été institué héritier

ritier par le donateur ; ainsi les Arrêts du Parlement de Toulouse , rapportés par *M. Maynard*, liv. 6, ch. 5 ; & *Cambolas*, liv. 1, ch. 6, ne paroissent pas juridiques.

Troisième cas : il paroît juste que le pere , qui en se mariant a fait une donation contractuelle en faveur du premier enfant mâle qui naîtra de son mariage , sans s'être réservé l'élection , en cas qu'il en eût plusieurs , puisse substituer aux biens donnés , un second fils , si l'aîné est furieux , prodigue , ou autrement incapable , comme le décide *M. le Président Boyer*, décision 204, n°. 34 ; ce qu'il faut néanmoins entendre , pourvu que l'aîné n'ait point d'enfans ; car s'il en avoit , quand même ce ne seroit que des filles , il ne seroit pas juste de les dépouiller des biens légitimement acquis à leur pere , pour en revêtir un second fils du donateur.

Quatrième cas : la substitution aux biens donnés , faite *ex intervallo* , devroit valoir , si le donataire y avoit donné son consentement , ou qu'il l'eût approuvée *ex post facto* , comme le décide le même Auteur , au lieu préallégué , n°. 39 , sauf les droits des créanciers , & des tiers-acquéreurs ; il conviendrait pourtant de restreindre cette décision , au cas que le donataire fût majeur ; *leg. 33, ff. de minorib.* & qu'il eût librement consenti à la substitution.

Cinquième cas : selon *Graverol*, sur *M. Larroche*, liv. 2, verb. mariage, article 46, la faveur des fiefs dans les familles Nobles , qui ont des privilèges particuliers , exige qu'il soit permis , pour la conservation des maisons , de substituer aux biens donnés , même de faire plusieurs degrés de substitution , en cas que la ligne du donataire se trouve épuisée , pourvu que la substitution soit faite en faveur des autres ascendans du donateur.

Si l'on vouloit admettre cette faculté à cause de la faveur des fiefs & des maisons Nobles , quoiqu'elle soit contre la disposition du droit , il seroit juste d'y garder certains tempéramens ; le premier , que la substitution ne pourroit point être faite au préjudice des enfans du donataire , mâles ou filles , parce qu'il seroit injuste de préjudicier aux enfans en blessant les regles ; le deuxième , qu'une telle substitution , quoiqu'infinuée , ne pourroit pas nuire aux créan-

44. Troisième cas , où il est permis de substituer *ex intervallo* aux biens donnés.

45. Restriction de ce cas.

46. Quatrième cas : lorsque le donataire a consenti à la Substitution des biens donnés , ou qu'il l'a approuvée *ex post facto*.

47. Sauf le droit des créanciers ou tiers-acquéreurs.

48. Conditions , afin que le consentement fasse valoir la Substitution.

49. Cinquième cas.

50. Tempéramens à garder dans ce cinquième cas , que la Substitution ne devroit pas valoir au préjudice des enfans du donataire , mâles ou filles.

51. Ni des créanciers & tiers-acquéreurs, ni de la femme du donataire. Ni des ciens du donataire ni aux tiers-acquéreurs des biens donnés, ni à la femme pour ses conventions matrimoniales; mais qu'elle eût son effet pour empêcher seulement que le donataire ou ses enfans ne transportassent les biens à des étrangers par des dispositions gratuites entre-vifs, ou cause de mort; le troisieme, qu'elle ne pourroit être faite qu'en faveur des mâles des autres lignes, & non au profit des filles, qui ne sont pas capables de conserver le nom & le lustre des familles; & le quatrieme; que les fiefs soient de dignité, comme sont les Duchés, Marquisats, Comtés, Baronnies, dont on rapporte le titre d'érection, & qu'ils relevent immédiatement du Roi; autrement il conviendrait de s'en tenir au droit commun.

52. Qu'elle ne pourroit être faite qu'en faveur des mâles d'une autre ligne.

53. Que les biens donnés soient des fiefs de dignité.

54. Sixieme cas: lorsque le donateur s'est réservé la faculté de substituer aux biens donnés.

55. Si dans ce cas le donateur peut faire plusieurs degrés de Substitution.

56. Par quels Actes la Substitution *ex intervallo* aux biens donnés, peut être faite.

57. Par Testament ou Codicille.

58. Par Donation à cause de mort.

Enfin, il y a un sixieme & dernier cas, auquel il est permis de substituer *ex intervallo*, aux biens donnés; savoir, lorsque le donateur s'en est réservé la faculté dans l'acte de donation, suivant la décision expresse de la loi *cum quis decedens* 37, §. 3, ff. de leg. 3; car tout donateur a la liberté d'imposer à sa libéralité lors de la tradition, les charges & conditions qu'il trouve à propos; *leg. in traditionibus* 48, ff. de pactis; *leg. 25, cod. de donat. & toto titulo, cod. de donat. quæ sub modo.*

Que si la forme de la substitution dont le donateur s'est réservé la faculté, se trouve exprimée dans l'acte de donation, il faut s'y conformer; mais si la faculté est générale, le donateur pourra faire tous les degrés de substitution, & en faveur des personnes que bon lui semblera, tout de même que s'il n'avoit point fait de donation, parce que la réserve faite par le donateur, lui conserve à cet égard son droit en entier.

Voyons présentement par quels actes la substitution aux biens donnés peut être faite *ex intervallo*. Premièrement, il n'y a point de doute qu'elle ne puisse être faite par testament ou codicille, parce que ces sortes d'actes sont destinés en partie pour faire des substitutions fidéicommissaires.

Elle peut encore être faite par une donation à cause de mort; *leg. 1, cod. de donat. causâ mortis, leg. 10, ff. cod. & L. 3, ff. de leg.* Il est vrai que ces loix décident seulement, qu'en donnant à cause de mort, on peut charger de fidéicommis le donataire; mais

il en résulte toujours qu'on peut substituer par une donation à cause de mort, & il importe peu qu'on substitue aux biens que l'on donne à même-tems, ou à ceux qui ont été donnés auparavant, pourvu que le donateur ait la liberté d'y substituer; ainsi la donation à cause de mort est un acte qui peut valablement contenir la substitution.

Pour ce qui est de la donation entre-vifs, peut-on y substituer *ex intervallo* les biens donnés auparavant? La question souffriroit de la difficulté, à suivre le sentiment des Interprètes du droit Romain, & entr'autres, de *Peregrinus, de fideicommissis, article 1*; & de *M. le Président Faber, de error. pragmat. de decad. 47, error. 10*, qui croient qu'on ne peut point faire des substitutions ou des fidéicommis par contrat entre-vifs. Mais sans nous amuser à discuter si leur sentiment est bien ou mal fondé, nous dirons que la substitution faite *ex intervallo* par donation entre-vifs, dans un contrat de mariage, ou autre contrat, (car à cet égard il n'y a point de distinction à faire) est aussi bonne que si elle avoit été faite dans un testament. Nous nous fondons sur trois raisons, qui nous paroissent décisives. La première, que la loi 3, *cod. de donat. quæ sub modo*, permet de substituer aux biens donnés par l'acte, même de donation; d'où il s'ensuit que la donation n'est pas un titre incapable de contenir une substitution, & par conséquent elle ne peut contenir une substitution aux biens donnés auparavant, de même qu'à ceux qui sont donnés dans le même acte.

La deuxième, que l'Ordonnance d'Orléans, *article LIX*, celle de Moulins, *Article LVII*, & la déclaration du 18 Janvier 1712, mettent les contrats de mariage, & les autres contrats entre-vifs, au niveau des testamens, pour ce qui concerne la faculté d'y faire des substitutions; puisqu'elles prescrivent la nécessité de l'enregistrement & insinuation des substitutions testamentaires ou contractuelles, & supposent par conséquent que les substitutions peuvent être faites par des donations entre vifs, & dans les contrats de mariage, comme l'observe *Boucheul, des conventions de succéder, ch. 2, n°. 6*.

Et d'ailleurs, quoi qu'il en puisse être du droit Romain, la Jurisprudence du Royaume a reçu l'usage des substitutions contractuelles avec la même

59. Par Contrat entre-vifs.

60. Sentiment des Auteurs étrangers sur les Substitutions contractuelles.

61. On peut substituer, selon l'usage du Royaume, par Contrat, de même que par Testament.

62. Les Ordonnances autorisent les substitutions contractuelles.

63. En France, les Substitutions contractuelles

font reçues avec la même faveur que les testamentaires. 64. La Substitution pupillaire ne peut pas être faite par Contrat. faveur que celles qui sont faites par testament; & comme l'ont fort bien remarqué Ricard, des donations, tom. 2, traité 3, ch. 4, part. 1; & Brodeau, sur M. Louet, lett. S, somm. 9, n^o. 4, on a attribué aux substitutions contractuelles les mêmes actions que le droit Romain accorde aux substitutions testamentaires; de-là vient qu'il est indifférent que la substitution ait été faite par testament ou par contrat, & qu'on peut substituer par contrat, de la même manière qu'on le pourroit par testament, si l'on en excepte la substitution pupillaire, qui a ses règles particulières.

65. La Substitution étant faite en faveur des descendans, il suffit qu'il paroisse de la seule volonté du substituant. La troisième raison est, que la substitution *ex intervallo* aux biens donnés, ne pouvant être faite qu'en faveur des descendans du donateur substituant, il suffit qu'il paroisse de sa seule volonté, sans qu'il soit besoin d'aucune des formalités dont doivent être revêtues les dispositions qui sont faites en faveur de ceux qui ne sont pas descendans de celui qui dispose, comme le décide textuellement la loi dernière, *cod. familiae erciscundæ*; or la volonté du donateur qui substitue *ex intervallo* aux biens donnés, se manifeste aussi clairement par contrat entre-vifs, que par un testament imparfait, *ratione solemnitatis*, qui suffiroit sans contestation pour la validité de la substitution, pourvu que les trois circonstances requises, & dont nous avons parlé dans la question précédente, concourussent.

66. De quelle manière on doit entendre M. Maynard, lorsqu'il dit que les institutions & substitutions contractuelles ne peuvent être faites qu'en faveur de mariage. Il est vrai que, selon M. Maynard, liv. 5, ch. 90, les institutions & substitutions contractuelles, ne sont valables que quand elles sont faites dans le contrat de mariage, *vel incontinenti*; en sorte qu'elles soient censées faire partie du contrat de mariage; il rapporte même un Arrêt qui a jugé qu'un père, qui, en mariant son fils, l'avoit institué son héritier par le contrat de mariage, n'avoit pas pu lui substituer *ex intervallo* un des enfans de son fils héritier contractuel; mais il est facile de comprendre que cet Auteur bien entendu, n'est pas contraire à notre décision; car tout ce qu'on peut induire de son raisonnement, c'est que les institutions contractuelles, qui sont réprochées par le droit Romain, ne sont autorisées par l'usage du Royaume, qu'à cause de la faveur du mariage, qui est l'unique motif qu'on a eu pour s'éloigner à cet égard de la Jurisprudence

67. Les institutions contractuelles ne sont autorisées qu'à cause de la faveur des mariages.

QUESTION XXVII. 229

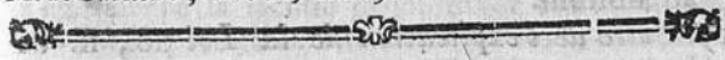
Romaine; de-là vient que si l'institution contractuelle a été faite dans un contrat qui n'a aucun rapport avec le mariage, la substitution à l'institution faite dans le même contrat ou dans un autre, ne vaudra pas, parce que l'institution, qui est le fondement, étant nulle, il faut que la substitution qui est un accessoire, soit également nulle; mais si une fois l'institution est valable, rien n'empêche que, suivant la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, l'instituant ne puisse faire une substitution dans un contrat séparé, tout de même qu'il le pourroit par testament dans le concours des trois circonstances, *nominatim, si sine liberis, & favore liberorum*, parce qu'en France il est permis de substituer par contrat, comme le même M. Maynard le reconnoît au liv. 6, ch. 69.

68. Si l'institution est nulle, la Substitution l'est pareillement.

69. Quand l'institution est valable, la substitution peut être faite par Contrat séparé.

Il y a même ceci de particulier dans le cas de l'Arrêt rapporté par M. Maynard, qu'il ne s'agissoit pas de savoir si le pere avoit pu faire une substitution par contrat séparé; car cet Auteur n'en parle pas; mais seulement si le pere qui avoit institué son fils en contrat de mariage, sans le charger d'aucune substitution, avoit pu faire une substitution *ex intervallo*, en faveur des enfans de l'institué; & il fut jugé pour la négative, parce que la substitution *ex intervallo* aux biens donnés, ne pouvant être faite que dans le cas que le donataire décéderoit sans enfans, il n'est jamais permis de faire ces sortes de substitutions en faveur des enfans du donataire, ou de l'institué par contrat, suivant M. de Cambolas, liv. 1, ch. 35; Graverol, sur M. Larroche, verb. mariage, article 46; Albert, verb. substitution, article 1; & M. de Catellan, liv. 2, ch. 13.

70. Explication de l'Arrêt rapporté par Maynard.



QUESTION XXVIII.

I. Si la Substitution doit être faite nommément aux biens donnés, quand le donateur s'est réservé dans la Donation la faculté d'y substituer.

SOMMAIRE S.

1. Jurisprudence du Parlement de Toulouse pour la négative.

2. Cas de la Loi 37, §. 3, ff. de leg. 3.
3. Le Donateur qui s'est réservé la faculté de substituer aux biens donnés, peut substituer à une partie au à une chose particuliere.
4. Il n'est pas nécessaire de faire mention des biens donnés.
5. Comment cela doit être entendu.
6. Explication de la Loi 37, §. 3, ff. de leg. 3.
7. Il faut qu'il paroisse clairement que le donateur a eu intention de substituer aux biens donnés.
8. Exemples proposés pour éclaircir la question. Premier exemple.
9. Deuxieme exemple.
10. Les biens donnés sont extra causam honorum.
11. Troisieme exemple : lorsque le donataire est institué, & qu'il est chargé de rendre tous les biens.
12. Raisons pour soutenir que la Substitution comprend les biens donnés.
13. Résolution au contraire.
14. La Substitution générale ne se rapporte qu'à l'institution.
15. Les biens donnés ne sont pas compris dans l'institution.
16. Explication de la Loi 68, ff. de leg. 2.
17. Cette Loi milite plus fortement dans notre cas, que dans sa propre espece.
18. La Donation inter conjuges, est révocable, ad libitum.
19. Suite de l'explication de la Loi 68, ff. de leg. 2.
20. La Substitution de tous les biens n'a pas plus d'étendue que la Substitution de l'hérédité.
21. Le donateur peut user ou ne peut pas user de la faculté de substituer aux biens donnés.
22. S'il ne parle pas des biens donnés, ou s'il ne les désigne pas, il est censé avoir négligé cette faculté.
23. Réponse aux raisons contraires.
24. Celui qui a la liberté de révoquer ad libi-

tum la Donation, a plus de pouvoir que celui qui s'est réservé la faculté de substituer.

25. La faculté de substituer n'est pas au nombre des biens du donateur.

26. En substituant à l'hérédité, il n'est pas censé avoir usé de cette faculté.

27. Réponse à l'autorité de M. Dolive.

Sur cette question, la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, au témoignage de M. Dolive, liv. 5, ch. 15; & de Graverol, sur M. Larroche, liv. 2, verb. mariage, article 46, est qu'une substitution en termes généraux, comprend les biens donnés, & qu'il n'est pas nécessaire que le donateur en dispose spécialement: on se fonde sur la décision de la loi *Cum quis decedens* 37, §. 3, ff. de leg. 3, où le Jurisconsulte *Scevola* décide qu'un pere qui avoit donné tous ses biens à son fils émancipé, excepté deux Esclaves, avec cette convention que le fils donataire seroit tenu de rendre les biens donnés au donateur, ou aux personnes qu'il voudroit nommer, avoit pu, lors de sa mort, charger ce fils de donner certain argent à deux personnes, & la liberté à un Esclave, sans faire mention des biens donnés, ni de la réservation par lui faite dans l'acte de donation, quoique le donataire ne fût point héritier, & qu'il ne possédât rien de l'hérédité. *Respondit & si neque hæreditatem adisset, neque bonorum possessionem petisset, & nihil ex hæreditate possideret, tamen nihilominus & ex stipulatu ab hæredibus patris, & fideicommissò, ab his quorum interest, quasi debitorem conveniri posse;* d'où l'on peut inférer, premièrement, que le donateur qui s'est réservé la faculté de substituer aux biens donnés, n'est pas astreint de substituer tout; mais il a la liberté de diviser, & de n'en substituer qu'une partie, ou même une certaine somme d'argent. 2. Qu'il n'est pas nécessaire de faire mention des biens donnés, ni que le donateur explique que c'est en conséquence de la faculté qu'il s'est réservée; mais qu'il suffit que le donataire soit grevé de faire ou de donner quelque chose, pour qu'il ne puisse pas s'en dispenser.

Cette doctrine ne doit pourtant pas être reçue sans distinction; car si l'on y fait bien attention, on trouvera que dans l'espece de la loi *Cum quis decedens* 37,

1. Jurisprudence du Parlement de Toulouse pour la négative.

2. Cas de la Loi 37. §. 3, ff. de leg. 3.

3. Le donateur qui s'est réservé la faculté de substituer aux biens donnés, peut substituer à une chose particulière.

4. Il n'est pas nécessaire de faire mention des biens donnés.

5. Comment cela peut être entendu.

6. Explication de la Loi 37. §. 3, ff. de leg. 3. La charge du fidéicommiss ne peut s'appliquer qu'aux biens donnés; qu'ainsi il en devoit être de même que si le donateur en eût fait mention expresse.

En effet, le donataire n'étoit point héritier; il ne possédoit rien de l'hérédité de son pere; il paroît même de la loi, que le pere avoit institué d'autres héritiers, puisqu'elle porte que le fils donataire pouvoit être convenu *ex stipulatu* par les héritiers du pere; d'où il s'ensuit que le fils chargé de fidéicommiss, ne pouvoit l'être que sur les biens donnés, & en conséquence de la réserve du donateur.

7. Il faut qu'il paroisse clairement que le donateur a eu intention de substituer aux biens donnés. En sorte qu'on peut bien établir pour maxime, que quand il paroît clairement que le donateur a eu intention de substituer aux biens donnés en conséquence de la réserve par lui faite, il n'est pas nécessaire qu'il soit fait mention expresse des biens donnés, suivant cette loi; mais si la volonté ou l'intention du donateur n'étoit pas claire, il en seroit autrement.

8. Exemples proposés pour éclaircir la question. Premier exemple. Ceci peut s'éclaircir par trois exemples. Supposé donc que le donateur faisant son testament, institue pour héritier un autre que le donataire, & qu'il charge le donataire de fidéicommiss, sans parler des biens donnés; il est évident que le fidéicommiss ne peut s'appliquer qu'aux biens donnés, & par conséquent il vaudra tout de même que si le donateur en eût fait mention expresse; & c'est le cas décidé par la loi 37, §. 3, ff. de leg. 3.

9. Deuxieme exemple. Que si le donateur institue le donataire, à la charge de rendre son hérédité, dans ce cas le fidéicommiss ne peut point s'appliquer aux biens donnés, parce qu'il n'est fait que des biens compris dans l'institution, & qui sont dans l'hérédité & nullement des biens donnés, qui ne sont point dans son hérédité, ni dans le patrimoine du testateur, suivant la loi *Sequens, quæst. 68, ff. de leg. 2, respondit ea extra causam bonorum defuncti computari debere, & propterea fideicommissio non contineri, quia ea habitura esset, etiam alio hæredæ existente.*

10. Les biens donnés *sunt extra causam bonorum.*
11. Troisième exemple: Lorsque le donateur est institué, & qu'il est chargé de substituer une substitution si générale, devra, ce semble, com-

prendre les biens donnés, comme faisant partie du patrimoine du testateur, à cause de la faculté qu'il s'étoit réservée de pouvoir y substituer *ex intervallo*, étant difficile de concevoir que le testateur, qui a voulu transporter tous ses biens substitués, n'ait pas porté ses vues sur les biens donnés; & s'il n'en a pas fait mention expresse, c'est qu'il étoit en droit de les mettre au rang de ses biens, à cause de la faculté qu'il avoit d'en disposer, & de les faire passer sur la tête d'un substitué.

Il y a lieu pourtant de décider que même dans cette espece, la substitution ne comprend pas les biens donnés, parce que la substitution de tous les biens du testateur, quelque générale qu'elle paroisse, se borne néanmoins aux biens compris dans l'institution (à laquelle elle se rapporte) & qui appartenoient au testateur; ce qui ne peut point s'appliquer aux biens donnés, qui ne font point partie de l'institution, & qui sont hors du patrimoine du testateur, suivant la loi *Sequens, quæst. 68, ff. de leg. 2.*

Cette loi est à la vérité dans le cas d'une donation entre-vifs, faite par un mari en faveur de sa femme, *constante matrimonio*; mais cela ne fait aucune différence spécifique, parce que les deux raisons qui ont déterminé le Jurisconsulte à décider que les biens donnés ne sont pas compris dans le fidéicommis, se vérifient même avec plus de force au cas présent; savoir, que les biens donnés sont hors du patrimoine du donateur, & que le donataire les auroit eus, quoiqu'un autre eût été institué héritier.

En effet, la première raison prise de ce que les biens sont hors du patrimoine du donateur, est bien plus forte & plus concluante dans notre espece, où le droit du donataire est irrévocable, nonobstant la réservation de la faculté de substituer, qui ne peut avoir son effet qu'après la mort du donataire; au lieu que la donation faite à la femme peut être révoquée toutes les fois qu'il plaira au mari, même pendant la vie de la femme; *L. cum hic status 32, ff. de donat. inter vir. & uxor. & toto tit. cod. cod.* ce qui fait que les biens donnés entre-vifs sont à plus juste titre hors du patrimoine du donateur qui n'a pas la faculté de les y faire revenir, que les biens donnés par le mari à sa femme ne sont hors du patrimoine de mari, puisqu'il a la liberté de les y faire rentrer quand il veut.

rendre tous les biens.
12. Raisons pour soutenir que la substitution comprend les biens donnés.

13. Résolution au contraire.

14. La substitution générale ne se rapporte qu'à l'institution.

15. Les biens donnés ne sont pas compris dans l'institution.

16. Explication de la Loi 68, ff. de leg. 2.

17. Cette Loi milité plus fortement dans notre cas; que dans sa propre espece.

18. La Donation *inter conjuges* est révocable *ad libitum*.

19. Suite de l'application de la Loi 68, ff. de leg. 2.

A l'égard de la deuxième raison, prise de ce que le donataire auroit eu les biens donnés, *alio hærede existente*, est pareillement plus forte au cas présent, parce que le donateur n'a pas la liberté de lui ôter les biens, & de l'en priver pendant sa vie; au lieu que le mari donateur le peut: or si dans l'espece de la loi *Sequens quæstio*, dans laquelle, selon *M. Cujas*, la femme avoit été instituée par son mari, & grevée de rendre tous les biens du testateur, *quæcumque ex bonis cepisset*, les biens donnés ne sont pas compris dans le fidéicommis fait en termes généraux, il en doit être de même à plus forte raison au cas présent, que les deux raisons décisives militent avec plus de force; d'autant mieux que, selon le même Auteur, la substitution de tous les biens du testateur n'a pas plus d'étendue que la substitution de l'hérité, & *verba illa, quæcumque ex bonis meis, sic accipiuntur, quæcumque ex hæreditate mea*; ainsi il est clair qu'il doit y avoir quelque circonstance qui applique indubitablement la substitution aux biens donnés, afin qu'ils puissent y être compris.

20. La Substitution de tous les biens n'a pas plus d'étendue que la Substitution de l'hérité.

21. Le Donateur peut user ou ne pas user de la faculté de substituer aux biens donnés.

22. S'il ne parle point des biens donnés, ou s'il ne les désigne pas, il est censé avoir négligé cette faculté.

A cela on peut encore ajouter, qu'il est libre au donateur d'user ou de ne pas user de la faculté qu'il s'est réservée de substituer aux biens donnés; que s'il ne fait pas comprendre d'une manière sensible, & sans équivoque, qu'il en a usé, c'est une preuve certaine qu'il n'a pas voulu en profiter, & qu'il a voulu laisser les choses dans leur entier; car autrement il n'y a aucune apparence qu'il ne se fût pas différemment expliqué. Ce sera donc abuser de la prétendue volonté présumée du testateur, & non pas l'interpréter selon son intention, que de vouloir expliquer des équivoques, de manière qu'ils comprennent les biens donnés, sur-tout lorsque le donataire a des enfans, & que la substitution aux biens donnés devoit les en priver.

23. Réponse aux raisons contraires.

Il est facile de répondre aux raisons de l'avis contraire; car, 1^o. si la faculté de pouvoir substituer devoit faire considérer les biens donnés, comme étant encore dans le patrimoine du donateur, il faudroit, à plus forte raison, que la faculté de révoquer la donation faite par le mari à sa femme, opérât un semblable effet; car celui qui a la liberté de révoquer une donation *ad libitum*, a sans difficulté bien plus de pouvoir & de droit que celui qui s'est réservé

24. Celui qui a la liberté de révoquer *ad libitum* la Do-

Simplement la faculté de substituer une donation qui est d'ailleurs irrévocable, puisqu'il a le pouvoir de substituer qui se trouve compris dans la faculté de révoquer la donation; cependant, malgré l'étendue de ce droit, la loi *Sequens, quæstio 68, ff. de leg. 2*, décide que les biens donnés sont réellement hors du patrimoine du mari, *respondi ea extra caus. bonor. defuncti computari debere*; & que par conséquent une substitution faite en termes généraux ne suffit pas; mais il en faut une spéciale & spécifique, pour comprendre les biens donnés: *Planè*, dit la loi *Nominatim, maritus uxoris fideicommittere potest ut ea restituat.*

2°. Il est très-facile de concevoir que le testateur qui avoit séparé de son patrimoine les biens donnés, ait voulu en mourant laisser les choses dans le même état, & ne charger de substitution que les biens de son hérité, puisqu'il s'est expliqué de manière que la substitution n'embrace que les biens qui appartenoient au testateur, & non les biens donnés, qui ne lui appartenoient plus; & l'on ne peut pas dire avec quelque fondement, que si le testateur ne fait pas mention expresse des biens donnés, c'est parce qu'il croit que la faculté qu'il s'est réservée d'en disposer par une substitution, doit les faire mettre au rang de ses biens; car, 1°. On a montré ci-dessus que les biens n'étoient pas pour cela dans le patrimoine. 2°. Ce qu'on appelle droit de substituer, n'est pas proprement parmi les biens du testateur, parce que ce n'est qu'une faculté pure & non personnelle, non transmissible à son héritier, & ne faisant point partie de son hérité, dont le testateur est censé n'avoir point usé, dès qu'il ne l'a pas fait comprendre sans équivoque, & qu'il n'a pas témoigné en termes clairs vouloir substituer aux biens donnés.

3°. Enfin, on ne peut pas non-plus opposer avec succès ce que dit *M. Dolive, liv. 5, ch. 15*, que, puisque par la Jurisprudence des Arrêts du Parlement de Toulouse, le donateur est reçu à substituer, pourvu que ce soit expressément, il faut qu'il le puisse faire sans expression, lorsque la réserve a été stipulée, afin que cette clause insolite ne se trouve pas inutile; car on a montré ci-dessus que la substitution aux biens donnés est contraire aux

nation, a plus de pouvoir que celui qui s'est réservé la faculté de substituer.

25. La faculté de substituer n'est pas au nombre des biens du donateur.

26. En substituant à l'hérité, il n'est pas censé avoir usé de cette faculté.

27. Réponse à l'autorité de *M. Dolive.*

véritables maximes ; on ne peut donc pas tirer un argument de cette Jurisprudence ; autrement ce seroit multiplier les erreurs en les entassant l'une sur l'autre ; la clause de la réserve de la faculté de substituer , met les choses aux termes du droit commun ; ainsi elle n'est pas inutile , elle profite même en ce qu'une disposition qui pourroit s'appliquer par équipollent aux biens donnés , suffiroit sans une expression littérale , comme dans le cas de la loi *cum quis decedens* 37, §. 3, ff. de leg. 3. laquelle ne suffiroit pas , aux termes de la Jurisprudence des Arrêts du Parlement de Toulouse , sans le secours de cette réserve.



QUESTION XXIX.

I. Si lorsque la Donation est faite pour conserver une Maison Noble , & que la faculté de substituer aux biens donnés a été réservée , le donateur peut faire une Substitution masculine *verbis generalibus*.

S O M M A I R E S.

1. Cas proposé par M. Dolive.
2. Décision de cet Auteur pour l'affirmative.
3. Tempéramens , afin que cette décision puisse être reçue.
4. Premier éclaircissement.
5. Les filles empêchent que le donateur ne puisse substituer aux biens donnés , lorsqu'il s'en est réservé la faculté au cas si sine liberis.
6. Deuxieme éclaircissement.
7. Les enfans n'empêchent pas que le donateur ne puisse substituer , lorsqu'il s'en est réservé la faculté en termes généraux.
8. La condition si sine liberis , est sous-entendue dans les Fidécimmis des ascendans.
9. Il en est autrement des Contrats.
10. Dans les Contrats , casus omissus habetur pro omissio.

11. *Motifs des Loix* Cum avus & cum acutiffimi.
12. *Ces motifs cessent, lorsque le donateur substitue aux biens donnés.*
13. *Afin que la Substitution s'applique aux biens donnés, il faut qu'il paroisse de la volonté du substituant.*

Il reste à examiner un cas proposé par M. Dolive, liv. 5, ch. 15; savoir, lorsque le donateur a déclaré qu'il faisoit la donation en faveur de mariage, & pour conserver sa maison, qui est noble, & qu'ensuite il s'est réservé la faculté de substituer aux biens donnés; si dans cette espece le donateur peut non-seulement faire une substitution *verbis generalibus si sine liberis*, mais encore *si sine masculis*, & exclure par-là les filles du donataire.

Cet Auteur décide pour l'affirmative, en conformité d'un Arrêt qu'il rapporte: la raison est, parce que le desir de conserver sa famille, dont le donateur s'est déclaré ardemment épris, marque évidemment qu'il ne s'est conservé la faculté de substituer, que pour exclure les filles qui sont inhabiles à maintenir la maison, & pour appeller les mâles qui en sont les fermes colonnes. Ce sont les expressions de cet Auteur.

Afin que cette décision puisse être reçue, elle doit être tempérée par les éclaircissémens qui suivent. Premièrement, si le donateur ne s'est réservé la faculté de substituer que dans le cas que le donataire décéderoit sans enfans en général, la faveur de la conservation de la maison ne peut pas être un motif assez puissant pour autoriser le donateur à faire une substitution masculine, contre les termes du contrat, pour exclure les filles, qui en qualité de descendantes, sont extrêmement favorables, & par conséquent leur faveur doit empêcher qu'on ne donne atteinte au contrat de donation, dans lequel le donateur ne s'est réservé la faculté de substituer aux biens donnés, que dans le cas seulement que le donataire décéderoit sans enfans; ce qui comprend les filles, tout comme les mâles; & par conséquent si elles font défailir la condition sous laquelle la réservation étoit faite, elles anéantissent la réservation, parce que *actus conditionalis defectu conditione nihil est*; L. *necessario* 8, ff. *de periculo & commodo rei venditæ*.

1. Cas proposé par M. Dolive.

2. Décision de cet Auteur pour l'affirmative.

3. Tempéramens, afin que cette décision puisse être reçue.

4. Premier éclaircissement.

5. Les filles empêchent que le donateur ne puisse substituer aux biens donnés, lorsqu'il s'en est réservé la faculté au cas *si sine liberis*.

6. Deuxieme éclaircissement.

7. Les enfans n'empêchent pas que le donateur ne puisse substituer, lorsqu'il s'en est réservé la faculté en termes généraux.

8. La condition *si sine liberis*, est sous-entendue dans le Fidécum des ascendants.

9. Il en est autrement des Contrats.

10. Dans les Contrats *casus omissus habetur pro omissis*.

11. Motif des Loix *Cum avus & cum acutissimi*.

12. Ces motifs cessent lorsque le donateur substitue aux biens donnés.

13. Afin que la substitution s'applique aux biens donnés, il faut qu'il paroisse de la volonté du substituant.

2°. Si la réserve de la faculté de substituer aux biens donnés est générale, & qu'il ne soit point parlé des enfans du donataire, l'existence des enfans ne doit pas exclure le donateur d'user de cette faculté; car, quoique la condition *si sine liberis*, soit sous-entendue dans le fidécum fait par les ascendants, suivant la loi *Cum avus* 102, ff. de condit. & demonstrat. & la loi *Cum acutissimi* 30, cod. de fideicommissis, il n'en est pas de même des contrats, par deux raisons. La première, parce qu'on ne sous-entend rien aux contrats, suivant la loi 99, ff. de verb. oblig. qui donne pour maxime, que *casus omissus habetur pro omissis*; au lieu que dans les testamens il en est autrement, *plenius interpretamur morientium voluntates*.

La deuxième, parce que la condition *si sine liberis*, n'est sous-entendue dans les fidécums faits par les ascendants, qu'à cause de la présomption de la volonté du testateur, *conjecturâ pietatis*, comme parle la loi *Cum avus* 102, ff. de condit. & demonstrat. n'étant pas vraisemblable que le testateur eût voulu préférer le substitué aux enfans de son héritier, s'il avoit prévu le cas, *ne videatur testator alienas successiones propriis antepone*, dit la loi 30, cod. de fideicommissis; au lieu que cette raison cesse, lorsque le donateur substitue aux biens donnés en conséquence de la faculté qu'il s'en est réservée, au préjudice des enfans du donataire; car, puisqu'il le fait avec connoissance, il veut donc préférer le substitué aux enfans du donataire.

3°. Dans les deux hypotheses que nous venons d'examiner, & dans les autres cas, il faut nécessairement que le testateur se soit expliqué de manière à faire comprendre sans équivoque, qu'il a entendu substituer aux biens donnés, comme nous l'avons expliqué dans la question précédente, sur-tout lorsqu'il s'agit d'exclure les enfans du donataire, dont la faveur doit être de grande considération.



QUESTION XXX.

1. Si la Substitution connue dans un Testament antérieur à la Donation, contenant réserve de la faculté de substituer aux biens donnés, comprend les biens donnés.

SOMMAIRES.

1. Raisons pour l'affirmative. Première raison.
2. Deuxième raison. Le Testament a trait de tems, & se rapporte à la mort du testateur.
3. Troisième raison.
4. Quatrième raison.
5. Le changement de volonté ne se présume point.
6. Si la Substitution contenue dans le Testament est censée répétée dans la Donation postérieure.
7. Résolution pour la négative.
8. La Donation révoque le Testament antérieur.
9. Ou du moins elle retranche du patrimoine les biens donnés.
10. La Donation universelle révoque le Testament antérieur, quoiqu'il contienne une clause dérogoire.
11. Nonobstant la fiction qui fait rapporter le Testament au tems de la mort.
12. Quand la donation est d'une quote ou d'une chose particulière, elle tire du patrimoine les biens donnés.
13. La faculté de pouvoir substituer aux biens donnés, ne donne aucune atteinte à la Donation pendant la vie du donataire.
14. En quel tems que l'on considère le Testament, la chose est égale.
15. La réserve de pouvoir substituer aux biens donnés, ne se rapporte qu'à l'avenir.
16. Le Testament antérieur ne peut pas comprendre les biens donnés postérieurement.

17. Le testateur ne peut pas avoir usé dans le Testament d'une faculté qui n'existoit pas encore.
18. Sentiment de Fufarius sur cette question.
19. Réponse aux raisons de l'opinion contraire.
20. Réfutation de la première raison.
21. Réfutation de la seconde raison.
22. En quel temps la disposition doit être considérée.
23. Le legs des meubles & acquets ne comprend que ceux qui existoient lors du Testament.
24. On ne peut pas considérer le Testament par rapport à sa date, & par rapport à la mort cumulativement.
25. Réfutation de la troisième raison.
26. Réfutation de la quatrième raison.
27. Il n'est pas permis de suppléer aux Contrats.
28. Renvoi à la Question 28.

1. Raisons pour l'affirmative. Première raison.

Il semble d'abord qu'il faut décider pour l'affirmative. 1°. En examinant la substance ou la disposition du testament antérieur à la donation, il comprend réellement les biens donnés; puisque le donateur possédoit lors de son testament, & que la substitution est de tous les biens que le testateur possédoit alors; il y a donc une désignation suffisante pour que la substitution puisse s'appliquer aux biens donnés, aux termes de la loi *Cum quis decedens* 37, §. 3, ff. de leg. 2, ainsi qu'il a été expliqué dans la question 28.

2. Deuxième raison. Le Testament a trait de temps, & se rapporte à la mort du testateur.

2°. Le testament ayant trait de temps à la mort du testateur, parce que c'est dès ce moment qu'il prend sa force, & qu'il vaut; *cap. 6 extra, de celebr. misfarum*, il doit avoir le même effet que si le testateur l'avoit fait au moment de sa mort; & par conséquent s'il est censé postérieur à la donation *fictione juris*, comme il n'y a point de doute, on ne peut pas contester qu'il ne comprenne les biens donnés en conséquence de la réservation faite par le donateur, de pouvoir y substituer.

3. Troisième raison.

3°. Si le testateur n'a pas fait un nouveau testament, c'est parce qu'il avoit raison de croire que son testament antérieur suffisoit, & que dès-là qu'il ne le changeoit point avant sa mort & depuis la donation,

nation, il étoit censé l'approuver, & renouveler en mourant sa disposition.

4°. Du moins, puisque le donateur n'a pas changé son testament depuis la donation, il est censé avoir persévéré dans la même volonté; car on ne présume pas le changement de volonté; *L. 3, ff. de probat.* Voilà pourquoi si le testateur s'est réservé par la donation la faculté de substituer aux biens donnés, c'est pour ne pas donner atteinte au testament antérieur, qui contient la substitution; en tout cas la substitution contenue dans le testament seroit censée répétée dans la donation postérieure, comme l'a pensé *Menochius, dans son Conseil 945*, au cas d'une donation faite postérieurement au testament par un pere à son fils qu'il a en sa puissance; car on peut fort bien argumenter de ces sortes de donations à celles qui ont été faites entre-vifs, lorsque le donateur s'est réservé la faculté d'y substituer, parce qu'il est libre au donateur d'en disposer en faveur d'un substitué.

Nonobstant ces raisons, il y a lieu de décider pour la négative; c'est-à-dire, que la substitution contenue dans le testament antérieur à la donation, avec réserve de pouvoir substituer aux biens donnés, ne comprend point ces biens. Les principales raisons de cette décision sont, en premier lieu, que la donation révoque le testament antérieur, & que du moins elle retranche les biens donnés du patrimoine du donateur, & de la disposition du testament.

En effet, si la donation est universelle, elle révoque le testament antérieur, sans qu'il soit besoin d'une révocation spécifique, ni même d'en faire mention, quoique le testament contienne une clause dérogoire, & une donation en faveur de l'héritier, dans le cas que le testateur révoqueroit le testament & la clause dérogoire, comme l'enseignent *Alexandre en son Conseil 25, lib. 3; Ferrieres, sur la question 127 de Guipape; & Graverol, sur M. Larroche, liv. 6, tit. 40, arrêt 22*; même ce dernier Auteur remarque que la donation opere cet effet, nonobstant la fiction qui fait rapporter le testament au tems de la mort du testateur; parce que cette fiction n'empêche pas qu'on ne doive considérer les différentes dates, pour connoître quel de deux est

4. Quatrième raison.

5. Le changement de volonté ne se présume point.

6. Si la Substitution contenue dans ce Testament est censée répétée dans la Donation postérieure.

7. Résolution pour la négative.

8. La Donation révoque le Testament antérieur.

9. Ou du moins elle retranche du Patrimoine les biens donnés.

10. La Donation universelle révoque le Testament antérieur, quoiqu'il contienne une clause dérogoire.

11. Nonobstant la fiction qui fait rapporter le Testament au temps de la mort,

antérieur ou postérieur, & quel renferme une disposition postérieure.

12. Quand la Donation est d'une chose particulière, elle tire du patrimoine les biens donnés. Que si la donation est d'une quote, ou bien d'une chose particulière, elle tire du patrimoine les biens donnés. Elle tire les biens donnés d'une chose particulière, elle tire du patrimoine les biens donnés. Elle tire les biens donnés d'une chose particulière, elle tire du patrimoine les biens donnés.

13. La faculté de pouvoir substituer aux biens donnés, ne donne aucune atteinte à la Donation pendant la vie du donataire. Or, soit que l'on considère le testament par rapport à sa date, ou par rapport au tems de la mort du testateur, la chose est égale. Si c'est eu égard à la date, la donation a tiré les biens du patrimoine du donateur où ils étoient lors du testament. Si c'est eu égard au tems de la mort du testateur, les biens n'étoient plus dans le patrimoine; puisque la donation les en avoit retranchés, & par conséquent le testament ne doit être considéré pour rien à l'égard des biens donnés.

14. En quel que tems que l'on considère le Testament, la chose est égale. En second lieu, lorsque le donateur s'est réservé dans l'acte de donation la faculté de substituer aux biens donnés, une telle réserve ne peut pas se rapporter au passé; & si telle avoit été l'intention du donateur, il auroit fait de deux choses l'une; ou il auroit rappelé dans la donation la substitution contenue dans le testament antérieur, ou bien il auroit chargé le donataire d'exécuter le même testament; mais la réserve se rapporte au tems à venir; c'est une faculté à exercer, dont le donateur a voulu pouvoir user ou ne pas user; en sorte que s'il n'en use pas après la donation, il l'a négligée, & y a renoncé volontairement.

15. La réserve de pouvoir substituer aux biens donnés, ne se rapporte qu'à l'avenir.

16. Le Testament antérieur ne peut pas comprendre les biens donnés postérieurement. En troisième lieu, comment se pourroit-il qu'un testament antérieur comprît les biens donnés? Cela ne se peut point, eu égard au tems du testament; parce que la donation a tiré les biens donnés de la disposition du testament, en les mettant hors du patrimoine du donateur: cela se peut encore moins en vertu de la réserve, parce que le testateur ne peut pas avoir usé d'une faculté qui n'existoit pas encore; & si le testament postérieur qui contient

17. Le testateur ne peut pas avoir usé dans le Testa-

une substitution de l'hérédité ou de tous les biens du testateur, ne comprend pas les biens donnés, malgré la réserve, à moins qu'il n'y ait quelque circonstance qui fasse comprendre indubitablement que le testateur a aussi voulu substituer aux biens donnés, comme il a été prouvé dans la question 28, par la loi *Sequens*, quæstio 68, ff. de leg. 2^o, comment un testament antérieur le pourra-t-il ?

Enfin, *Fufarius*, de substitutionibus, Q. 632, n^o. 17, résoud ainsi cette question: *Quartus casus est*, dit cet Auteur, *quando præcessit testamentum paternum continens fideicommissum & postea sequitur donatio, &c.* Après avoir rapporté le sentiment de *Menochius*, qui a cru que le fidéicommis contenu dans le testament étoit censé répété dans la donation, il ajoute: *Ego tamen contrarium verius esse existimo; nam testator donando bona, ea posuit extra suum patrimonium; quæ autem non sunt in patrimonio testatoris non veniunt in restitutionem fideicommissi, & quia in fideicommissi restitutione non veniunt ea quæ quis erat habiturus alio hærede existente, d. leg. Sequens, quæstio 68, ff. de leg. 2^o; Peregrinus, d. art. 6, n^o. 1, & si testator mutasset testamentum & alium instituisset hæredem, donatio non esset revocata, & bona apud donatarium remanent; accedat, quod si testator in donatione voluisset repetere fideicommissum, facile erat exprimere undè; cum non expresserit, censetur noluisse.*

Les fondemens de l'opinion contraire ne sont pas considérables. On répond au premier, en observant qu'il est vrai que le testament comprenoit les biens donnés, parce qu'ils étoient dans le patrimoine du testateur, lorsqu'il testa; mais il ne pouvoit pas les comprendre au tems de la mort, parce qu'ils avoient été retranchés du patrimoine par la donation postérieure.

A l'égard du second, il est vrai que le testament prend sa force de la mort du testateur, parce qu'au paravant il peut être révoqué; car, comme le dit l'Apôtre Saint Paul, dans son Epître aux Romains, chap. 6, *ubi enim testamentum est, mors necesse est intercedat testatoris, testamentum enim in mortuis confirmatum est; alioquin nondum valet dum vivit qui testatus est.* Mais il ne s'ensuit pas de-là que la disposition faite long-tems avant la mort, ait le même effet que si elle avoit été faite au moment de la mort, (si l'on

ment d'une faculté qui n'existoit pas encore.

18. Sentiment de Fufarius sur cette Question.

19. Réponse aux raisons de l'opinion contraire.

20. Réfutation de la première raison.

21. Réfutation de la seconde raison.

22. En quel tems la disposition doit-elle être considérée.

en excepte le transport de l'hérédité, à cause de la règle, que le testateur ne peut pas décéder, *partim testatus & partim intestatus*;) car il y a plusieurs loix qui décident que la disposition doit être considérée par rapport au tems auquel le testament a été fait, *id legatum videtur quod testamenti tempore fuisset; quia præsens tempus, semper intelligeretur, si aliud comprehensum non esset*, dit la loi 7, ff de auro & argento leg.

23. Le legs de meubles & acquêts ne comprend que ceux qui existoient lors du Testament.

La même règle se trouve dans la loi 33, §. 1, ff. de leg. 3^o, & dans la loi 28, §. 1, ff. de liberat. leg. De-là vient que, selon M. Maynard, liv. 8, ch. 77, le legs de la troisième partie des meubles & de tous les acquêts du testateur, ne s'applique qu'aux meubles & acquêts que le testateur avoit lors du testament, & non à ceux qu'il avoit acquis depuis.

24. On ne peut faire valoir le Testament, par rapport à sa date, & par rapport à la mort cumulativement.

Mais ceci est superflu; car il faut que le testament vaille, ou par rapport à sa date; dans ce cas, il ne peut pas comprendre les biens donnés, parce qu'ils ont été retranchés de la disposition par la donation postérieure; ou par rapport au tems de la mort; & dans ce cas, les biens n'étant pas dans le patrimoine du testateur, il n'y a qu'une disposition expresse qui puisse les comprendre; il n'est pas possible de le faire valoir par rapport aux deux tems cumulativement, parce que la donation intermédiaire empêche la jonction des deux extrêmes; voilà pourquoi on ne peut pas unir le tems du testament avec celui de la mort, parce que *media non sunt habilia*; & quand ils le seroient, la chose seroit égale, par les raisons qu'on vient de toucher.

25. Réfutation de la troisième raison.

Le septième fondement est mauvais, parce que le donateur qui avoit tiré les biens donnés de son patrimoine, & qui ne s'étoit réservé que la faculté d'y substituer, ne pouvoit pas croire que son testament embrassoit la faculté de substituer, qui n'étoit pas encore établie alors, & qu'il s'étoit réservé d'exercer après la donation; il est vrai que celui qui décède avec un testament qu'il a fait long-tems avant sa mort, est censé l'approuver lorsqu'il ne le change pas en mourant; mais cette approbation ne fait rien à l'égard des biens donnés, parce qu'ils avoient été tirés de la disposition du testament; ainsi elle ne se rapporte qu'au surplus; & par la même raison, le donateur doit être censé avoir approuvé la donation, puisqu'il n'a pas voulu y substituer depuis.

Ce que l'on vient de dire, sert à détruire le quatrième fondement; car s'il est vrai que celui qui ne fait pas une nouvelle disposition, est censé persévérer dans la même volonté, il est clair que tout comme le testateur a persévéré dans la volonté consignée dans son testament, en ce qu'il n'y avoit pas été dérogé par la donation, il est censé aussi persévérer dans la même volonté par rapport à la donation; & vouloir que le donataire profite des biens donnés, & qu'il en puisse disposer tout de même que si le donateur ne s'étoit pas réservé la faculté d'y substituer, parce qu'il a renoncé à cette faculté en n'en usant pas.

26. Réfutation de la quatrième raison.

Du reste, on ne peut pas penser que la substitution contenue dans le testament soit censée répétée dans la donation, puisque d'un côté il n'est pas permis d'ajouter aux contrats; *L. 99, ff. de verb. oblig.* d'autre part, on a fait autre chose, tandis que le donateur s'est réservé seulement la faculté d'y substituer; ce qui se rapportant à l'avenir, il est clair que le donataire n'a compté pour rien la substitution faite dans son testament, autrement il l'auroit rappelée dans la donation.

27. Il n'est pas permis de suppléer aux Contrats.

Enfin, on a établi ci-devant dans la question 28, que la faculté de substituer aux biens donnés, réservée par le donateur, ne peut pas empêcher que les biens donnés ne soient hors du patrimoine du donateur, & que par conséquent ils ne soient hors de l'institution contenue dans le testament antérieur à la donation. Voyez Catellan, *liv. 2, chap. 13.*

28. Renvoi à la Question 28.

QUESTION XXXI.

- I. Si la Donation des biens-meubles & immeubles, comprend les actions.
 II. *Quid* si le mot *tous* y est ajouté.

S O M M A I R E S.

- I. Les Auteurs ont décidé la Question pour la négative, quand le mot *tous* n'est pas ajouté.

2. Les actions constituent une troisieme espece de biens , selon les Auteurs.
3. Diversité d'avis parmi les Auteurs , si les actions sont comprises dans la Donation de tous les biens-meubles & immeubles.
4. Auteurs qui tiennent la négative.
5. Si les mots meubles & immeubles limitent la disposition qui est de tous les biens.
6. Auteurs qui tiennent l'affirmative.
7. Regles à discuter pour pouvoir décider la Question.
8. La concession des biens , sans ajouter le mot tous , comprend les droits & les actions.
9. Signification du mot biens ou bona.
10. Le mot biens , de même que le mot succession , contient une universalité.
11. Le fidéicommiss est universel , quand le testateur charge l'héritier de rendre bona sua , ou omnia sua.
12. L'usufruit des biens comprend tous les biens.
13. La proposition indéfinie équipolle à l'universelle.
14. La Donation des biens comprend tous les biens.
15. Si la Donation des biens comprend les droits & les actions , quand il est ajouté meubles & immeubles.
16. Cette question dépend de deux difficultés.
17. Première difficulté : si les actions sont une troisieme espece de biens.
18. Deuxieme difficulté : si l'addition des mots meubles & immeubles doit restreindre la disposition indéfinie.
19. Embarras des Auteurs à déterminer dans quelle catégorie les actions doivent être mises.
20. Neuf différentes opinions sur cette difficulté.
20. La plus communément reçue est celle qui fait des actions , une troisieme espece de biens.
21. Fondement de cette opinion.
22. Que cette opinion n'est pas fondée.
23. De quelle maniere est-ce qu'on argumente pour

établir la proposition, que les actions sont tertium genus honorum.

24. Les droits & les actions sont des choses incorporelles, au lieu que les meubles & les immeubles sont corporels.

25. Différences entre les droits ou actions, & les meubles ou immeubles.

26. Première différence.

27. Deuxième différence.

28. Troisième différence.

29. Quatrième différence.

30. Les droits & actions non circumscribuntur loco.

31. Raisons pour établir que les droits & les actions ne sont pas tertium genus honorum.

32. Examen de la Loi 7, §. 4, ff. de peculio.

33. Quels biens peuvent entrer dans un pécule.

34. Preuves que cette Loi est inutile.

35. Si l'argument des Interprètes étoit bon, quelle absurdité en résulteroit-il?

36. Explication des termes du §. 4. de la Loi 7, ff. de peculio.

37. Suite.

38. La Loi 7, §. 4, ff. de peculio, prouve que les actions ne sont pas tertium genus honorum.

39. Explication de la Loi 15, §. 2, ff. de re judic.

40. Suite.

41. Discussions à faire pour parvenir à la vente des biens des pupilles ou mineurs.

42. Objections.

43. Explication du mot moventia.

44. Réponse.

45. Réponse aux Loix opposées.

46. L'argument des Interprètes tend à établir cinq ou six sortes de biens.

47. Il n'y a point de Loi qui mette les actions dans une troisième catégorie de biens.

48. Réponse à la raison tirée de la distinction des choses en corporelles & incorporelles.

49. *Quelle induction peut-on en tirer ?*
 50. *Il peut y avoir des meubles incorporels.*
 51. *Les choses corporelles sont mises par opposition aux incorporelles.*
 52. *Les choses incorporelles ne sont pas mises par opposition aux meubles & immeubles.*
 53. *L'hérédité est mise au rang des choses incorporelles.*
 54. *Explication par un exemple.*
 55. *Conclusion sur l'exemple proposé.*
 56. *Réponse à la troisième raison des Interprètes.*
 57. *Ressemblances entre les droits incorporels, & les immeubles.*
 58. *Les actions sont divisées de plein droit.*
 59. *Comment les servitudes peuvent être divisées.*
 60. *Les droits incorporels peuvent être vendiqués.*
 61. *L'action publicienne compete pour les droits incorporels.*
 62. *La restitution des actions dotales doit se faire dans le même délai que les biens mobiliers.*
 63. *Réponse à la Loi 86, ff. de leg. 2^o, & aux autres Loix.*
 64. *Plusieurs Loix ont compris les actions sous la dénomination des meubles.*
 65. *Explication de la Loi 222, de verb. signific.*
 66. *Suite des Loix qui comprennent les actions sous la dénomination des meubles.*
 67. *Inconvéniens qui résultent de l'opinion contraire.*
 68. *Dans plusieurs cas, il faut nécessairement mettre les actions au rang des meubles ou des immeubles.*
 69. *Eadem res non potest diverso jure censer.*
 70. *Résolution contre l'opinion des Interprètes, que les actions ne sont pas une troisième espèce de biens.*
 71. *Disposition de la Coutume de Paris.*
 72. *Résolution de la Question principale, que les actions sont comprises dans la Donation des biens-meubles & immeubles.*

73. Examen de la deuxième difficulté : si l'addition des meubles & immeubles est limitative & exclusive des actions.
74. Raisons pour l'affirmative.
75. Generi per speciem derogatur.
76. Exemples de ces sortes de limitations.
77. Lorsque la Donation est des biens-meubles & immeubles, il ne faut pas séparer les adjectifs du substantif.
78. Raisons pour la négative.
79. Lorsque la disposition est générale, l'énumération de certaines especes n'est pas limitative.

Non mutat substantiam rerum non necessaria verborum multiplicatio.

80. Suite de la même proposition.
81. Inducta ad augendum non debent afferre diminutionem.
82. Résolution pour l'affirmative.
83. Récapitulation.
84. De la Donation conçue avec le terme : Tous.
85. De la Donation de tous les biens-meubles & immeubles, en quelque part qu'ils soient situés.
86. De la Donation de tous les biens situés dans un certain lieu.

Il n'y a point de question qui mérite mieux que celle-ci d'être discutée exactement ; car quoiqu'elle soit traitée par plusieurs Auteurs, il n'y en a pas un qui l'ait approfondie, & qui se soit donné la peine de balancer les raisons de part & d'autre.

Il y a peu de difficulté parmi les Auteurs, lorsque la diction universelle (*tous*) ne se trouve pas dans la donation ; car dans ce cas, ils tiennent presque unanimement que les actions n'y sont point comprises, parce qu'elles constituent, selon eux, une troisième espece de biens différente des meubles & des immeubles.

Mais ils sont partagés pour savoir si les actions sont comprises dans la donation de tous les biens-meubles & immeubles ; les uns tiennent la négative, & de ce nombre sont Guipape, quest. 291 ; Fernand, sur le chap. unique de filiis natis ex matrim. ad morga-

1. Les Auteurs ont décidé la Question pour la négative, quand le mot *tous* n'est pas ajouté.

2. Les actions constituent une troisième espece de biens, selon les Auteurs.

3. Diversité d'avis parmi les Auteurs, si les actions sont comprises dans la Donation de tous les biens, meubles & immeubles.

4. Auteurs qui tiennent la négative. *natic. contracto*, part. 5, n^o. 5; *Arrius Pinellus*, de *bonis maternis*, part. 1, n^o. 31, & plusieurs autres qu'ils rapportent. La raison en est, parce que les

5. Si les mots meubles & immeubles, limitent la disposition qui est de tous les biens. *mots meubles & immeubles*, qui ne comprennent pas les actions, restreignent & limitent la disposition, qui paroît d'abord universelle, au moyen des mots (*tous les biens.*)

6. Auteurs qui tiennent l'affirmative.

D'autres ont cru que les actions étoient comprises sous une telle disposition, qui demeure générale & universelle, nonobstant l'addition des mots *meubles & immeubles*; c'est le sentiment de *Ferrieres sur la quest. 291 de Guipape*; & de *M. de Cambolas*, liv. 5, ch. 43, qui rapporte un Arrêt du Parlement de Toulouse, dans l'espece d'une donation de la moitié de tous & chacuns les biens présents & à venir, meubles & immeubles, qui l'a jugé de même; ils allèguent encore plusieurs autres Auteurs pour appuyer leur sentiment.

7. Regles à discuter pour décider la Question.

Cette question ne peut pas être discutée d'une manière utile, à moins qu'on n'examine les regles & les raisons qu'on peut alléguer de part & d'autre.

8. La concession des biens, sans ajouter le mot *tous*, comprend les droits & les actions.

La concession des biens indéfiniment & sans ajouter la diction universelle, (*tous*) comprend les droits & les actions, suivant la loi 21, ff. de verb. signif. *Princeps*, dit cette loi, *bona concedendo videtur etiam actiones concedere.*

9. Signification du mot *biens* ou *bona*.

Le mot (*biens*) qui répond au terme latin, *bona*, comprend non-seulement tout ce dont nous avons la propriété, mais encore ce que nous possédons de bonne foi, quoique nous n'en soyons pas propriétaires; il comprend encore les actions, les droits & tout ce que nous sommes fondés à demander ou poursuivre; L. 49, ff. de verb. signif. *in bonis autem nostris computari sciendum est, non solum quæ Domini nostri sunt, sed & si bonâ fide à nobis possideantur, vel superficiaria sint; atque bonis adnumerabitur, etiam si quid in actionibus, petitionibus, persecutionibus; nam hæc omnia in bonis esse videntur: & la loi 208, ff. eod. décide que le mot (*biens*) renferme une universalité, de même que celui de succession: *Bonorum appellatio sicut hæreditatis universalitatem quamdam ac jus successionis, & non singulares res demonstrat.**

10. Le mot *biens*, de même que le mot *succession*, contient une universalité.

11. Le fidéicommiss est universel, quand

Enfin, la loi 30, §. 1, ff. ad S. C. Trebell. décide que si un testateur charge de rendre ses biens, *bona sua*, ou tout ce qui lui appartient, *omnia sua*, le

Fidèicommiss est universel, & comprend les actions; le testateur & *Godefroy*, sur cette loi, ajoute: *bona vel omnia sua qui restitui jubet, actiones etiam comprehendit. Fideicommissum universale est quotiès quis jubetur restituere omnia bona universaliter vel indefinitè*, de même le legs de l'usufruit des biens, comprend tous les biens généralement; *L. uxori 37, ff. de usu & usufr. leg.*

Ce qui est fondé sur un principe établi par la loi 7, *ff. de tritico, vino & oleo leg.* & par plusieurs autres loix, & qui est reçu universellement par tous les Interprètes, qu'une proposition indéfinie a la même force & la même étendue qu'une proposition universelle, *vox indefinita æquipollet universali.*

En sorte que, suivant ce principe & la décision des loix que nous venons de rapporter, la donation est universelle & générale, & comprend tous les biens, de quelque espece & nature qu'ils soient, lorsqu'il est dit qu'on donne les biens simplement, sans ajouter aucune autre terme propre pour désigner l'universalité; cela ne paroît pas susceptible de contestation.

Mais la donation indéfinie des biens sera-t-elle censée universelle, & comprendra-t-elle les droits & les actions, lorsque les mots, meubles & immeubles sont ajoutés? La décision de cette question dépend de l'examen de deux difficultés; la première, consiste à savoir, s'il est vrai, comme la plupart des Auteurs l'ont pensé, que les droits & les actions ne sont pas comprises sous la dénomination des biens-meubles & immeubles, comme étant une troisième sorte de biens, *tertium genus bonorum*; & la deuxième, si supposé que les actions & les droits soient *tertium genus bonorum*, l'addition des mots, meubles & immeubles doit être censée faite pour restreindre la disposition, & la limiter aux meubles & immeubles, à l'exclusion des actions.

Les Auteurs ont été si embarrassés pour déterminer dans quelle catégorie les actions doivent être mises, & si elles doivent être placées au rang des meubles ou des immeubles, qu'ils ont formé huit opinions différentes, & chacune de ces opinions a un fort grand nombre de défenseurs, comme on le peut le voir dans *M. Tiraqueau*, du retrait lignager, §. 1, *glos. 7, N. 1, ad N. 16*; & au nombre 17, il en établit encore une neuvième, en ajoutant quatre

charge l'héritier de rendre *bona sua* ou *omnia sua.*

12. L'usufruit des biens comprend tous les biens.

13. La proposition indéfinie équipolle à l'universelle.

14. La Donation des biens comprend tous les biens.

15. Si la Donation des biens comprend les droits & les actions, quand il est ajouté *meubles & immeubles.*

16. Cette question dépend de deux difficultés.

17. Première difficulté: si les actions sont une troisième espece de biens.

18. Deuxième difficulté: si l'addition des mots meubles & immeubles, doit restreindre la disposition indéfinie.

19. Embarras des Auteurs à déterminer dans quelle ca-

égories les actions doivent être mises.

20. Neuf différentes opinions sur cette difficulté.

20. La plus communément reçue, est celle qui fait des actions une troisième espèce de biens.

21. Fondemens de cette opinion.

22. Que cette opinion n'est pas fondée.

23. De quelle manière est-ce qu'on argumente pour établir la proposition, que les actions *sunt tertium genus bonorum*.

24. Les droits & les actions sont des choses incorporelles, au lieu que les meubles & les immeubles sont corporels.

25. Différence entre les droits ou actions, & les

explications à la septième, pour laquelle il se désigne termine.

Toutefois la plus communément reçue est celle qui fait considérer les droits & les actions comme une troisième espèce de biens, différente des meubles & des immeubles, laquelle les Auteurs fondent sur plusieurs loix, & entr'autres, sur la loi *Quam tuberonis* 7, §. *In peculio* 4, ff. *de peculio*; la loi *Adivo Pio* 15, §. *In venditione* 2, ff. *de re judicata*; la loi 1, cod. *de pratorio pignore*; la loi 2, la loi 3, cod. *de quadrienni præscript.* la loi 2, cod. *quando & quibus quarta pars*; & la loi 2, cod. *de constit. pecunia*. Cette opinion, quoique fort accréditée dans le pays du droit écrit, n'a pourtant pas de fondemens si solides & si incontestables, qu'on ne puisse la révoquer en doute, & même la renverser en mettant en parallèle les raisons qui peuvent déterminer à croire que les actions ne sont pas une troisième sorte de biens, distincte & séparée des meubles & immeubles, avec celle de l'opinion commune. Les fondemens sur lesquels l'opinion commune est appuyée, sont, 1°. les loix que nous venons de rapporter, & plusieurs autres alléguées par *Tiraqueau*, au lieu déjà cité, n°. 10, lesquelles distinguent les droits & les actions des meubles & des immeubles; parce qu'elles en font mention séparément; & après avoir parlé des meubles & des immeubles, elles parlent aussi des droits & des actions; ce qui prouve, dit-on, qu'elles doivent faire une troisième espèce de biens, différente des meubles & des immeubles, autrement les loix les auroient comprises sous la dénomination générale des meubles & des immeubles.

2°. Que les droits & actions sont des choses incorporelles, *quæ tangi non possunt*; au lieu que les meubles & les immeubles sont des choses corporelles; *instit. de rebus corpor. & incorporal.* L. 1, §. 1, ff. *de divis. rer. & qualit.* ce qui établit une différence bien formelle, & fait par conséquent que les actions & autres droits incorporels, ne doivent jamais être compris sous la dénomination des meubles & des immeubles, qui sont des choses corporelles.

3°. Qu'entre les meubles ou immeubles, & les actions & droits, il y a plusieurs autres différences; la première, que les meubles & immeubles,

comme corporels, sont des choses dividues, au lieu que les droits incorporels sont individus: tels sont les servitudes prédales, & plusieurs autres; *L. 2, §. 1, & L. 72, ff. de verbor. oblig.* la seconde, que les meubles & immeubles peuvent être possédés réellement; *L. 3, ff. de acquir. vel. amitt. possess. possideri possunt*; au lieu que les droits étant incorporels, ne le peuvent que par fiction; *L. 43, §. 1, ff. de acquir. rer. Domin. L. 32, §. 1, ff. de servit. Urban. Præd. L. 4, §. 27, ff. de usurp. & usucap.* la troisieme, que les meubles se prescrivent par trois ans, les immeubles par dix ans entre présens, & vingt ans entre absens, *instit. de usucap. in principio*; mais les actions ne se prescrivent que par trente ans; *L. 2, cod. de constit. pecunia, L. 3, cod. de præscript. 30 & 40 annor.* la quatrieme, que les meubles & les immeubles ont de la consistance & une situation certaine; mais il n'en est pas de même des actions & des droits, *quæ non circumscribuntur loco*; de-là vient que dans le legs des biens, ou des choses qui sont dans un certain lieu, les actions & les dettes actives ne sont pas comprises; *L. 86, ff. de leg. 2; L. 41, §. 6, & L. 78, §. 1, ff. de leg.*

Les raisons qui peuvent déterminer à croire que les actions ne sont pas une troisieme sorte de biens, sont qu'il y a des loix qui rangent les droits & les actions dans la catégorie des meubles & des immeubles, & qu'il n'y en a aucune qui décide, ni en termes exprès, ni par voie de conséquence, que les actions ne sont pas comprises sous la dénomination des biens-meubles & immeubles; & qu'elles constituent une troisieme espece de biens. Commençons par l'examen & l'analyse des loix, sur lesquelles on fonde l'opinion que nous combattons; ensuite nous rapporterons celles qui favorisent l'opinion que nous nous sommes proposés d'établir. Dans la loi *Quam Tuberonis 7, §. In peculio 4, ff. de peculio*, le Jurisconsulte Ulpien examine quelles sont les choses qui peuvent entrer dans la consistance & la composition d'un pécule; il commence d'abord par établir une regle, que toute sorte de biens, tant meubles, qu'immeubles, peuvent y entrer: *in peculio autem res esse possunt omnes & mobiles & soli*; & pour ne pas laisser en arriere les cas qui peuvent former quelque doute, il ajoute que les esclaves secondaires appel-

meubles ou immeubles.

26. Première différence.

27. Deuxième différence.

28. Troisième différence.

29. Quatrième différence.

30. Les droits & actions non circumscribuntur loco.

31. Raisons pour établir que les droits & les actions ne sont pas tertium genus bonorum.

32. Examen de la Loi 7, §. 4. ff. de peculio.

33. Quels biens peuvent entrer dans un pécule.

lès *Vicarii*, & leur pécule, & de plus, les dettes actives peuvent entrer dans la consistance du pécule de l'esclave ordinaire, *Vicarios quoque in peculium potest habere, & Vicariorum peculium, hoc amplius & nomina debitorum.*

34. Preuves que cette Loi est inutile.

Deux réflexions feront connoître parfaitement l'esprit de cette loi; la première, que si l'on peut induire, selon le raisonnement des Auteurs, que les actions sont une troisième espèce de biens, dès-là que le Jurisconsulte en fait mention, après avoir parlé des biens & des immeubles, on sera pareillement fondé à soutenir que les esclaves secondaires & leur pécule, constituent une quatrième espèce de biens, puisqu'il en est aussi fait mention expresse séparément des meubles, des immeubles & des actions; & par-là il est aisé de comprendre que l'argument que les Interprètes tirent de cette loi, est tout-à-fait mal fondé; car il n'y auroit pas moins de raison de constituer une quatrième espèce de biens au moyen des esclaves secondaires, & de leur pécule, ce qui seroit pourtant ridicule, & n'a jamais été pensé ni par le Jurisconsulte Ulpien, ni par aucun des Interprètes, qu'il y en a de constituer une troisième espèce de biens au moyen des actions, de cela seul que le Jurisconsulte ne les a pas confondues avec les meubles & les immeubles.

35. Si l'argument des Interprètes étoit bon, quelle absurdité en résulteroit-il?

36. Explication des termes du §. 4. de la Loi 7, ff. de peculio.

La deuxième réflexion est, que le Jurisconsulte dit d'abord que toute sorte de biens peuvent entrer dans un pécule, *in peculio res esse possunt omnes & mobiles & soli*, tant meubles, qu'immeubles; or si l'on examine avec attention quel a été l'esprit du Jurisconsulte, on s'apercevra aisément qu'il a entendu que les mots *& mobiles & soli*, eussent la même force & la même étendue que les mots *res omnes* qui les précèdent, & auxquels ils se rapportent; car son intention étant de déclarer que toute sorte de biens en général pouvoient entrer dans un pécule, il n'est pas naturel de penser qu'il eût voulu ajouter les mots *& mobiles & soli*, pour donner une limitation à sa proposition générale.

37. Suite.

Que s'il parle dans la suite des esclaves secondaires, de leur pécule, & des droits & actions, ce n'est pas pour ajouter à sa décision, qui étant générale, ne pouvoit pas par conséquent recevoir d'augmentation, comme comprenant tout ce qui est dans

le commerce; mais uniquement *dubitationis tollendæ causâ*, comme il est dit dans la loi 81, *ff. de reg. juris*; & pour résoudre les difficultés qui pourroient se présenter au sujet des esclaves Vicaires, de leur pécule & des actions, comme le même Jurisconsulte dans la loi 1, §. 7, *ff. de edil. edicto*, rapporte en avoir été usé par les *Ædiles*, en proposant leur Edit; ainsi bien lointine la loi 7, §. 4, *ff. de peculio*, établit que les actions sont une troisième sorte de biens, elle prouve au contraire qu'elles sont comprises sous la dénomination des biens-meubles & immeubles.

Passons présentement à la loi *A divo Pio 15*, §. *In venditione 2*, *ff. de re judicata*, elle règle les degrés de discussion qu'il faut faire dans la saisie, & la vente des biens du débiteur qui a été condamné par sentence; il faut, dit le Jurisconsulte Ulpien, commencer par faire saisir les meubles qui ont vie, *res mobiles animales*, & les faire vendre; & si leur prix ne suffit pas pour le paiement de la dette, ou s'il n'y a pas des meubles ayant vie, on saisira, & on fera vendre les fonds, *etiam soli pignora capi jubent & distrahi*; que si le débiteur n'a point des biens-fonds, ou s'ils ne suffisent pas, alors on conviendra aux droits, *tunc pervenietur etiam ad jura*.

On ne voit rien dans cette loi qui induise nécessairement à croire que les actions sont une troisième espèce de biens, soit parce que la forme de cette discussion est purement arbitraire & particulière, même à cette matière; car elle ne doit pas être observée dans l'aliénation de biens des pupilles & des mineurs, lorsque les loix la permettent aux tuteurs ou curateurs, puisque la loi 5, §. 9, *ff. de reb. eorum*, veut qu'on épuise l'argent monnoyé, les actions, les fruits, les revenus, & autres choses, avant d'aliéner les immeubles; ce qui prouve que les actions ont été confondues avec les meubles, & ont été mises dans la même catégorie; car si la discussion a été réglée de la manière expliquée dans la loi 15, §. 2, *ff. de re judicata*, ce n'a pas été pour faire la distinction de trois sortes de biens, soit parce que la loi ne parlant que des meubles ayant vie, *res mobiles animales*, des fonds & des actions, elle ne comprend pas dans ces trois degrés de discussion, les meubles appelés proprement *mobilia*, qui devroient faire une

38. La Loi 7, §. 4. *ff. de peculio*, prouve que les actions ne sont pas *tertium genus bonorum*.

39. Explication de la Loi 15, §. 2. *ff. de re judic.*

40. Suite

41. Discussions à faire pour parvenir à la vente des biens des pupilles ou mineurs.

espece de biens, si la maniere de raisonner des Interprètes étoit bonne; ce qui se confirme par la loi premiere, ff. de ædil. editto, qui distingue de la même maniere les immeubles, les meubles inanimés, & les choses qui se meuvent par elles-mêmes, *se moventes*, qui par cette raison devroient faire trois especes de biens, indépendamment des droits & des actions.

42. Objec-
tion. On dira peut-être que dans la deuxieme partie de cette loi, le Jurisconsulte dit, *quòd si nulla moventia sint à pignoribus soli initium faciunt*. Or le mot *moventia*, a la même signification que le mot *mobilia*; *L. moventium* 93, ff. de verb. signif. & par conséquent tous les meubles doivent être compris dans le premier degré de discussion. Mais la réponse est aisée, & se tire de la même loi *Movementum* qu'on oppose; cette loi dit que le mot *moventia* a la même signification que le mot *mobilia*, pourvu qu'il ne paroisse pas qu'on a voulu se restreindre aux animaux: ce qui est clair au cas de la loi 15, §. 2, ff. de re jud. où le Jurisconsulte ne met dans le premier degré de discussion que les choses mobilières qui ont vie, *res mobiles animales*; ainsi lorsqu'il a dit, *quòd si nulla moventia sint*, il s'est visiblement rapporté à la premiere sorte de biens, c'est-à-dire, aux choses animales, qui sont les seules mises dans le premier degré de discussion, après lequel il est permis de passer au second; & par conséquent le mot *moventia* ne doit pas être entendu dans sa signification la plus étendue; mais dans sa signification propre & littérale, & il doit être borné aux choses animales; c'est-à-dire, aux esclaves & aux animaux, dans lequel sens il est pris dans toutes les loix autres que celles qui parlent des dispositions testamentaires; & pour se convaincre de cette vérité, on n'a qu'à jeter les yeux sur la loi premiere, ff. de ædil. editto; sur la loi 4, *cod. fam. erciscundæ*; la loi un. §. *exactio*, *cod. de rei uxor. act.* les loix 2 & 3, *cod. de quadrienni præscript.* la loi 1, *cod. de Prætor. pignore*; la loi 2, *cod. quando & quib. quarta pars*; la novell. 112, chap. 1, & plusieurs autres: on s'appercevra que les mots *moventia*, ou *se moventes*, ne sont employés que pour signifier les choses mobilières, qui se meuvent par elles-mêmes, comme sont les esclaves & les animaux; que si dans les dispositions tes-
- tamentaires

tamentaires on leur donne une signification plus étendue, suivant la loi 93, ff. de verb. signif. c'est parce qu'on les interprète plus largement, & qu'on donne aux termes dans cette matiere toute l'étendue qu'ils peuvent recevoir; que si on vouloit séparer le mot *animales* du mot *mobiles*, il en seroit de même, parce que dans ce cas les animaux n'étant pas confondus avec les meubles, ils devroient constituer une quatrième espece de biens; ainsi, de quelque maniere qu'on explique la loi 13, §. 2, ff. de re jud. on n'en peut tirer aucun argument pour établir la séparation des actions avec les meubles & les immeubles.

À l'égard des autres loix que l'on oppose pour soutenir que les actions sont une troisième espece de biens, elles sont inutiles; car à même-tems qu'elles séparent les actions des meubles & des immeubles, elles en séparent aussi les choses mobilières qui se meuvent par elles-mêmes, les contrats & les pails civils, *panes civiles*; ainsi, à suivre le raisonnement des Interprètes, il faudroit que ces loix établissent cinq ou six sortes de biens; ce que personne n'a jamais pensé.

Voilà donc le premier fondement détruit; & si l'on ne consulte que la raison & les loix bien expliquées, on sera forcé de convenir qu'il n'y a point de loi qui fasse des droits & des actions une troisième espece de biens distincte des meubles & des immeubles.

Passons au deuxième fondement, tiré de la distinction des choses corporelles & incorporelles, qu'on soutient faire une séparation réelle des actions qui sont incorporelles, avec les meubles & les immeubles qui sont corporels; mais si l'on y fait attention, on s'apercevra que cette distinction ne conclut rien pour établir trois sortes de biens; savoir, des meubles, des immeubles, & des actions; elle fait voir seulement que les choses corporelles sont distinguées des incorporelles; & c'est tout l'argument qu'on peut tirer de la loi 1, §. 1, ff. de divis. rer. & qualitate, & du tit. des instit. de reb. corporal. & incorporal. Cependant rien n'empêche qu'il n'y ait des meubles corporels & des incorporels, n'y ayant aucune loi qui y fasse obstacle.

45. Réponse aux autres Loix opposées.

46. L'argument des Interprètes tend à établir cinq ou six sortes de biens.

47. Il n'y a point de Loi qui mette les actions dans une troisième catégorie de biens.

48. Réponse à la raison tirée de la distinction des choses en corporelles & incorporelles.

49. Quelle induction peut-on en tirer?

50. Il peut y avoir des meubles corporels & des incorporels.

En effet, les Législateurs ont opposé les choses

51. Les choses corporelles sont mises par opposition aux incorporelles.

52. Les choses incorporelles ne sont pas mises par opposition aux meubles & immeubles.

53. L'hérédité est mise au rang des choses incorporelles.

54. Explication par un exemple.

incorporelles aux corporelles; mais ils n'ont pas opposé les choses incorporelles aux meubles & aux immeubles; ce qui seroit pourtant nécessaire, afin qu'on fût fondé à tirer les actions de la catégorie des meubles & des immeubles; d'où il s'ensuit que les actions, quoique choses incorporelles, ne sont pas réellement distinctes des meubles & des immeubles en général, mais seulement des meubles & des immeubles qui se trouvent des choses corporelles; qu'ainsi la division des choses corporelles & incorporelles ne sert de rien pour prouver que les actions sont une troisième espèce de biens; car afin que l'argument fût concluant, il faudroit qu'on rapportât quelque texte qui eût décidé que les mots, *meubles & immeubles* ne signifient autre chose que des choses corporelles, ce qui n'est pas possible, parce qu'il n'y a aucune loi qui le dise; & si les Législateurs l'avoient entendu de même, ils n'auroient pas manqué de l'exprimer, & d'en faire exactement la division.

D'ailleurs cette division des choses corporelles & incorporelles, pour ce qui concerne les droits, est une pure abstraction; puisque l'Empereur Justinien met au nombre des choses incorporelles une hérédité, l'usufruit, l'usage, & toute sorte d'obligations, quoique les choses qui en proviennent soient corporelles; ainsi, à suivre à la rigueur cette division, il arrivera que la même chose sera à même tems corporelle & incorporelle; elle sera incorporelle, si on considère le droit; & corporelle, si l'on fait attention à ce que le droit produit; ce qui fait qu'il n'est pas possible de mettre les actions & les droits par opposition aux meubles & immeubles en général.

Pour rendre la chose sensible par un exemple, supposons que Titius ait donné ses biens-meubles & immeubles, présents & à venir à Sempronius, & qu'après la donation il arrive une succession opulente à Titius donateur; si les droits & les actions ne sont pas compris dans la donation des biens-meubles & immeubles, il est évident que le donataire n'aura rien à prétendre sur cette succession, ni par conséquent sur les effets mobiliers & immobiliers qui la composent; cela paroît clair, parce que la succession ou l'hérédité est un droit.

D'autre part, il arrivera encore que le donataire des biens présents & à venir aura droit de demander les meubles & immeubles venus au donateur; car autrement la donation des biens à venir seroit inefficace, & le donateur pourroit retenir des immeubles & des meubles qu'il a donnés; & si d'un côté il est exclus de l'hérédité des biens qui la composent; de l'autre, les biens meubles & immeubles qui en dépendent lui appartiendront; ce qui renferme une contradiction, qui résulte de la résolution des Interprètes, en ce qu'ils veulent mettre les droits & les actions dans une nouvelle catégorie, contre l'esprit des loix; ce qu'il n'est pas possible de faire, sans rencontrer plusieurs inconvénients.

Que faudroit-il donc faire dans cette occasion? Exclura-t-on le donataire des biens-meubles & immeubles dépendans de l'hérédité venue au donateur? Non sans doute, parce que la donation est trop précise; mais il faudra déclarer les droits & les actions comprises sous la dénomination des meubles & des immeubles, & toute sorte d'inconvénients cessera.

Pour ce qui est du troisième fondement, pris des autres différences qui sont marquées dans les loix, entre les actions, les meubles & les immeubles, elles ne font rien à la question, soit parce que les actions ont établi plusieurs ressemblances entre les droits incorporels, & les meubles & immeubles; & premièrement les loix sont non-seulement divisibles comme les choses corporelles, mais encore elles sont divisées de plein droit par la loi des douze Tables; *L. ea quæ 6, cod. famil. ercisc.* & si les servitudes prédiales sont indivisibles pour le droit, elles se divisent néanmoins quant à l'usage; *L. 4, §. 2, de servitutib.* En deuxième lieu, les droits incorporels peuvent être vendus tout comme les choses corporelles, *tot. tit. ff. si servit. vindicetur.* En troisième lieu, l'action publicienne compete pour les droits, de même que pour les corps; *L. 11, §. 1, de publicana in rem actione.* En quatrième lieu, la loi *unic. §. Exactio, cod. de rei uxor. actione,* a décidé que les actions dotales doivent être rendues à la femme, après la dissolution du mariage, dans le même délai que les autres biens mobiliers, & une infinité d'autres, qu'il seroit inutile d'accumuler, soit parce

55. Conclusion sur l'exemple proposé.

56. Réponse à la troisième raison des Interprètes.

57. Ressemblance entre les droits incorporels & les meubles & immeubles.

58. Les actions sont divisées de plein droit.

59. Comment les servitudes peuvent être divisées.

60. Les droits incorporels peuvent être vendus.

61. L'action publicienne compete pour les droits incorporels.

62. La restitution des

éons dotales doit se faire dans le même délai que les biens mobiliers.

que, tout comme il ne seroit pas raisonnable de prétendre que les esclaves ne doivent pas être mis au nombre des meubles ou des immeubles, sous prétexte qu'il y a plusieurs différences entre ces biens & les autres; il ne le seroit pas non-plus de tirer les actions de la catégorie des meubles & des immeubles, sous prétexte que les loix ont porté quelques décisions propres & particulières aux actions, & qu'elles n'ont pas pu ou jugé à propos d'appliquer aux meubles ni aux immeubles.

63. Réponse à la Loi 86, ff. de leg. 2, & aux autres Loix.

Enfin, si la loi 86, ff. de leg. 2; la loi 41, §. 6; & la loi 78, §. 1, ff. de leg. 3, décident que dans le legs des meubles & des immeubles qui sont dans un certain lieu, les actions ne sont pas comprises, c'est parce que la disposition est limitée aux choses corporelles; & cela est si vrai, que le Jurisconsulte Paul dit dans la loi 78, §. 1, ff. de leg. 3, qu'il en devroit être autrement, s'il paroïssoit que le testateur n'avoit pas voulu limiter sa disposition aux choses corporelles, *nisi manifestè de his quoque legandis voluntas defunctæ adprobaretur.*

64. Plusieurs Loix ont compris les actions sous la dénomination des meubles.

65. Explication de la Loi 222, ff. de verb. signif.

66. Suite des Loix qui comprennent les actions sous la dénomination de meubles.

Au contraire, il y a plusieurs loix qui ont compris les actions sous la dénomination générale des meubles & des immeubles: telle est la loi 7 §. 4, ff. de *peculio*, suivant l'explication que nous en avons donnée ci-dessus; & la loi 5 §. 9, ff. de *reb. eorum*: telle est la loi 222, ff. de *verb. signif.* qui porte, *pecunia nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res tam soli quam mobiles, tam corpora quam jura*, de laquelle il résulte que les mots *res tam soli quam mobiles* comprennent toute sorte de biens en général, & les droits & actions, tout comme les choses corporelles: telle est la loi 1, §. 1, ff. de *usufruct. quemadmodum caveat*. Car, quoique l'usufruit de tous les biens puisse être légué; L. 29, ff. de *usufruct.* ce qui comprend les actions; L. 3, ff. de *usufr. earum rerum quæ usu consum.* & que l'usufruitier doit bailler caution à raison de l'usufruit; L. 13, ff. de *usufr.* néanmoins le Jurisconsulte Ulpien se contente de désigner le tout par les termes généraux des meubles & immeubles, dans la loi 1, §. 1, ff. *usufr. quemadmod. caveat*: telles sont encore la loi 3, §. 9, & la loi dernière, ff. *uti possidetis*; car, quoique le §. 4, aux *instit. de interdictis*, dise que les interdits *uti possidetis*, & *utrubi*, sont compétent pour les immeubles & les meubles, sans

ajouter aucun autre espece de biens, la loi 3, §. 9, & la loi dernière, ff. *uti possidetis*, décident que l'interdit, *uti possidetis*, compete pour l'usufruit, pour l'usage & pour les servitudes qui sont mises au rang des droits & des choses incorporelles, suivant la loi 1, §. 1, ff. *de divis. rer. & qualit. & le titre de reb. corporal. & incorporal. aux instit.* Ce qui prouve que les expressions générales des meubles & des immeubles comprennent tous les biens en général, & que ce sont des termes contradictoires, entre lesquels il n'y a point de milieu, ni de troisième sorte de biens: cette vérité est confirmée par l'Empereur Justinien, aux *institutes de inutilib. stipul. in princip.* où il est dit, *omnis res quæ Dominio nostro subjicitur in stipulationem deduci potest, sive mobilis sit, sive soli*; que si les mots *sive mobilis sit, sive soli*, ne comprennoient pas les actions & les droits incorporels, il s'en suivroit qu'ils ne pourroient pas faire la matière de la stipulation; ce qui est visiblement faux, §. *ult. instit. de servit. §. 1, instit. de usufr. & tot. tit. ff. de verb. oblig.* On trouve encore une décision semblable dans la loi 63, ff. *de procurat.* qui prouve que les droits & actions sont comprises sous la dénomination des meubles & immeubles.

Enfin, cette vérité est confirmée par la *Novell. 112, Ch. 1, & l'Auth. Litigiosa, cod. de litigiosis*, desquels textes il résulte que les actions sont comprises sous la dénomination des meubles & des immeubles.

A tout cela on peut ajouter quelques raisons décisives. La première se prend des inconvénients & des contradictions dans lesquels il faut nécessairement tomber, en mettant les actions dans une troisième catégorie de biens; inconvénients que l'on a fait suffisamment sentir par l'exemple de la donation des biens-meubles & immeubles, présents & à venir.

La deuxième, de ce que dans une infinité de cas il faut de toute nécessité ranger les actions dans la catégorie des meubles ou des immeubles; autrement il arrivera que les droits & les actions seront vancans; cependant on ne trouvera aucune sorte d'inconvénient, ni de contradiction, en comprenant les actions & les droits sous les termes généraux de meubles & d'immeubles; il n'y a donc point à balancer de donner la préférence à l'opinion qui com-

67. Inconvénients qui résultent de l'opinion contraire.

68. Dans plusieurs cas, il faut nécessairement mettre les actions au rang des meubles ou des immeubles.

prend les actions parmi les meubles & les immeubles ; car dans le doute & dans la diversité d'avis, il faut suivre celui qui paroît le plus conforme à la raison, & qui peut être mis en pratique sans inconvénient.

La troisieme, s'il est d'une nécessité indispensable, comme on ne sauroit le contester, de mettre les actions & les droits parmi les meubles & les immeubles dans certains cas ; pourquoi ne le fera-t-on pas toujours, puisque c'est une maxime établie par les loix, & reçue par les Interprètes, que *eadem res non potest diverso jure censi* ?

69. *Eadem res non potest diverso jure censi.*

70. Résolution contre l'opinion des Interprètes, que les actions ne font pas une troisieme espece de biens.

71. Disposition de la Coutume de Paris.

72. Résolution de la Question principale que les actions sont comprises dans la Donation des biens meubles & immeubles.

73. Examen de la deuxieme difficulté, si l'addition des meubles & immeubles est limitative & exclusive des actions.

74. Raisons pour l'affirmative.

75. *Generi per speciem non derogatur.*

76. Exemples de ces sortes de limitations.

Cette opinion nous paroît la plus conforme à la raison ; aussi croyons-nous que les Réformateurs de la coutume de Paris, en ajoutant l'article 88, qui ne reconnoît que deux sortes de biens ; savoir, les meubles & les immeubles, ont mieux pénétré l'esprit des loix que les Interprètes du droit Romain, qui à force de subtiliser, & en voulant trouver dans les loix ce qui n'y est pas, ont introduit mille distinctions qui gâtent & altèrent le texte, & qui détournent le véritable sens des décisions des Empereurs & des Jurisconsultes.

En retenant cette opinion, il faudroit décider notre question pour l'affirmative ; c'est-à-dire, que les actions sont comprises dans la donation des biens meubles & immeubles, présens & à venir ; mais à supposer que les actions soient mises dans une classe séparée des meubles & des immeubles, il faut entrer dans l'examen de la deuxieme difficulté que nous avons proposée ci-dessus, & qui consiste à savoir, si l'addition des mots meubles & immeubles doit être censée faite pour restreindre la disposition & la limiter aux meubles & immeubles, à l'exclusion des actions. Pour l'affirmative, on peut dire que, suivant la maxime *generi per speciem derogatur*, établie par le Jurisconsulte Paul, dans la loi *Servis Urbanis* 99, §. dernier, *ff. de leg. 3* ; & par Papinien, dans la loi 80, *ff. de reg. jur.* l'énumération des meubles & des immeubles ajoutée à la disposition qui paroïssoit d'abord générale, la restreint à ces deux especes de biens.

De-là vient que le legs de deux statues de marbre, & de plus de tout le marbre, ne comprend que deux statues de marbre, quoique le testateur en eût

un plus grand nombre ; *L. hæres 100, §. 1, ff. de leg. 3* ; de-là vient que quand le testateur a légué en général *fundum instructum*, s'il ajoute le nom de certains esclaves, les autres esclaves, quoiqu'ils fissent partie du fonds légué, ne sont pas compris dans le legs ; *L. cum de lanionis 18, §. Cui fundum 11, ff. de instructo*. De-là vient encore qu'un legs fait d'une maison, de la manière que le testateur la possédoit, ne comprend que les espèces particulières qui ont été détaillées par le testateur, suivant le §. 13 de la même loi.

D'ailleurs, lorsque la donation est des biens-meubles & immeubles, il ne faut point séparer les adjectifs, *meubles & immeubles*, du substantif, *biens* ; ainsi la disposition n'est point générale ; mais il est clair qu'il n'y a que les meubles & immeubles qui entrent dans la disposition ; voilà pourquoi il ne faut pas examiner si les mots, *meubles & immeubles* doivent servir à limiter une disposition générale, puisqu'elle n'est que des meubles & des immeubles, d'autant que ces mots ne sont ajoutés que pour caractériser, & faire connoître la nature des biens qui sont donnés.

D'autre côté, on peut dire que, suivant la loi 12, §. 46, *ff. de instructo vel instrum. leg.* lorsque la disposition est générale, l'énumération de certaines espèces n'est pas ajoutée pour la diminuer ; & *Papinianus respondit non videri minutum, sed potius ex abundantia adjectum*. On trouve la même décision dans la loi *Pediculis 32, §. Labeo 6, ff. de auro & argento leg.* où le Jurisconsulte Paul dit, *non mutat substantiam rerum, non necessaria verborum multiplicatio*.

Que les lois opposées doivent être entendues & conciliées avec celles que nous venons de rapporter, suivant la distinction faite par le Jurisconsulte Papinien, dans la loi 9, *ff. de supellectili leg.* qui dit, *cum species ex abundantia per imperitiam enumerantur, generali legato non derogatur : si tamen species certi numeri datus in speciebus intelligitur*.

Que c'est une règle reçue parmi les Interprètes, que *inducta ad augendum non debent afferre diminutionem* ; qu'ainsi les mots *meubles & immeubles* n'étant ajoutés que pour faire connoître l'étendue de la donation générale, ne doivent pas par conséquent être entendus de façon qu'ils diminuent la disposition.

77. Lorsque la Donation est des biens-meubles & immeubles, il ne faut pas séparer les adjectifs du substantif.

78. Raisons pour la négative.

79. Lorsque la disposition est générale, l'énumération de certaines espèces n'est pas limitative.

Non mutat substantiam rerum, non necessaria verborum multiplicatio.

80. Suite de la même proposition.

81. *Inducta ad augendum non debent afferre diminutionem.*

82. Résolution pour l'affirmative.

Le premier sentiment paroît le mieux fondé, par cette raison décisive, qu'il ne faut pas séparer le mot *biens* d'avec les mots *meubles & immeubles*; que par conséquent il n'y a point de disposition générale, *in abstracto*; qu'il ne s'agit pas de discuter si les mots *meubles & immeubles* ont été ajoutés, *limitationis causâ*, puisqu'au contraire il paroît évident qu'ils ne servent qu'à faire connoître ce qui a été donné.

83. Récapitulation.

Notre résolution est donc, 1°. que si les actions ne font pas une troisième espèce de biens distincte des meubles & des immeubles, la donation des biens-meubles & immeubles comprend les actions; la chose paroît évidente. 2°. Que si elles font une troisième espèce de biens, elles n'entrent point dans la donation des biens-meubles & immeubles; il en fera de même à plus forte raison, si elle est faite des biens-meubles & immeubles qui sont dans un certain lieu, parce qu'alors la disposition est limitée aux choses corporelles, & qui ont une situation certaine; il en seroit encore de même, quoique les mots *meubles & immeubles* n'y fussent pas ajoutés; la loi 86, ff. de leg. 2, la loi 41, §. 6, & la loi 78, §. 1, ff. de leg. 3.

84. De la Donation conçue avec le terme universel, *tous*.

Mais que dirons-nous, si la donation est conçue avec le terme universel, (*tous*)? Dans ce cas il faut tenir indistinctement que les actions y sont comprises, parce que la disposition générale ne seroit pas limitée par l'addition des mots *meubles & immeubles*, pris dans la plus étroite signification, suivant la loi 12, §. 46, ff. de instructo, vel instrum. leg. & la loi 32, §. 6, ff. de auro & argento leg. d'autant qu'elle seroit censée faite, non pour diminuer la donation générale, *sed potius ex abundantanti adjectum*, comme l'ont fort bien décidé *Ferrieres*, sur la question 291 de *Guipape* & de *M. de Cambolas*, liv. 5, chap. 43, après *Dumoulin*, *Benedicti*, & plusieurs autres Auteurs.

85. De la Donation de tous les biens meubles & immeubles, en quelque part qu'ils soient situés.

L'on en doit dire de même, lorsque la donation est faite de tous les biens-meubles & immeubles, en quelque part qu'ils soient situés; parce que ces derniers termes ne sont pas ajoutés, *limitationis causâ*; mais par forme de démonstration, & pour donner à la disposition toute l'étendue dont elle est capable.

86. De la

Que si la donation étoit de tous les biens qui sont

fitués dans un certain lieu, elle ne seroit pas générale, mais bien particulière des biens situés dans le lieu désigné; & par conséquent elle ne comprendroit pas les actions, parce que *non circumscribuntur loco*, & qu'elles n'ont point de situation; de-là vient qu'elles ne peuvent pas être comprises dans une telle disposition.

Donation de tous les biens situés dans un certain lieu.

QUESTION XXXII.

- I. Si les Avocats & les Procureurs sont incapables de recevoir des libéralités par Contrat ou par Testament de leurs Cliens, tandis que le Procès dure.
-

S O M M A I R E S.

1. *Partage des Auteurs sur cette question.*
2. *Diversité des Jugemens des Cours supérieures.*
3. *Auteurs qui ont tenu pour la nullité des Donations entre-vifs & testamentaires.*
4. *Première raison de cette opinion.*
5. *Deuxième raison.*
6. *Si les Loix prohibitives, parlant des Médecins, ont lieu contre les Avocats & les Procureurs.*
7. *Les dispositions faites par les Cliens ne sont pas libres.*
8. *Auteurs qui ont distingué les Donations entre-vifs d'avec les testamentaires.*
9. *Raisons & autorités pour appuyer cette distinction.*
10. *Auteurs qui tiennent indistinctement pour la validité des Donations.*
11. *Fondemens de cette opinion: toutes personnes sont capables de recevoir des libéralités, si la Loi ne les prohibe.*
12. *Il n'y a point de Loi ni d'Ordonnance qui défende les Donations aux Avocats ou Procureurs.*

13. Raison particulière en faveur des Procureurs.
14. Résolution pour la validité des Donations.
15. L'opinion contraire n'a aucun fondement dans le Droit, ni dans les Ordonnances.
16. La Loi 6, Cod. de postulando, ne défend pas les Donations en faveur des Avocats.
17. Elle défend seulement les conventions qui regardent le Procès, dont la défense leur est confiée.
18. Preuve tirée des Basiliques.
19. La société contractée entre un Avocat & son Client, pour fait de Commerce, seroit bonne.
20. Les Donations sont distinguées des Contrats.
21. La défense de contracter ne doit pas s'étendre aux Donations.
22. Disposition de la Loi Cincia muneralis.
23. Renouveau de la Loi Cincia, par la Loi Titia.
24. Tentative des Sénateurs Romains, pour faire revivre la Loi Titia, qu'un usage contraire avoit abrogé.
25. Fixation de l'honoraire des Avocats, faite par l'Empereur Claude.
26. Disposition de la Loi sur le même sujet.
27. Arrêt du Sénat, qui ordonnoit aux Plaideurs de jurer qu'ils n'avoient rien promis ni donné à leur Avocat.
28. Loi de l'Empereur Constantin, pour réprimer l'avarice des Avocats Romains.
29. Défenses du Pacte de quota litis.
30. L'Empereur Constance défendit aux Avocats deux sortes de concussions.
31. Défenses aux Avocats de se faire défrayer du voyage.
32. Et d'exiger des honoraires excessifs.
33. Que les Loix n'ont défendu que les pactions injustes, les exactions excessives, & les conventions sur les Procès.
34. Raison de cette défense.
35. Ce qui n'a pas du rapport au Procès, & n'en est pas une suite, est permis.

36. Ce qui n'est pas défendu, est permis.
37. C'est au demandeur, & à celui qui propose une exception, à la prouver.
38. Celui qui prétend que la Donation a été extorquée *malis artibus*, doit le prouver.
39. La qualité d'Avocat ne porte pas une présomption contre lui.
40. Il n'y a aucune incapacité dans la personne d'un Avocat ou Procureur.
41. La Donation faite à l'Avocat ou au Procureur, peut être un effet de l'amitié ou de la reconnoissance.
42. On ne doit pas présumer le crime.
43. Circonstances qui donnoient de l'autorité aux Avocats chez les Romains.
44. Malgré les avantages qu'ils avoient, on ne leur défendit pas d'accepter des Donations.
45. Il y a plus de raison en faveur des Avocats de ce tems.
46. Raisons particulieres.
47. Les Avocats n'ont pas un grand empire sur l'esprit de leurs Cliens.
48. Présomption en faveur des Avocats.
49. L'Ordonnance de 1539 ne peut pas être étendue aux Avocats.
50. Première raison.
51. Deuxième raison.
52. *In odiosis & correctoriis non fit extensio de casu ad casum.*
53. Troisième raison.
54. Raison pour autoriser les Donations faites à l'Avocat, dont on se sert depuis long-tems.
55. La Donation faite à l'Avocat est la récompense d'un travail inestimable.
56. Tout ce que les Princes & les Seigneurs donnent à leurs Avocats, ne peut égaler la récompense qu'ils méritent.
57. Réponse aux Loix qui parlent des Médecins.
58. La vie du malade est entre les mains du Médecin.
59. L'Avocat peut avec peine nuire à ses Parties.

60. *Les Juges relevent les raisons de Droit.*61. *Le désaveu ou la correction répare le mal que pourroit faire un Avocat.*62. *Témoignage de M. Talon, Avocat-Général, en faveur des Avocats.*

QUOIQUE plusieurs Auteurs, & de grand nom, aient traité & décidé cette question, nous ne laisserons pas de l'examiner, parce que nous avons à dire de nouvelles choses, qui nous paroissent dignes d'attention.

1. Partage des Auteurs sur cette question.

2. Diversité des Jugemens des Cours supérieures.

3. Auteurs qui ont tenu pour la nullité des Donations entre-vifs & testamentaires.

4. Première raison de cette opinion.

5. Deuxième raison.

6. Si les Loix prohibitives, parlant des Médecins, ont lieu contre les Avocats & les Procureurs.

7. Les Dispositions faites par les Cliens ne sont pas libres.

Il y auroit de l'embarras à prendre dans cette question, si l'on ne consultoit que les Auteurs; car ils se font si fort contrecarrés par leurs différens sentimens, & il y a même une si grande diversité dans les Jugemens des Cours supérieures, qu'il est difficile de découvrir dans leurs raisonnemens, & dans leurs réflexions, quel est l'avis le mieux fondé.

Certains Auteurs, & entr'autres *M. Maynard*, liv. 3, ch. 12; & *Charondas*, liv. 7, rép. 166, ont cru indistinctement que les dispositions entre-vifs & testamentaires, faites par les parties en faveur de leurs Avocats ou Procureurs, pendant le Procès, étoient nulles: les raisons de cette opinion sont, 1. que la loi *Quisquis* 6, §. 2, *cod. de postulando*, défend aux Avocats de contracter de quelque manière que ce soit avec leurs Parties; *Præterea*, dit cette loi, *nullum cum eo litigatore contractum, quem in propriam recipit fidem, ineat Advocatus, nullam conferat passionem*; ce qui a été étendu aux Procureurs & aux Solliciteurs, & encore aux dispositions testamentaires. 2. Que l'ordonnance de 1539, article 131, qui défend de donner & de disposer en faveur des tuteurs, curateurs, gardiens & autres administrateurs des personnes & biens des pupilles ou mineurs, & les loix qui excluent les Médecins de recevoir de leurs malades, doivent s'appliquer par identité de raison aux Avocats & aux Procureurs, qui n'ont pas moins d'ascendant sur l'esprit des plaideurs, auxquels ils prêtent leur ministère, que les tuteurs & curateurs n'en ont sur l'esprit de leurs adultes, ou les Médecins sur celui de leurs malades; qu'ainsi ces sortes de dispositions n'étant pas libres, à cause de l'impression de crainte & de la présomption de captation, elles sont radicalement

nulles ; & enfin ils alleguent plusieurs Arrêts qu'ils prétendent avoir ainsi jugé la question.

M. Expilli en ses Arrêts, ch. 220; Henris, tom. 2, liv. 4, quest. 55; Ricard, des donations, tom. 1, part. 1, N. 503, & seq. Basnage, sur l'article 434 de la coutume de Normandie; Claude de Ferrieres, sur l'article 276 de celle de Paris, gloss. premiere, N. 53, & suivans; & plusieurs autres, ont distingué les libéralités entre-vifs, qu'ils décident être nulles & reprobées, d'avec les dispositions testamentaires dont ils croient que les Avocats sont capables, sans pouvoir être recherchés.

Pour appuyer le premier membre de la distinction, on peut alléguer les Arrêts rapportés par *M. Larroche, liv. 6, tit. 40, article 17; & pour soutenir la validité des dispositions testamentaires, les Arrêts qui sont rapportés par Albert, verb. legat. article 4; Basset, tom. 1, liv. 5, tit. 1, chap. 18 & 19; Soefve, tom. 2, centur. 4, ch. 89; l'Auteur du Journal des Audiences, tom. 1, liv. 7, chap. 5; & Chorier dans sa Jurisprudence de Guipape, pag. 103: ces Auteurs, de même qu'*Henris, Ricard & Ferrieres*, ont pris soin d'expliquer les raisons pourquoi les Avocats sont capables de recevoir des dispositions testamentaires, même universelles, de la part de leurs cliens.*

Au contraire, le Président *Faber*, dans son code, *lib. 8, tit. 25, déf. 9; Brodeau, sur M. Louet, lettre C, somm. 8, N. 36; Bretonier sur Henris, au lieu déjà cité; Basset, l'Auteur des Additions sur Lapeyrere, lettre T, N. 172, & celui qui a fait des notes sur les observations de Maurice Bernard, liv. 4, ch. 12, N. 31, tiennent indistinctement que les Avocats peuvent valablement accepter des donations entre-vifs, même universelles, & des institutions d'héritier par testament de la part de leurs cliens, pendant qu'ils leur prêtent leur ministère, & les Auteurs des Additions sur Lapeyrere, & sur Maurice Bernard, rapportent divers Arrêts qui l'ont jugé de même.*

La raison décisive en faveur de cette opinion est, que toute sorte de personnes sont capables de recevoir des libéralités entre-vifs & testamentaires, n'y ayant que celles que la loi a déclarées incapables qui ne puissent pas en profiter. Or il n'y a ni loi ni

8. Auteurs qui ont distingué les Donations entre-vifs d'avec les testamentaires.

9. Raisons & autorités pour appuyer la distinction.

10. Auteurs qui tiennent indistinctement pour la validité des Donations.

11. Fondemens de cette opinion: toutes personnes sont capables de recevoir des libé

ralités, si la Loi ne les prohibe.

12. Il n'y a point de Loi ni d'Ordonnance qui défende les Donations aux Avocats ou Procureurs.

13. Raison particuliere en faveur des Procureurs.

14. Résolution pour la validité des Donations.

15. L'opinion contraire n'a aucun fondement dans le droit ni dans les Ordonnances.

16. La Loi 6. §. 2. *Cod. de postulando*, ne défend pas les Donations en faveur des Avocats.

17. Elle défend seulement les conventions qui regardent le Procès dont la défense leur est confiée.

ordonnance qui prononce l'incapacité contre les Avocats ni contre les Procureurs ; & les argumens qu'on prend de la défense faite aux tuteurs, curateurs, médecins, chirurgiens & empiriques, ne font rien contre les Avocats & les Procureurs ; & par conséquent il n'y a pas lieu de décider que les donations entre-vifs ou testamentaires, faites aux Avocats ou Procureurs, sont nulles.

Il y a même une raison particuliere en faveur des Procureurs, c'est que la loi 31, *ff. de Procuratoribus*, suppose qu'ils sont capables de recueillir le fruit des successions qui leur sont déferées par le testament de leurs cliens, comme la plupart des Auteurs que nous avons cités l'ont remarqué.

Le nombre & le crédit des Auteurs contraires à cette dernière opinion, ne sauroit nous empêcher de la soutenir, & de dire que ceux qui tiennent que les dispositions entre-vifs & testamentaires sont nulles, ou qui demeurent d'accord que les donations entre-vifs sont défendues sans distinction aux Avocats par le droit Romain, n'ont aucune raison solide, puisqu'ils ne se fondent proprement que sur une loi mal entendue ; car pour les autres argumens que l'on tire de l'ordonnance de 1539, & des loix faites contre les Médecins, & autres personnes qui prennent soin de la guérison des malades, ils sont trop éloignés, & il y a une trop grande disparité de raison pour les tirer à conséquence contre les Avocats & les Procureurs ; aussi voyons-nous que MM. *Expilli*, *Henrys*, *Ricard*, & les autres Auteurs n'en font aucun cas, & n'appuyent que sur la loi 6, §. 2, *cod. de postulando* ; ainsi toute la difficulté consiste à expliquer cette loi selon son véritable esprit.

Nous disons donc que cette loi ne défend pas toute sorte de contrats entre l'Avocat & le Plaigneur, ni les donations ; mais elle réproouve seulement les conventions qui regardent le Procès, comme le pacte *de quota litis* & autres, & les traités pour la fixation de l'honoraire des Avocats. Sans nous amuser à rapporter les Auteurs qui donnent cette explication à cette loi, parce que leur sentiment ne doit pas nous servir de guide, d'autant qu'ils pourroient être suspectés, comme parlant pour leur propre intérêt, nous en avons une preuve certaine &

indubitable dans l'extrait de cette loi, que l'on trouve dans les Basiliques données au public par Annibal Fabrot en 1647, avec sa version latine; voici de quelle maniere elles parlent au liv. 8, tit. 1, §. 16, tom. 1, pag. 393, *constitutio ait non licere Advocato, vel cum cliente suo contractum de lite, vel pactionem de mercede Advocatorum inire*; il est donc clair que la loi 6, §. 2, *cod. de postulando*, ne défend pas toute sorte de contrats entre la partie & son Avocat; mais elle défend seulement les contrats passés au sujet du Procès & les conventions touchant l'honoraire; & quand les termes des Basiliques ne seroient pas si précis, on auroit de la peine à comprendre que si, par exemple, un Avocat contractoit une société pour fait de commerce avec sa partie, on pût la regarder comme réprouvée & illicite, à cause de la seule qualité des parties.

Mais à supposer pour un moment que la loi prohibât toute sorte de contrats entre l'Avocat & sa partie, comme les donations sont distinguées des contrats, suivant la loi 14, *ff. de precario*, & qu'elles ne sont mises dans le rang des contrats qu'imparfaitement, & à cause qu'elles doivent être revêtues du consentement réciproque du donateur & du donataire, comme nous l'avons expliqué ailleurs, il n'y a nulle apparence que la défense de contracter pût s'appliquer aux donations.

Quoique ces réflexions paroissent décisives, nous n'en demeurerons pas-là, & nous prendrons, selon notre méthode, la chose de son origine; car c'est à notre avis l'unique moyen pour distinguer les bonnes d'avec les mauvaises décisions.

La loi *Cincia* portée par M. Cincius, Tribun du peuple, sous le consulat de M. Cornelius Cethegus, & de P. Sempronius Tuditanus; c'est-à-dire, l'an 550 de la fondation de Rome, & 204 ans avant l'Ere Chrétienne, en défendant à ceux qui aspireroient aux charges de faire des présens pour gagner les suffrages, défendit à même-tems aux Avocats de rien exiger de ceux auxquels ils prêteroient leur ministère, comme nous l'apprenons de *Zafius* dans son traité, qui a pour titre: *Catalogus legum antiquarum*, & d'*Antonius Augustinus*, de *legibus*.

Les mêmes Auteurs nous enseignent encore, après *Phistorien Tacite*, que la défense de la loi *Cincia*,

18. Preuves tirées des Basiliques.

19. La société contractée entre un Avocat & son Client pour fait de Commerce, seroit bonne.

20. Les Donations sont distinguées des Contrats.

21. La défense de contracter ne doit pas s'étendre aux Donations.

22. Disposition de la Loi *Cincia muneratilis*.

23. Renouvellement de la Loi *Cincia* par la Loi *Titia*.

24. Tentative des Sénateurs Romains pour faire revivre la Loi Titia, qu'un usage contraire avoit abrogée. qui sans doute, *in desuetudinem abierat*, fut renouvelée par la loi Titia; mais ayant eu le même sort que la loi Cincia, & les Avocats de Rome y ayant contrevenu avec excès; cela donna lieu aux Sénateurs de demander à l'Empereur Claude le renouvellement de la défense portée par la loi Titia; &

25. Fixation de l'honoraire des Avocats, faite par l'Empereur Claude. après plusieurs altercations, l'Empereur se contenta de fixer l'honoraire des Avocats *ad dena sextercia*, avec défenses d'en exiger au-delà, à peine de concussion: ces *dena sextercia* revenoient à cent écus

26. Disposition de la Loi sur le même sujet. d'or, selon Ulpien, dans la loi 1 §. 12, ff. de *extraordin. cognit. licita autem quantitas intelligitur pro singulis causis ad centum aureos*, dit cette loi.

27. Arrêt du Sénat, qui ordonnoit aux Plaideurs de jurer qu'ils n'avoient rien promis ni donné à leur Avocat. Cependant le Sénat Romain rendit un Arrêt, dont fait mention Pline le Jeune dans sa lettre à Rufus, qui est la dernière du cinquième livre, par lequel Arrêt il fut ordonné que les Plaideurs seroient tenus de jurer qu'ils n'avoient rien donné ni promis à leurs Avocats pour la défense de leur cause, *omnes quidquid negotii haberent jurare prius quam agerent jubeantur nihil se ob Advocationem cuiquam dedisse, promississe, cavisse*; mais le même Prince ajoute,

peractis tamen negotiis promittebantur pecuniam dumtaxat decem millium dare.

28. Loi de l'Empereur Constantin, pour réprimer l'avarice des Avocats Romains.

Dans la suite, les Avocats de Rome ayant abusé de l'autorité que leur profession leur donnoit dans le public, l'Empereur Constantin le Grand porta une loi l'an 320, qui est rapportée dans le code Théodosien, au titre de *postulando*, & qui n'a pas été inférée dans le code de Justinien, par laquelle il fut ordonné que les Avocats, qui pour la défense des causes des Plaideurs, les engageroient *consceleratis depectionibus*, à leur promettre ce qu'ils auroient de plus précieux en fonds de terre, en bestiaux, ou en esclaves, seroient chassés du Barreau: le même Empereur ordonna la même chose par une loi portée cinq années après contre ceux qui feroient des pactes de *quota litis*; elle est la cinquième au code de Justinien, dans le titre de *postulando*.

29. Défenses du pacte de *quota litis*.

30. L'Empereur Constance défendit aux Avocats deux sortes de concussions.

L'Empereur Constance porta aussi une loi en 344; qui est la deuxième au code Théodosien de *concessionibus Advocatorum*. & qui est inférée au code de Justinien avec quelque altération, au titre de *lucris Advocatorum*, lib. 12, pour défendre deux sortes d'exac-

tions

tions qui étoient commises par les Officiers & par les Avocats ; la première, en ce qu'ils obligeoient leurs cliens à leur fournir gratuitement les alimens pour eux & pour leurs animaux en voyage ; & la deuxième, en ce qu'ils exigeoient des payemens trop forts de leurs honoraires, comme l'explique le Docteur Jacques Godefroy sur la loi 2, *cod. Theod. de concuss. Advocator. sive apparitorum.*

On voit par le détail que nous venons de faire, que les loix n'ont défendu que les pactions injustes extorquées par les Avocats de leurs cliens, pour leur prêter leur ministère ; les exactions pour ce qui excède leur légitime honoraire ; les conventions touchant le Procès, dont la défense leur étoit confiée, pour la fixation de l'honoraire, & le pacte de *quota litis*, parce que tout cela a un rapport nécessaire avec le Procès ; mais tout ce qu'on ne prouve pas y avoir du rapport, & en être une suite ou un effet, est permis par la loi, & ne peut pas être regardé comme illicite & réprouvé, suivant le raisonnement du Président Faber, *nulla lege id prohibitum est, ergo habendum est pro permisso* ; ainsi les donations qu'on ne justifiera pas avoir été extorquées, *consecratis depectionibus*, aux termes de la loi 1, *cod. Theod. de postulando*, sont valables & hors d'atteinte ; & comme, selon les regles, c'est au demandeur & à celui qui propose une exception à prouver sa demande ou son exception, ce sera à celui qui prétend que la donation a été extorquée illicitement à rapporter la preuve de son fait ; parce que la simple qualité d'Avocat ou de Procureur, ne suffit pas pour le faire présumer, qu'il n'y a aucune incapacité dans leur personne, comme nous l'avons établi, & leur autorité sur l'esprit de leurs cliens, n'est pas assez considérable pour qu'il n'y ait autant ou plus de raison de croire que la donation est un effet de l'amitié ou de la reconnaissance, qu'il n'y en a de croire qu'elle est l'effet de l'impression, de la crainte ou de la captation ; & cela suffit pour qu'on doive prendre la chose du bon côté, & ne pas présumer un crime dont on ne doit soupçonner personne sans de bons garans, puisque les loix en exigent une preuve exacte.

Les Avocats chez les Romains avoient sans doute beaucoup d'autorité, non-seulement sur l'esprit de

31. Défenses aux Avocats de se faire défrayer en voyage.

32. Et d'exiger des honoraires excessifs.

33. Que les Loix n'ont défendu que les pactions injustes, les exactions excessives & les conventions sur le Procès.

34. Raison de cette défense.

35. Ce qui n'a pas du rapport au Procès, & n'en est pas une suite, est permis.

36. Ce qui n'est pas défendu est permis.

37. C'est au demandeur, & à celui qui propose une exception, à la prouver.

38. Celui qui prétend que la Donation a été extorquée *malis artibus*, doit le prouver.

39. La qualité d'Avocat ne porte pas une présomption de droit contre lui.

40. Il n'y a aucune incapacité dans la personne d'un Avocat ou Procureur.

41. La Donation faite à

- Avocat** ou au Procureur, peut être un effet de l'amitié ou de la reconnoissance. On ne doit pas présumer le crime.
42. Circonstances qui donnoient de l'autorité aux Avocats chez les Romains.
43. Malgré les avantages qu'ils avoient, on ne leur défendit pas d'accepter des Donations.
44. Il y a plus de raison en faveur des Avocats de ce tems.
45. Raifons particulieres.
46. Les Avocats n'ont pas un grand crédit auprès de leurs Cliens.
47. Présomption en faveur des Avocats.
48. L'Ordonnance de 1539 ne peut pas être étendue aux Avocats.
49. Première raison.
50. Deuxième raison.
- leurs cliens, mais encore sur celui du peuple; car ceux qui étoient les premiers parmi les Romains, se livroient à cet emploi, & c'étoit par-là qu'ils commençoient à courir après la fortune; ils pouvoient même se rendre formidables, à cause des accusations, lesquelles étant publiques, comme tout le monde fait, l'honneur, les biens, & la vie des particuliers étoient, pour ainsi dire, entre les mains des Avocats; cependant, malgré ces avantages, dont on ne craignit pas qu'ils abusassent, on ne leur défendit que les traités au sujet des Procès, & les conventions touchant leurs honoraires, & non les autres contrats; à plus forte raison y a-t-il lieu d'en dire de même des Avocats de notre tems, puisqu'ils n'ont d'autre ambition que de faire leur profession avec honneur, & qu'ils n'ont aucune des qualités propres à inspirer de la crainte: encore moins le peuvent-ils par les accusations dont la maniere de les intenter, de les défendre, & de les poursuivre, a tout-à-fait changé; & si l'on ne s'arrête pas à une simple spéculation, & qu'on veuille consulter ce que l'expérience nous enseigne, on s'apercevra facilement que le crédit & l'autorité des Avocats sur l'esprit de leurs cliens, n'a rien d'impérieux, & ne peut jamais conduire à faire présumer contre les donations faites en leur faveur; personne n'est obligé de s'adresser à un Avocat plutôt qu'à un autre, & on est libre d'en changer quand on veut: preuve évidente de leur peu d'empire sur l'esprit des Plaigneurs; & d'ailleurs seroit-il possible que les Avocats, qui se livrent volontiers à la discrétion de leurs Parties pour le paiement de leur honoraire, fussent capables d'abuser de leur autorité (s'ils en avoient) pour envahir les biens de leurs Parties par des donations extorquées par de mauvaises voies?
- Nous avons dit ci-dessus en passant, que l'ordonnance de 1539, qui déclare nulles les dispositions entre-vifs ou testamentaires, faites au profit des tuteurs, curateurs, gardiens, baillistes & autres administrateurs par leurs mineurs, ne pouvoient pas être opposées aux Avocats, ni aux Procureurs; en voici les raisons: premièrement, l'incapacité prononcée par l'ordonnance ne parle que des tuteurs, curateurs, &c. & nullement des Avocats & Procureurs. 2°. Elle est contre le droit Romain, qui

avoit déclaré les tuteurs & curateurs capables de recevoir des libéralités de leurs mineurs ; L. 28 , §. 10 , ff. de liber. legat. elle doit donc être resserrée dans son cas , & ne doit lier que les personnes dont elle parle , soit parce qu'elle est en quelque façon pénale , soit parce qu'elle est contraire au droit Romain , suivant la maxime , *in odiosis & correctoriis juris non fit extensio de casu ad casum*. 3°. Il y a même disparité de raison ; car il est aisé de comprendre que le motif de l'ordonnance a été d'empêcher que les tuteurs , curateurs , & autres administrateurs qui possèdent , pour ainsi dire , les personnes & les biens des pupilles ou mineurs , n'abusent de l'ascendant qu'ils ont sur leur esprit , & qu'ils se font acquis par une longue fréquentation , par des ménagemens à flatter leurs inclinations & leurs passions , & par des complaisances , qui sont d'autant plus séduisantes , que les mineurs n'ont pas la maturité de jugement nécessaire pour connoître le danger , & se garantir du piège ; ce qui ne convient nullement aux Avocats ni aux Procureurs.

Que si la donation étoit faite à un Avocat , du ministère duquel le donateur se fût servi pendant plusieurs années , & dans divers Procès , comme il est souvent arrivé ; en sorte qu'on pût le regarder comme l'homme de confiance du donateur , & fort accrédité dans son esprit , il est facile de comprendre que ce n'est que par sa droiture & par sa probité , qu'il peut y avoir acquis le crédit & la confiance de sa Partie ; raison qui empêche de présumer qu'il ait extorqué la donation par des mauvaises voies , & qui convainc au contraire qu'elle n'est qu'un effet de la reconnoissance du donateur , & la récompense d'un travail inestimable , ou , comme dit la loi 27 , ff. de donat. *non meram donationem esse , verum officium quadam mercede remuneratum* : aussi nos livres sont-ils pleins d'Arrêts , qui ont confirmé même des institutions universelles. Nous pouvons ajouter ici un trait rapporté dans la bibliothèque de Bouchel , verb. Avocats , tom. 1 , pag. 92 ; que M. le Premier Président , en une cause célèbre , après avoir prononcé l'Arrêt , dit , comme en ayant charge de la Cour : *Que tout ce que les Princes & Seigneurs donnoient à leurs Avocats , ne pouvoit pas égaler la moi-*

52. *In odiosis & correctoriis juris , non fit extensio de casu ad casum.*

53. Troisième raison.

54. Raison pour autoriser la Donation faite à l'Avocat , dont on se sert depuis longtemps.

55. La Donation faite à l'Avocat est la récompense d'un travail inestimable.

56. Tout ce que les Princes & les Seigneurs

Donnent à leurs Avocats, ne peut égaler la récompense qu'ils méritent.

57. Réponse aux Loix qui parlent des Médecins.

58. La vie du malade est entre les mains du Médecin.

59. L'Avocat peut avec peine nuire à ses Parties.

60. Les Juges relevent les raisons de droit.

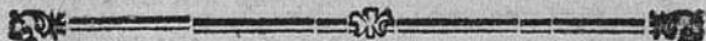
61. Le déaveu ou la correction repare le mal que pourroit faire un Avocat.

62. Témoignage de M. Talon, Avocat-Général, en faveur des Avocats.

dre partie de la récompense que leur soin, leur diligence, & leur savoir méritoit.

A l'égard des loix qui défendent aux Médecins d'accepter des donations de leurs malades, on peut y donner à-peu-près les mêmes réponses, & particulièrement la disparité de raison; car la vie, qui est la chose du monde la plus précieuse, est en la main du Médecin; au lieu que l'Avocat n'a pas même le pouvoir de nuire à une Partie qui a quelque vigilance; puisque, s'il étoit possible que l'Avocat, de dessein prémédité, défendît mal sa Partie, les Juges peuvent d'office, & par leurs lumières supérieures; relever les raisons de droit, & d'ailleurs la correction ou le désaveu remédieroient à tous les inconvéniens qui pourroient venir de la mauvaïse volonté d'un Avocat, & saperoient les fondemens de la prétendue autorité que les personnes qui ne connoissent les choses que par spéculation, attribuent aux Avocats sur l'esprit de leurs cliens.

Nous finirons en empruntant les paroles de M. l'Avocat-Général Talon, rapportées au *Journal des Audiences*, tom. 1, liv. 7, ch. 5: *la pureté du ministère des Avocats est détachée des mauvaises impressions qui ont mis les Médecins, Chirurgiens, & autres dans la prohibition.*



QUESTION XXXIII.

1. Si la prohibition portée par l'Article CXXXI de l'Ordonnance de 1539, a lieu contre l'héritier du tuteur, qui est décédé sans avoir rendu compte à son ancien pupille.

S O M M A I R E S.

1. *Les Arrêts des Cours supérieures ont fort étendu la prohibition portée par l'Article CXXXI de l'Ordonnance de 1539.*
2. *On a passé par-dessus la maxime in odiosis & correctoriis juris, non fit extensio de casu ad causam.*

3. Si la prohibition regarde les enfans du tuteur pendant sa vie, comme des personnes interposées.
4. Si la présomption est juris & de jure.
5. Si la prohibition regarde les enfans du tuteur après sa mort.
6. Auteurs qui tiennent pour l'affirmative.
7. Auteurs qui tiennent pour la négative.
8. Le tuteur étoit capable de recevoir des libéralités de son adulte, suivant le Droit Romain.
9. La tutelle prend fin par la mort du tuteur.
10. En France, les tutelles sont datives.
11. Le fils, héritier du pere, n'a pas la même autorité que son auteur.
12. La libéralité est présumée faite volontairement.
13. Opinion de M. Cujas, que l'Ordonnance de 1539 ne doit pas être étendue aux enfans du tuteur qui sont émancipés.
14. Résolution pour la négative.
15. Disposition de l'Article CXXXI de l'Ordonnance de 1539.
16. Disposition de la Déclaration de 1549.
17. Conditions requises, afin que la prohibition de ces Ordonnances ait lieu.
18. Première condition.
19. Deuxième condition.
20. Troisième condition.
21. Quatrième condition.
22. Cinquième condition.
23. Si quelqu'une de ces conditions manque, la nullité cesse.
24. Toute administration publique prend fin par la mort.
25. Elle ne passe pas aux héritiers.
26. Le fils du tuteur n'est pas tuteur.
27. Que les enfans du tuteur, après sa mort, ne sont pas considérés comme des personnes interposées.
28. Les Ordonnances ne déclarent nulles que les Donations qui tournent à l'utilité du tuteur.
29. Le tuteur, après sa mort, ne peut pas pro-

278 QUESTION XXXIII:

- fiter de la Donation faite à son fils.*
30. *Les motifs de la prohibition cessent à l'égard des enfans , après la mort du tuteur.*
 31. *Quels sont ces motifs , suivant les Auteurs ?*
Premier motif.
 32. *Deuxieme motif.*
 33. *Le consentement doit être la base & le fondement de tous les Contrats.*
 34. *Que l'autorité est le seul vrai motif des Ordonnances.*
 35. *Ces deux motifs joints ou séparés , ne peuvent pas convenir aux enfans du tuteur décédé.*
 36. *Le mineur devient une personne libre par la mort de son tuteur.*
 37. *Invito curator non datur.*
 38. *Les enfans du tuteur décédé n'ont aucune autorité sur le mineur.*
 39. *La présomption de captation & du défaut de liberté , cesse.*
 40. *Dans quel cas est-il permis d'étendre les Loix d'un cas à l'autre.*
 41. *Raisons de l'opinion contraire.*
 42. *Si la tutelle est censée durer après la mort du tuteur.*
 43. *Si l'héritier du tuteur est tenu d'achever ce que le tuteur a commencé.*
 44. *Si l'héritier du tuteur doit poursuivre les Appels relevés par le tuteur.*
 45. *L'administration ne cesse pas par la mort du tuteur.*
 46. *Premiere réponse.*
 47. *Qu'est-ce que produit l'incapacité du tuteur ?*
 48. *Deuxieme réponse.*
 49. *L'adulte peut continuer lui-même ce qui a été commencé par son tuteur.*
 50. *Troisieme réponse.*
 51. *Quatrieme réponse.*
 52. *Véritable cas de la Loi un. Cod. ut causa pubert. adsit tutor.*
 53. *Cinquieme réponse.*
 54. *Réponse à la raison tirée de ce que le tuteur*

peut avoir capté pendant sa vie l'esprit de son mineur.

La prohibition faite par l'article CXXXI de l'Ordonnance de 1539, aux tuteurs, curateurs, & autres administrateurs, de recevoir des libéralités par contrat ou testament de la part des adultes, a été si favorablement accueillie par les Cours supérieures du Royaume, qu'on ne voit guere de loi à laquelle on ait donné tant d'extension, & dont on ait fait l'application à tant de cas différens; en quoi l'on a passé par-dessus la maxime, *in odiosis, & correctoriis juris, non fit extensio de casu ad casum.*

Nous n'examinerons pas si toutes ces extensions sont justes ou non; nous nous proposons seulement de discuter la prohibition qui s'applique aux enfans du tuteur pendant sa vie, comme des personnes interposées, présumées telles à cause de leur qualité, par une présomption *juris & de jure*; comme l'enseignent Dumoulin & Theveneau sur l'article CXXXI de l'Ordonnance de 1539, a lieu contre les enfans du tuteur après sa mort, lorsqu'il n'a pas rendu compte de son administration.

Les Auteurs ne sont pas d'accord sur cette question; les uns tiennent pour l'affirmative: Me. Claude Henris, qui a embrassé cette opinion au tom. 1, liv. 5, quest. 39, a pris soin de rapporter toutes les raisons & les autorités pour l'appuyer; & Claude Ferrieres, sur l'article 276 de la coutume de Paris, Glos. 1, N. 21, est de même avis.

Au contraire, Charondas dans ses observations, verb. donation; & Ricard, des donations, tom. 1, part. 1, N. 474, soutiennent que l'incapacité du fils du tuteur, cesse dès aussi-tôt que le tuteur est décédé; le même Henris, dans ses Œuvres posthumes, quest. 11, tom. 2, pag. 858, rapporte les principales raisons de cet avis; il observe entr'autres choses, que suivant le droit Romain, le tuteur étoit capable de recevoir des libéralités de la part de son pupille devenu adulte; que la tutelle prenant fin par la mort du tuteur, & son héritier ne pouvant pas y succéder, parce qu'en France les tutelles sont datives, le fils héritier n'a pas la même autorité que son pere avoit, comme tuteur; qu'ainsi la libéralité est présumée avoir été faite volontairement & librement; que *in odiosis*

1. Les Arrêts des Cours supérieures ont fort étendu la prohibition portée par l'Article CXXXI. de l'Ordonnance de 1539.

2. On a passé par-dessus la maxime *in odiosis & correctoriis juris, non fit extensio de casu ad casum.*

3. Si la prohibition regarde les enfans du tuteur pendant sa vie, comme des personnes interposées.

4. Si la présomption est *juris & de jure.*

5. Si la prohibition regarde les enfans du tuteur après sa mort.

6. Auteurs qui tiennent pour l'affirmative.

7. Auteurs qui tiennent pour la négative.

8. Le tuteur étoit capable de recevoir des libéralités de son adulte, suivant le Droit Romain.

9. La tutelle prend fin après la mort du tuteur.

10. En France les tutelles sont datives.

11. Le fils, héritier du pere, n'a pas la même autorité que son Auteur.

12. La libéralité est présumée faite volontairement.

13. Opinion de M. Cujas que l'Ordonnance de 1539 ne doit pas être étendue aux enfans du tuteur qui sont émancipés.

14. Résolution pour la négative.

15. Disposition de l'Article CXXXI de l'Ordonnance de 1539.

16. Disposition de la Déclaration de 1549.

17. Conditions requises, afin que la prohibition de ces Ordonnances ait lieu.

18. Première condition.

19. Deuxième condition.

20. Troisième condition.

21. Quatrième condition.

22. Cinquième condition.

& correctoris juris, non sit extensio de casu ad casum; qu'enfin, selon M. Cujas, dans sa consult. 41, l'Ordonnance dont nous parlons doit être refferrée dans son cas, & ne doit pas être étendue aux enfans du tuteur, quand ils sont émancipés; à plus forte raison doit-on moins l'étendre aux enfans du tuteur après sa mort, que sa puissance cesse.

Nous n'hésiterons point de nous ranger à cette opinion, non-seulement par les raisons que nous venons de dire, mais encore par plusieurs autres qui peuvent être prises de l'esprit des ordonnances mêmes.

L'article CXXXI de l'ordonnance de 1539, porte: *Nous déclarons toutes dispositions d'entre-vifs ou testamentaires, qui seront ci-après faites par les donateurs ou testateurs au profit & utilité de leurs tuteurs, curateurs, gardiens, baillistes, & autres administrateurs, être nulles, & de nul effet & valeur.*

La déclaration du mois de Février 1549, après avoir rappelé les propres termes de l'ordonnance de 1539, & borné la nullité par elle prononcée aux dispositions faites pendant l'administration, déclare aussi nulles celles qui frauduleusement seront faites durant le tems de ladite administration, à personnes interposées, venant directement ou indirectement au profit des susdits tuteurs, curateurs, gardiens, baillistes & administrateurs.

Aux termes de ces ordonnances, & selon l'explication des Auteurs, il faut que plusieurs circonstances concourent, afin que la nullité ait lieu. La première, que la donation entre-vifs ou testamentaire ait été faite en faveur du tuteur, curateur ou autre administrateur. La deuxième, que le tuteur ou autre administrateur ait le donateur en sa puissance. La troisième, qu'il tienne cette puissance de l'autorité publique; car selon l'explication de Dumoulin, qui a été reçue par tous les Auteurs, l'incapacité ne regarde que les administrateurs qui ont une espece d'empire, & qui ne sont pas révoqués, & non pas ceux qui peuvent être révoqués & destitués à la volonté de celui qui les a préposés. La quatrième, que la disposition ait été faite pendant l'administration des tuteurs & autres personnes désignées. La cinquième, que si la disposition n'est pas faite directement au tuteur ou administrateur, elle soit faite en fraude de la loi à une personne interposée, par

le moyen de laquelle le profit de la libéralité vient droit au tuteur ou administrateur; que si quelque-une de ces circonstances manque, la nullité cesse, parce que les ordonnances ne reçoivent pas une juste application.

Or étant certain que la tutelle, & toute administration publique prend fin par la mort, & ne passe pas aux héritiers du tuteur ou administrateur; L. 16, §. 1, ff. de tutel. L. 4, ff. de tutel. & rationib. distrahend. L. 18, §. 1, ff. de munerib. & honorib. & §. 3, instit. quib. mod. tutel. finitur, le fils héritier du tuteur n'est point tuteur, & par conséquent il n'a point la qualité qui le rend incapable de la libéralité, suivant les ordonnances.

Que si on le considère par rapport au second chef de la prohibition; c'est-à-dire, en ce que les enfans sont regardés comme des personnes interposées, la prohibition portée par la déclaration de 1549, ne peut pas s'appliquer aux enfans du tuteur, après la mort de celui-ci, parce que cette déclaration ne prononce la nullité que des donations entre-vifs ou testamentaires, qui tournent directement ou indirectement au profit du tuteur ou administrateur; ce qui est impossible, lorsqu'il est mort, parce qu'il ne peut plus profiter de la libéralité, & que son décès résoud la cause qui pouvoit faire considérer les enfans comme des personnes interposées.

D'autre part, il est évident que les motifs de la prohibition & de l'incapacité du tuteur ou autre administrateur, cessent à l'égard des enfans après la mort du tuteur ou administrateur. En effet, les Auteurs ont attribué deux motifs aux ordonnances. Le premier, selon M. Bourdin, sur l'article CXXXI de l'ordonnance de 1539, & Charondas, sur l'article 276 de la coutume de Paris, est parce que le tuteur ne peut pas autoriser le pupille ou le mineur disposant en sa faveur. Le deuxième, est le pouvoir & l'autorité que les tuteurs & administrateurs ont sur la personne de leurs mineurs, qui doit faire considérer comme captées & extorquées toutes les dispositions faites en faveur de ceux qui ont un certain empire, en conséquence de leur ministère & de leurs fonctions; en sorte qu'on présume que la liberté, qui doit être la base & le fondement de tous les contrats & de toute sorte de dispositions, manque dans cette oc-

23. Si quelque-une de ces conditions manque, la nullité cesse.

24. Toute administration publique prend fin par la mort.

25. Elle ne passe pas aux héritiers.

26. Le fils du tuteur n'est pas tuteur.

27. Que les enfans du tuteur, après sa mort, ne sont pas considérés comme des personnes interposées.

28. Les Ordonnances ne déclarent nulles que les Donations qui tournent à l'utilité du tuteur.

29. Le tuteur, après sa mort, ne peut pas profiter de la Donation faite à son fils.

30. Les motifs de la prohibition cessent à l'égard des enfans, après la mort du tuteur.

31. Quels sont ces motifs, suivant les Auteurs. Premier motif.

32. Deuxième motif.

33. Le consentement doit être la base & le fondement

de tous les contrats.

34. Que l'autorité est le seul vrai motif des Ordonnances.

35. Ces deux motifs joints ou séparés, ne peuvent pas convenir aux enfans du tuteur décédé.

36. Le mineur devient une personne libre par la mort de son tuteur.

37. *Invito curator non datur.*

38. Les enfans du tuteur décédé, n'ont aucune autorité sur le mineur.

39. La présomption de captation & du défaut de liberté, cesse.

40. Dans quel cas est-il permis d'étendre les Loix d'un cas à l'autre?

caison; c'est même, à notre avis, le seul vrai motif de l'ordonnance, & la raison qui a fait introduire l'incapacité des tuteurs, & autres administrateurs, comme l'a fort bien remarqué *Ricard dans son traité des donations*, tom. 1, partie 1, chap. 3, sect. 9.

Que l'on joigne ou qu'on sépare ces deux motifs, on s'apercevra qu'ils ne s'appliquent point aux enfans du tuteur ou administrateur; car, à commencer par le premier, la tutelle & l'administration publique finissant par la mort de l'administrateur, comme nous l'avons prouvé, le mineur devient personne libre, sur-tout dans le pays gouverné par le droit écrit, où l'on observe la maxime *invito curator non datur*; & dans les pays de coutume, où la tutelle dure après la puberté, le mineur peut se faire pourvoir d'un autre tuteur ou administrateur, par l'autorité duquel il peut valablement disposer en faveur des enfans de son ancien tuteur; & dans ce cas, on ne peut pas dire que le donataire ou légataire ne peut pas autoriser le donateur ou testateur.

La même raison, prise de ce que la mort fait finir la tutelle & l'administration publique, fait voir que le deuxième motif ne peut pas non-plus s'appliquer aux enfans de l'ancien tuteur ou administrateur; parce que la mort résoud l'autorité, la puissance, le ministère & les fonctions; & par conséquent elle fait cesser la présomption de captation, & de défaut de liberté, & les enfans du tuteur ou administrateur deviennent par-là de même condition que les autres personnes du commun, qui sont capables de recueillir les libéralités, soit par acte entre-vifs, soit par testament; & puisqu'on ne peut pas appliquer les paroles de la loi, ni ses motifs aux enfans du tuteur ou administrateur, il y auroit de l'injustice de faire tomber sur eux une prohibition qui ne les regarde point directement ni indirectement; car s'il est permis dans quelque cas, selon le sentiment des Auteurs, d'étendre d'un cas à l'autre, ou d'une personne à une autre, les loix correctives ou pénales, ce n'est que quand la raison fondamentale & décisive s'y applique avec autant ou plus de force; mais on n'a jamais souffert de pareilles extensions quand les paroles ni les motifs de la loi ne peuvent pas recevoir une juste application.

Afin de ne laisser aucun doute sur cette question, nous répondrons aux raisons qui ont déterminé *Henris & Ferrieres* à décider contre les enfans du tuteur décédé; ces Auteurs disent qu'encore que la tutelle finisse par la mort du tuteur, elle est néanmoins censée continuer en la personne du fils & héritier du défunt; ce qu'ils appuyent sur la loi 1, ff. de fidejuss. & hered. tutor. & la loi 21, §. 2, ff. de neg. gestis, qui décident que si l'héritier du tuteur est majeur, il doit achever ce que le tuteur avoit commencé; que suivant la loi Tutor 27, ff. de appellat. l'héritier du tuteur qui n'a pas rendu compte, doit poursuivre les appels interjetés par le tuteur pendant sa vie, & que, suivant la loi un. cod. ut causæ post pubertat. adfit tutor. l'administration ne cesse pas par la mort du tuteur; voilà pourquoi si l'héritier du tuteur n'a pas le mineur sous sa puissance, du moins l'a-t-il sous sa charge, & par conséquent on peut dire que la même autorité subsistant, la même crainte qui a servi de motif aux ordonnances, subsiste.

Nos réponses sont, 1°. que ce n'est ni la tutelle, comme puissance publique, ni l'administration de la tutelle, qui est ce qui produit l'incapacité dans la personne du tuteur, qui se continue sur la tête de l'héritier du tuteur; mais la loi lui impose seulement la nécessité, lorsqu'il est majeur de vingt-cinq ans, & mâle, & non autrement, de parachever ce que le tuteur a commencé, & qu'il n'a pu finir, *morte præventus*; ce n'est même qu'à raison de la connexité, & pour que la chose ne demeure pas imparfaite.

2°. Ce n'est qu'un avantage que la loi a voulu procurer au pupille, afin que les choses commencées par le tuteur ne demeurent pas imparfaites par son décès; avantage dont le pupille devenu adulte a la liberté de se départir, & il peut sans difficulté continuer lui-même ce qui avoit été commencé par son tuteur, & exclure par-là les héritiers du tuteur, comme l'a fort bien remarqué *Charondas*, liv. 12, rép. 62; d'où il s'ensuit que cette continuation, dont la nécessité est imposée aux héritiers du tuteur, qui ne peut regarder que très-peu de chose, n'est pas une administration capable de produire l'exclusion des libéralités, parce que, comme nous l'avons dit ci-

41. Raisons de l'opinion contraire.

42. Si la tutelle est censée durer après la mort du tuteur.

43. Si l'héritier du tuteur est tenu d'achever ce que le tuteur a commencé.

44. Si l'héritier du tuteur doit poursuivre les Appels relevés par le tuteur.

45. L'administration ne cesse pas par la mort du tuteur.

46. Première réponse.

47. Qu'est-ce que produit l'incapacité du tuteur?

48. Deuxième réponse.

49. L'adulte peut continuer lui-même ce qui a été commencé par son tuteur.

dessus, il faut qu'elle soit publique & générale, & qu'il ne dépende pas du mineur de l'empêcher, comme le décident *Dumoulin, Ricard, & les autres Auteurs.*

50. Troisième réponse.

3°. Ce n'est pas précisément l'administration des biens qui produit l'incapacité, mais bien l'autorité & la puissance que la charge publique attribue, & l'ascendant qu'un tuteur ou administrateur s'est acquis sur l'esprit d'un mineur, qui fait présumer qu'il n'y a point de liberté dans les dispositions du mineur, à laquelle autorité l'héritier du tuteur ne succède point, non-plus qu'à l'ascendant que le tuteur a pu acquérir sur l'esprit du mineur, par ses engagements & par sa condescendance; & par conséquent la raison décisive & fondamentale manque.

51. Quatrième réponse.

52. Véritable cas de la Loi un. Cod. ut *causæ post pubert. ad sit tutor.*

4°. A l'égard de la loi *un. cod. ut causæ post pubert. ad sit tutor.* qui décide que le péril de l'administration du tuteur dure après la puberté du pupille, jusques à ce que le tuteur lui ait fait donner un curateur, elle est étrangère; soit parce qu'elle n'est pas dans le cas de la mort du tuteur, & qu'elle ne donne pas aux héritiers dont elle ne parle point, une puissance publique, telle qui est nécessaire pour produire l'incapacité; soit parce qu'elle a été corrigée par le §. 2, *instit. de curator.* qui dit *inviti adolescentes curatores non accipiunt*, ou que du moins elle ne peut regarder que les mineurs, qui à cause de la foiblesse de leur esprit ont besoin de curateur, & non pas ceux qui ne se trouvent pas dans cet état, à moins qu'on ne veuille borner sa décision à la nécessité qu'elle impose au tuteur, dont la charge a pris fin par la puberté du pupille, de continuer la poursuite d'une instance d'appel, jusques à ce qu'il ait fait donner à l'adulte un curateur *ad lites*; ce qui, à notre avis, est la véritable espèce de cette loi.

53. Cinquième réponse.

5°. Puisqu'Henris demeure d'accord que le fils du tuteur n'a aucune puissance sur le mineur, il importe peu de savoir s'il a une charge, & l'administration de ce qui reste à achever; parce que ce n'est qu'à raison de la puissance, que le tuteur est incapable de profiter des dispositions de son mineur, jusques à ce que cette puissance ait pris fin par la mort du tuteur, ou par la clôture du compte, lorsque le tuteur vit.

Du reste, nous ne croyons pas qu'on puisse faire

fonds sur ce que dit Ferrieres, que le tuteur pou-
voit avoir surpris l'esprit de son mineur long-tems
auparavant, pour disposer de ses biens au profit de
ses enfans, & que le testament n'a été fait en leur
faveur que par ce moyen; car outre que ce fait est
trop éloigné pour pouvoir être présumé sans preu-
ve, & que quand il seroit vrai que le tuteur eût
capté pendant sa vie l'esprit de son mineur, la mort
auroit mis le mineur en pleine liberté.

D'ailleurs, si cette présomption étoit reçue, il ne
seroit jamais permis au mineur de disposer de ses
biens en faveur du tuteur ou de ses enfans, même
après la reddition du compte & le paiement du reli-
qua; ce qui seroit ridicule & contraire à l'esprit
des Ordonnances; car on pourroit toujours dire que
le tuteur pouvoit avoir surpris l'esprit de son mineur
long-tems auparavant, pour l'engager à disposer en
sa faveur, ou de ses enfans, quand la tutelle ou
l'administration auroit pris fin.

54. Réponse
à la raison tirée
de ce que le
tuteur peut a-
voir capté pen-
dant sa vie l'es-
prit de son mi-
neur.

QUESTION XXXIV.

- I. Si les Donations entre-vifs, & les disposi-
tions testamentaires faites par les domestiques
en faveur de leurs maîtres, sont nulles.
- II. *Quid* des dispositions faites par les maîtres
en faveur de leurs domestiques.

SOMMAIRES.

1. *Diversité d'opinions sur cette question.*
2. *Auteurs qui croient que les Donations faites
par les domestiques à leurs maîtres, sont nulles.*
3. *Raisons de cette opinion.*
4. *Auteurs qui ont décidé le contraire.*
5. *Les serviteurs parmi nous ne sont soumis à
leurs maîtres qu'autant qu'il leur plaît.*
6. *La seule qualité des Parties ne fait pas pré-
sumer la captation.*
7. *Exception, si le domestique avoit fait ses pro-
testations.*

8. Il n'est pas séant aux maîtres d'accepter des Donations de leurs domestiques.
9. Opinion de Ferrieres, que cette question doit se décider par les circonstances.
10. Résolution, que ces Donations sont valables.
11. La capacité de recevoir des libéralités, est une qualité commune à tout le monde.
12. Il n'y a point de Loi ni d'Ordonnance qui déclare nulles les Donations faites par les domestiques à leurs maîtres.
13. L'Ordonnance de 1539. ne peut pas être appliquée à ce cas.
14. Les paroles de l'Ordonnance ne comprennent pas les maîtres.
15. Les motifs de l'Ordonnance ne peuvent pas s'appliquer aux Donations faites aux maîtres.
16. Preuves que le premier motif ne peut pas convenir.
17. Preuves que le deuxième motif ne convient pas.
18. Diversité de raisons entre le tuteur & le maître.
19. Conclusion.
20. Il faut avoir égard aux circonstances.
21. La circonstance du long service n'est pas concluante.
22. Si les Donations faites par les maîtres à leurs domestiques, sont valables.
23. Auteurs qui ont décidé pour la nullité.
24. Résolution pour la validité de ces Donations.
25. Il en est de même des libéralités faites par le malade à sa garde.

1. Diversité d'opinions sur cette question.

2. Auteurs qui croient que les Donations faites par les

QUOIQUE cette question ne dépende pas de divers principes qui semblent se choquer, & que sa décision soit aisée, elle est fort controversée parmi les Auteurs; car les uns décident pour l'affirmative, les autres pour la négative, & les autres la font dépendre des circonstances.

Charondas sur l'article 276 de la coutume de Paris, & Brodeau sur M. Louet, lettre C, somm. 8, N. 36, décident que les donations faites par les serviteurs ou servantes en faveur de leurs maîtres ou maîtresses.

es, font nulles, comme comprises dans la prohibition de l'article CXXXI de l'Ordonnance de 1539, à cause du pouvoir que les maîtres ont sur l'esprit de leurs domestiques, qui fait qu'on présume que les donations & autres dispositions n'ont pas été faites avec la liberté nécessaire pour les faire valoir.

Au contraire, Ricard des donations, tom. 1 part. 1, n°. 484, tient que ces donations sont bonnes, parce que les serviteurs parmi nous ne sont soumis à leurs maîtres qu'autant de tems qu'il leur plaît, & que le pouvoir de ceux auxquels ils ont volontairement destiné leurs services, ne captive point leur liberté; en sorte qu'on ne peut pas présumer par la seule qualité des parties, que la donation, ou toute autre disposition ait été extorquée par force, à moins que le domestique n'eût fait ses protestations auparavant. Le même Auteur ajoute néanmoins, qu'il y a tant de bassesse dans la conduite du maître qui accepte une donation de son serviteur, au lieu de reconnoître ses services, ou du moins de laisser les biens aux successeurs légitimes, qu'il ne faudroit que très-peu de circonstances pour condamner l'avarice du maître, & pour prononcer la nullité de la donation.

C'est sans doute par ces considérations que Ferrières sur l'article 276 de la coutume de Paris, Glose 1, n°. 38, a cru que cette question devoit se décider selon les circonstances des personnes, ou du tems que les serviteurs ont demeuré chez leurs maîtres, & du pouvoir qu'ils s'étoient laissé prendre sur eux.

Nous ne faisons aucun doute sur la validité de ces sortes de donations en thèse, & que ceux qui prétendent en soutenir la nullité, sous prétexte de la captation, ou du défaut de liberté, ne doivent prouver leurs moyens, du moins par des conjectures violentes & nécessaires.

La capacité de recevoir des donations & des libéralités testamentaires, est une qualité commune à tous les hommes, de même que la capacité de donner; & il n'y a que ceux auxquels la loi a fait la défense de donner ou de recevoir, qui soient exclus de l'un ou de l'autre.

Or il n'y a point de loi ni d'ordonnance qui déclare les maîtres ou maîtresses incapables de recevoir des donations de la part de leurs domestiques; il

domestiques & leurs maîtres, font nulles.

3. Raisons de cette opinion.

4. Auteurs qui ont décidé le contraire.

5. Les serviteurs parmi nous ne sont soumis à leurs maîtres, qu'autant qu'il leur plaît.

6. La seule qualité des Parties ne fait pas présumer la captation.

7. Exception, si le domestique avoit fait ses protestations.

8. Il n'est pas séant aux maîtres d'accepter des Donations de leurs domestiques.

9. Opinion de Ferrières, que cette question doit se décider par les circonstances.

10. Résolution que ces Donations sont valables.

11. La capacité de recevoir des libéralités, est une qualité commune à tout le monde.

12. Il n'y a point de Loi ni d'Ordonnan-

ce qui déclare nulles les Donations faites par les domestiques à leurs maîtres.

n'y en a pas non-plus qui défende aux serviteurs ou servantes de donner à leurs maîtres ou maîtresses ; & par conséquent la capacité de donner & de recevoir se rencontrant également de part & d'autre, il n'y a point de raison pour révoquer en doute la validité de ces sortes de donations, lorsqu'il ne paroît pas de la captation ou de la violence.

13. L'Ordonnance de 1539 ne peut pas être appliquée à ce cas.

L'article CXXXI de l'ordonnance de 1539 ne peut pas recevoir ici une juste application, ni par les paroles dont elle est conçue, ni à cause de ses motifs.

14. Les paroles de l'Ordonnance ne comprennent pas les maîtres.

Les paroles de l'ordonnance ne comprennent que les tuteurs, curateurs, gardiens, baillistes, & autres administrateurs, toutes lesquelles personnes sont bien différentes par leur qualité & par leur emploi, de celle d'un maître & d'une maîtresse.

15. Les motifs de l'Ordonnance ne peuvent pas s'appliquer aux Donations faites aux maîtres.

Pour ce qui est des motifs, nous avons remarqué dans la question précédente, que les Auteurs en attribuent deux à cette ordonnance; le premier, que le tuteur ou autre administrateur ne peut pas accorder son autorité en sa faveur, *nemo potest esse autor in rem suam*, suivant les textes rapportés par Charondas sur l'article 276 de la coutume de Paris; la deuxième, est la puissance & l'autorité publique, qui rend le tuteur & l'administrateur maître de la volonté de son mineur, & qui fait présumer que les dispositions du mineur en faveur de son tuteur, manquent de la liberté nécessaire pour les faire subsister.

16. Preuves que le premier motif ne peut pas convenir.

Le premier motif ne convient nullement au maître, parce que la qualité de domestique n'attribue aucune puissance publique, de manière que l'autorité du maître soit nécessaire pour autoriser les contrats & les dispositions faites par les domestiques.

17. Preuves que le deuxième motif ne convient pas.

Le deuxième ne convient pas non-plus au maître; parce que les domestiques parmi nous sont des personnes libres; ils ne sont soumis à leurs maîtres qu'autant de tems qu'il leur plaît, & leur soumission est purement libre & volontaire, voilà pourquoi elle ne captive en aucune manière leur liberté; & par conséquent il y a grande diversité de raison entre le maître & le tuteur; puisque celui-ci a une puissance légale & publique, de laquelle le pupille ou le mineur ne peut pas se soustraire avant le tems fixé par la loi ou la coutume; puissance qui asservit tellement la personne du pupille & du mineur, que les choses qu'il pourroit faire sans l'assistance & l'auto-

18. Diversité de raisons entre le tuteur & le maître.

rité

rité du tuteur, seroient nulles; ainsi il n'est pas surprenant que la puissance & l'autorité du tuteur, qui est grande, fasse présumer que les dispositions qu'il extorque de son mineur, sont l'effet de cette autorité & de cette puissance, & que le mineur ne les fait point avec liberté.

Et puisque ni la lettre ni les motifs de l'ordonnance de 1539 ne peuvent pas s'appliquer justement aux maîtres & aux maîtresses qui reçoivent des libéralités de leurs domestiques, il n'y a point de doute qu'on ne doive observer dans ce cas la maxime, *in odiosis & correctoriis juris, non fit extensio de casu ad casum.*

Nous demeurons d'accord avec Ferrieres, que les circonstances prises des qualités personnelles du maître, & de l'autorité qu'il avoit sur son domestique, peuvent aider beaucoup à déterminer la cassation de la donation, quand il y a d'ailleurs des conjectures de captation ou de force; mais la circonstance du long tems que le serviteur a resté chez son maître, bien loin de faire soupçonner la donation, doit au contraire la faire considérer comme un effet de l'amitié que le domestique avoit conçu pour son maître par une longue cohabitation, & de sa reconnoissance pour les bons traitemens par lui reçus de la part de son maître; car nous ne voyons point que des domestiques restent long-tems dans la même maison, à moins qu'ils n'aient conçu pour les maîtres une certaine affection, & que les maîtres ne les traitent bien.

Quoi qu'en aient pensé *Bouvot, tom. 2, verb. testament, quest. 3; & Boniface, tom. 4, liv. 7, tit. 6, ch. 1*, il n'y a aucune raison solide pour comprendre dans la prohibition de l'ordonnance de 1539 les donations entre-vifs ou les testamentaires, faites par les maîtres en faveur de leurs domestiques, non plus que celles qui sont faites par les malades en faveur de la garde préposée pour avoir soin d'eux pendant la maladie, parce que la lettre ni les motifs de l'ordonnance ne peuvent pas y être appliqués; l'on peut à cet égard faire valoir toutes les raisons que nous venons d'expliquer, en parlant des donations faites par les domestiques en faveur de leurs maîtres ou maîtresses; & de plus, on peut ajouter un Arrêt du Parlement de Provence, du premier Décembre 1670, rapporté par *Boniface, tom. 5, liv. 1, tit. 7, ch.*

19. Conclusion.

20. Il faut avoir égard aux circonstances.

21. La circonstance du long service n'est pas concluante.

22. Si les Donations faites par les maîtres à leurs domestiques, sont valables.

23. Auteurs qui ont décidé pour la nullité.

24. Résolution pour la validité de ces Donations.

25. Il en est de même des libéralités faites par le malade à sa garde.

1. qui confirme une donation universelle faite par un homme âgé de 80 ans, en faveur de son domestique.

QUESTION XXXV.

I. Quelles sont les personnes qu'on peut regarder comme interposées, & de quelle maniere faut-il entendre la déclaration du mois de Février 1549, qui défend les Donations faites aux tuteurs, & autres administrateurs par des personnes interposées.

S O M M A I R E S.

1. Diversité d'avis sur cette question.
2. Ordonnance de François I, qui déclare nulles les Donations faites aux tuteurs, & autres administrateurs.
3. Défauts de cette Ordonnance.
4. Edit du mois de Février 1549, qui explique & étend l'Ordonnance de 1539.
5. Nullité des Donations faites par les mineurs pendant l'Administration.
6. Nullité de celles qui sont faites en fraude à des personnes interposées.
7. Difficulté qui résultent des termes vagues de cet Edit.
8. La disposition des Coutumes est plus étendue que les Ordonnances.
9. Disposition de celle de Paris.
10. Disposition de celle de Normandie.
11. Méthode à suivre dans la décision des difficultés à éclaircir.
12. Concours des conditions requises, afin que les Donations faites à des personnes interposées soient nulles.
13. Première condition.
14. Deuxième condition.

15. Troisième condition.
16. Que toutes conditions doivent concourir.
17. Comment faut-il prouver l'interposition des personnes ?
18. L'interposition des personnes fait présumer la fraude.
19. Que celui se fonde sur l'interposition des personnes, doit la prouver.
20. Elle peut être prouvée par des conjectures.
21. Si la personne prohibée possède les biens donnés à un tiers, c'est une preuve de l'accommodation du nom.
22. Opinion de Theveneau, que les descendans sont présumés personnes interposées.
23. De quelle manière les Donations viennent directement aux personnes prohibées par personnes interposées.
24. De quelle manière elles viennent indirectement.
25. Lorsque la personne prohibée profite de la libéralité faite à un tiers, elle est nulle.
26. Examen de la question : si les descendans sont présumés personnes interposées.
27. Trois cas à distinguer. Premier cas.
28. Deuxième cas.
29. La Donation faite au fils du tuteur est bonne, quoique son pere ait l'usufruit, lorsqu'elle a été faite en récompense des services prouvés.
30. Troisième cas.
31. Raisons pour faire considérer les enfans comme personnes interposées par leur seule qualité.
32. Le pere & le fils sont considérés comme une même personne.
33. La fraude est facilement présumée entre personnes proches.
34. La preuve de la fraude est difficile.
35. Si la preuve est requise, c'est ouvrir la porte à la convention.
36. Raisons pour la négative.
37. L'interposition des personnes est un fait qu'il faut prouver.

38. La qualité des personnes ne suffit pas pour faire présumer la fraude.
39. Le dol doit être prouvé.
40. La parenté ne suffit pas pour faire présumer la fraude.
41. Les enfans ne sont pas compris dans la prohibition des Ordonnances.
42. Qu'est-ce que l'Ordonnance requiert ?
43. Les enfans ne sont pas considérés comme des personnes interposées, selon le Droit Romain.
44. Le parâtre peut donner valablement à son beau-fils, & vice-versâ.
45. Le Droit Romain défend les Donations entre mariés, même par des personnes interposées.
46. Les Ordonnances ne défendent pas de donner aux enfans du tuteur.
47. Résolution que les enfans par leur seule qualité ne sont pas des personnes interposées.
48. Le sentiment de Theveneau n'est pas soutenable hors de la Coutume de Paris.
49. La présomption juris & de jure, ne souffre point de preuve du contraire.
50. Examen des difficultés particulières.
51. De la Donation faite par le mineur aux enfans du tuteur non-émancipés.
52. Raisons pour la validité de ces Donations.
53. Les biens acquis par les enfans de famille n'appartiennent pas à leur pere.
54. Raison pourquoi la femme ne pouvoit pas donner aux enfans de son mari.
55. Qu'elle pouvoit donner au fils Soldat pour pécule castrense.
56. A la rigueur, le pere tuteur ne pourroit pas profiter de l'usufruit de ce qui est donné à son fils.
57. La Loi étant pénale, il ne faut pas l'étendre d'une personne à une autre.
58. Résolution pour la nullité de ces Donations.
59. Raisons de cette résolution.
60. L'usufruit dont le pere tuteur profite, fait comprendre la Donation dans la prohibition de l'Ordonnance.

61. Les intérêts des enfans ne peuvent pas être séparés de ceux du pere, & vice-versâ.
62. Les peres aiment plus leurs enfans qu'ils ne s'aiment eux-mêmes.
63. Auteurs qui sont de cet avis.
64. Des Donations faites aux enfans émancipés du tuteur.
65. Opinion de M. Maynard pour la nullité.
66. Opinion de M. Cujas, contraire.
67. L'opinion de M. Cujas est plus conforme à l'Ordonnance, & au Droit Romain.
68. Première raison.
69. Dans le doute si la Donation a été faite en considération du fils, on ne doit pas présumer la fraude.
70. Dans le doute, on doit faire valoir les Actes.
71. Troisième raison.
72. Des Donations faites aux filles du tuteur qui sont mariées.
73. Distinction.
74. De la Donation faite au gendre du tuteur.
75. Résolution pour la validité de la Donation, contre l'opinion de Charondas.
76. De la Donation faite à la femme du tuteur.
77. Opinion de Charondas pour la nullité.
78. Raisons de cette opinion.
79. Opinion contraire de M. Cujas.
80. Résolution de la question par une distinction.
81. Preuves.
82. Des libéralités faites aux ascendans du tuteur.
83. Résolution qu'elles sont comprises dans la prohibition de l'Ordonnance.
84. Raisons de cette résolution.
85. Des Donations faites par le mineur aux parens collatéraux du tuteur.
86. Résolution pour la validité de ces Donations.
87. Raisons de cette résolution.
88. Des Donations faites à l'associé du tuteur.
89. Distinction.

1. Diversité d'avis sur cette question.

2. Ordonnance de François I, qui déclare nulles les Donations faites aux tuteurs & autres administrateurs.

3. Défauts de cette Ordonnance.

4. Edit du mois de Février 1549, qui explique & étend l'Ordonnance de 1539.

5. Nullité des Donations faites par les mineurs pendant l'administration

6. Nullité de celles qui sont faites en fraude des personnes interposées.

7. Difficultés qui résultent des termes vagues de cet Edit.

8. La disposition des Coutumes est plus étendue que les Ordonnances.

9. Disposition de celle de Paris.

10. Disposition de celle de Normandie.

11. Méthode à suivre dans la décision des difficultés à éclaircir.

À la diversité des sentimens qui partagent les Auteurs qui ont traité cette question, nous engage à l'examiner avec exactitude, & à chercher dans la loi même la décision des difficultés auxquelles elle a donné lieu.

Le Roi François I, à qui la France a l'obligation de lui avoir donné un nombre infini de beaux réglemens, voulant remédier à l'abus que les tuteurs & les autres administrateurs faisoient de l'autorité & de l'empire qu'ils avoient sur leurs mineurs, déclara nulles & de nul effet, par l'article CXXXI de l'Ordonnance de 1539, toutes les dispositions entre-vifs ou testamentaires faites à leur profit & utilité par leurs mineurs.

La nullité se bornant aux dispositions faites au profit & utilité des tuteurs & autres administrateurs, sans expliquer la durée du tems de la prohibition, cela donna lieu à un édit porté par le Roi Henri II au mois de Février 1549, par lequel il fut déclaré; en premier lieu, que les donations entre-vifs & testamentaires faites en faveur des tuteurs & autres administrateurs, pendant leur administration, seroient nulles & de nul effet & valeur; en deuxième lieu, que celles qui frauduleusement seront faites durant le tems de l'administration à personnes interposées, venant directement ou indirectement au profit des tuteurs, curateurs, gardiens, baillistes & administrateurs, seroient aussi nulles.

Les termes vagues dont cette déclaration est conçue, ont causé de l'embarras chez les Auteurs, & de la diversité dans les jugemens; & pour couper racine à toutes les difficultés, certaines coutumes, & entr'autres, celle de Paris & celle de Normandie, ont étendu beaucoup plus loin la prohibition dont il est parlé dans les Ordonnances de 1539 & 1549.

L'article 276 de la coutume de Paris, comprend dans la prohibition les Pédagogues, de même que les tuteurs & autres administrateurs & leurs enfans, jusques à ce qu'ils aient rendu compte, & l'article 439 de celle de Normandie ajoute à l'exclusion, non-seulement les enfans, mais encore les présomptifs héritiers; cependant ces coutumes particulières n'ayant pas force de loi hors de leur ressort, nous ne pouvons pas nous en servir utilement pour résoudre les doutes qui peuvent naître des Ordonnances de 1539 & 1549.

Sans nous arrêter scrupuleusement à ce que les Auteurs ont décidé, nous examinerons les termes de l'Ordonnance de 1549, & nous n'employerons les autres autorités qu'autant que notre Ordonnance nous le permettra, & qu'elles pourront compatir avec ses paroles & avec son esprit.

Nous recueillons de cette Ordonnance, que pour que les donations qui ne sont pas faites directement à la personne du tuteur ou autre administrateur, soient nulles, il faut, 1°. qu'elles aient été faites en fraude de la loi. 2°. A des personnes interposées; c'est-à-dire, qui prêtent le nom au vrai donataire dont le nom est caché pour tromper la prévoyance de la loi. 3°. Qu'elles viennent directement ou indirectement au profit du tuteur ou administrateur; toutes ces circonstances doivent concourir, autrement les donations faites à toute personne, autre que leur tuteur ou administrateur, ne sont pas comprises dans la prohibition de l'Ordonnance de 1549.

Avant d'entrer dans la discussion des difficultés, il faut savoir; premièrement, comment faut-il établir l'interposition des personnes en fraude de la loi; en deuxième lieu, quelles sont les donations qui viennent directement ou indirectement au profit des personnes prohibées.

L'interposition des personnes fait présumer la fraude, suivant la loi 5, §. 3, ff. de autorit. & consensu tutor. Et toutes les fois qu'on use d'une telle précaution dans une matière défendue, c'est une preuve certaine qu'on a intention de tromper la loi, comme le décide la loi 27, ff. de probat.

L'interposition des personnes étant le fondement de celui qui attaque de nullité la disposition, il doit nécessairement la prouver, suivant la règle vulgaire de la loi 2, ff. de probat. du moins la faire présumer par des conjectures pressantes, nécessaires & concluantes, dont la plus forte & la plus certaine est, lorsque la tierce personne à laquelle la libéralité est dirigée, l'a rendue à la personne prohibée; car alors les événemens & les effets prouvent la fraude & la convention, comme leur cause efficiente; & selon Theveneau sur les ordonnances, liv. 2, tit. 4, article 6, la preuve est nécessaire quand la personne interposée n'est pas *in linea descendente*;

12. Concours des conditions requises, afin que les Donations faites à des personnes interposées soient nulles.

13. Première condition.

14. Deuxième condition.

15. Troisième condition.

16. Que toutes ces conditions doivent concourir.

17. Comment faut-il prouver l'interposition des personnes?

18. L'interposition des personnes fait présumer la fraude.

19. Que celui qui se fonde sur l'interposition des personnes, doit la prouver.

20. Elle peut être prouvée par des conjectures.

21. Si la personne prohibée possède les biens donnés à un tiers, c'est une preuve de l'accommodation du nom.

22. Opinion de Theveneau, que les descendants sont présumés personnes interposées. que si elle est descendante de la personne prohibée, il n'est pas besoin de preuve, selon le même Auteur, d'autant que la présomption de fraude y est *juris & de jure*; mais cette dernière proposition mérite une discussion particulière, parce qu'elle est la clef de la matière, & qu'elle sert de fondement pour résoudre plusieurs questions difficiles.

23. De quelle manière les Donations viennent directement aux personnes prohibées, par des personnes interposées. Les donations viennent directement au profit des personnes prohibées, par le moyen des personnes interposées, lorsqu'elles sont dirigées à des tierces personnes qui ne sont pas incapables, avec lesquelles il y a convention expresse de rendre la libéralité aux personnes prohibées, comme dans l'espece de plusieurs loix du titre *de jure fisci*, au digeste.

24. De quelle manière elles viennent indirectement. Elles viennent indirectement au profit des personnes prohibées, lorsqu'elles sont faites à des personnes qui leur sont si étroitement unies, ou par le sang ou par l'intérêt, que les libéralités leur sont communiquées, comme dans le cas de la puissance paternelle, qui attribue l'usufruit des biens donnés, dans celui de la société, ou autrement;

25. Lorsque la personne prohibée profite de la libéralité faite à un tiers, elle est nulle. & dans tous ces cas, il n'y a point de doute que les donations ne soient nulles de la même manière que si elles avoient été faites directement à la personne prohibée, & qu'elles ne soient comprises dans la disposition de l'ordonnance de 1549.

26. Examen de la question: si les descendants sont présumés personnes interposées. Examinons présentement s'il est vrai, comme Theveneau le soutient, que les personnes qui sont *in linea descendenti*, soient considérées par une présomption *juris & de jure*, comme personnes interposées en fraude de la loi; en sorte que la seule qualité des personnes suffise pour annuler la donation.

27. Trois cas à distinguer. Pour éclaircir cette difficulté, nous distinguerons trois cas. Le premier, est lorsqu'il paroît par les circonstances que la donation a été faite au descendant en contemplation de l'ascendant, & il n'y a point de doute que le descendant ne soit regardé comme une personne interposée, par l'argument tiré de la loi 10, §. 6, *ff. de vulg. & pupill.* & de la loi 6, *ff. collationib.*

28. Deuxième cas. Le deuxième, est lorsqu'il paroît par les circonstances que la donation a été faite au fils ou descendant en considération de ses mérites particuliers, pour avoir rendu des offices au donateur, ou par

des considérations propres & personnelles au fils; & il n'y a pas non plus de doute que le fils ne peut pas être pris pour une personne interposée, la chose parle d'elle-même; nous croyons encore que dans ce cas la donation seroit bonne, quand même le pere, personne prohibée, auroit l'usufruit de la libéralité, *jure patriæ potestatis*, pourvu que les mérites soient prouvés; car une preuve exclut toute présomption de fraude & de captation, & empêche qu'on ne puisse présumer que la personne du pere est entrée en considération lors de la donation.

Le troisieme cas est lorsqu'il ne paroît point que la donation ait été faite au fils en considération de son pere, ni que le fils donataire ait rendu au donateur des services, ou sur d'autres considérations qui aient servi de fondement à la libéralité; c'est-à-dire, dans la these proposée par *Theveneau*, la seule filiation sera-t-elle suffisante pour présumer l'interposition de la personne en fraude de la loi prohibitive? On peut dire pour l'affirmative que le pere & les enfans sont si intimement unis par le sang, qu'ils sont considérés comme une même personne, *cum & naturâ pater & filius eadem esse persona penè intelligantur*, *leg. ult. cod. de impuber. & aliis substitutionibus*; que suivant la loi 27, *cod. de donationib.* la fraude se présume facilement entre les personnes qui sont unies par le lien du sang, *inter necessarias conjunctasque personas*; que la fraude & le complot étant très-difficile à prouver, à cause des précautions que l'on prend pour en dérober la connoissance, si l'on exige une preuve, ce sera ouvrir la porte pour contrevenir indirectement aux ordonnances, qui défendent les donations des mineurs aux profit des tuteurs, curateurs & autres administrateurs.

Au contraire, on peut dire pour la négative, que l'interposition des personnes supposant une convention de rendre la libéralité à la personne prohibée, c'est un fait qui ne peut point se présumer; mais il faut nécessairement le prouver, du moins par des conjectures fortes & concluantes; que la convention étant illicite & frauduleuse, & approchant du crime, la qualité des personnes ne suffit pas pour la faire présumer; *L. Quoties*, 18, §. 1, *ff. de probat. qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admissum debet*. Qu'à la vérité, la

29. La Donation faite au fils du tuteur est bonne, quoique son pere ait l'usufruit, lorsqu'elle a été faite en récompense de services prouvés.

30. Troisième cas.

31. Raisons pour faire considérer les enfans comme personnes interposées par leur seule qualité.

32. Le pere & le fils sont considérés comme une même personne.

33. La fraude est facilement présumée entre personnes proches.

34. La preuve de la fraude est difficile.

35. Si la preuve est requise, c'est ouvrir la porte à la contrevention.

36. Raisons pour la négative.

37. L'interposition des personnes est un fait qu'il faut prouver.

38. La qualité des personnes ne suffit pas pour faire présumer la fraude.

39. Le dol doit être prouvé.

40. La parenté ne suffit pas pour faire présumer la fraude.

41. Les enfans ne sont pas compris dans la prohibition des Ordonnances.

42. Qu'est-ce que l'Ordonnance requiert?

43. Les enfans ne sont pas considérés comme des personnes interposées, selon le Droit Romain.

44. Le père peut donner valablement à son beau-fils, & vice-versâ.

45. Le Droit Romain défend les Donations entre mariés, même par des personnes interposées.

46. Les Ordonnances ne défendent pas de donner aux enfans du tuteur.

fraude se présume facilement entre les personnes unies par le lien du sang; mais la seule parenté est une circonstance insuffisante, si elle n'est aidée par des conjectures, comme le reconnoît fort bien *Paul de Castro, Consil. 193, vol. 2*, que l'ordonnance de 1549 ne comprenant pas dans la prohibition les enfans du tuteur, & des autres administrateurs, elle fait entendre que la seule filiation n'est pas capable de faire présumer l'accommodation du nom, & l'interposition des personnes; que la même ordonnance desirant non-seulement l'interposition des personnes en fraude de la prohibition, mais encore que la libéralité vienne directement; c'est-à-dire, par un fidéicommiss tacite, au profit du tuteur, ou indirectement, quand il profite de la libéralité par la puissance paternelle, société ou autrement, comme nous l'avons dit ci-devant, il est nécessaire que celui qui attaque la libéralité, prouve les moyens sur lesquels il fonde la nullité que le droit Romain a décidé formellement dans la loi 3, §. 4, & dans la loi 60, ff. de donat. inter vir. & uxor. que les enfans ne peuvent pas, par leur seule qualité, être considérés comme des personnes interposées; puisque la dernière de ces deux loix décide, que quoique les donations entre mariés soient prohibées, le père peut valablement donner à son beau-fils, & vice-versâ; ce qui ne se pourroit point, si les enfans étoient considérés comme des personnes interposées; car la loi 5, §. 1, ff. de donat. inter vir. & uxor. défend non-seulement les donations que les mariés se font directement entr'eux, mais encore celles qui sont faites à des personnes interposées. Que si le Législateur avoit cru qu'en ne défendant pas les donations aux enfans du tuteur, & autres administrateurs, cela donneroit occasion d'enfreindre la loi, il n'auroit pas manqué d'étendre la défense aux enfans, comme l'ont fait les coutumes de Paris & de Normandie; & puisqu'il ne l'a pas fait, & qu'il s'est borné à défendre les donations faites à des personnes interposées, venant directement ou indirectement aux tuteurs & administrateurs, il a donc voulu exiger qu'on prouvât juridiquement l'interposition des personnes; c'est-à-dire, que la donation étoit faite à un tiers, pour faire passer les biens à la personne du tuteur, ou du moins, afin qu'il pût en profiter indirectement.

Comme nous n'avons point d'ordonnance ni de loi générale du Royaume qui ait déclaré les enfans personnes interposées par la seule qualité, & qu'au contraire la loi Romaine est expresse pour déclarer qu'ils ne peuvent pas être regardés comme tels; à quoi les Auteurs qui ont traité la difficulté, n'ont pas fait attention; nous croyons la négative mieux fondée, & que le sentiment de *Theveneau* n'est pas soutenable hors de la coutume de Paris, sur laquelle sans doute cet Auteur a fondé sa décision; & encore moins l'est-il, lorsqu'il soutient que la présomption est *juris & de jure*; car si cela étoit vrai, la donation rémunératoire seroit excluse, quand même les services seroient prouvés, parce que la présomption *juris & de jure* ne souffre point de preuve du contraire, suivant les Auteurs.

Il nous reste à examiner les difficultés particulières qui peuvent se rencontrer, par rapport aux différentes personnes auxquelles les donations sont faites, savoir, aux enfans non-émancipés, à ceux qui sont émancipés, aux filles mariées, ou à leurs gendres, aux ascendans, à la femme, aux parens collatéraux, & aux associés des tuteurs, curateurs, & autres administrateurs.

Commençons par les donations faites par le mineur aux enfans non-émancipés du tuteur ou administrateur; il semble d'abord qu'il faut décider pour la validité des donations, par les principes du droit nouveau, qui veulent que les biens, que les enfans de famille acquierent, n'appartiennent pas à leur pere; *L. Cum oportet, cod. de bonis quæ liberis*; voilà pourquoi les enfans non-émancipés sont capables de ces sortes de donations, *quia patri non quæruntur*; car selon la loi 3, §. 4, *ff. de donat. inter vir. & uxor.* la femme qui ne pouvoit pas donner au fils, qui étoit en la puissance de son mari, *quia patri quærebantur*, pouvoit néanmoins donner au fils soldat, parce que le pere n'avoit rien sur le pécule castrense; que tout ce qu'on pourroit prétendre à la rigueur, c'est que le pere incapable ne pourroit pas profiter de l'usufruit de la libéralité faite à son fils, selon *Paul de Castro, Consil. 193, vol. 2*; qu'enfin s'agissant d'une loi pénale & correctrice du droit, il n'y a pas lieu de l'étendre aux enfans, parce que *non fit extensio de persona ad personam.*

47. Résolution que les enfans par leur seule qualité ne sont pas des personnes interposées.

48. Le sentiment de *Theveneau* n'est pas soutenable hors de la Coutume de Paris.

49. La présomption *juris & de jure*, ne souffre point de preuve du contraire.

50. Examen des difficultés particulières.

51. De la Donation faite par le mineur aux enfans du tuteur non-émancipés.

52. Raisons pour la validité de ces Donations.

53. Les biens acquis par les enfans de famille, n'appartiennent pas à leur pere.

54. Raison pourquoi la femme ne pouvoit pas donner aux enfans de son mari.

55. Qu'elle pouvoit donner au fils Soldat, pour pécule castrense.

56. A la rigueur, le pere tuteur ne pourroit pas profiter de l'usufruit de ce qui est donné à son fils.

57. La Loi étant pénale, il ne faut pas l'étendre d'une personne à une autre.

58. Résolution pour la nullité de ces Donations.

59. Raïsons de cette résolution.

60. L'usufruit dont le pere tuteur profite, fait comprendre la Donation dans la prohibition de l'Ordonnance.

61. Les intérêts des enfans ne peuvent pas être séparés de ceux du pere, & *vice-versâ*.

62. Les peres aiment plus leurs enfans qu'ils ne s'aiment eux-mêmes.

63. Auteurs qui sont de cet avis.

64. Des Donations faites aux enfans émancipés du tuteur.

65. Opinion de M. Maynard pour la nullité.

66. Opinion de M. Cujas contraire.

Toutefois il faut décider le contraire, sauf quand la donation est rémunératoire, & que les services sont prouvés, ainsi que nous l'avons remarqué ci-devant; parce que l'ordonnance de 1549 a défendu non-seulement les donations aux tuteurs & administrateurs, mais encore celles qui pourroient venir directement ou indirectement à leur profit; ce qui comprend manifestement les donations faites au fils de famille, dont le pere profite de l'usufruit, *jure patriæ potestatis*; ce qui suffit pour que les enfans soient réputés personnes interposées, aux termes de l'ordonnance; à quoi l'on peut ajouter que les intérêts des enfans ne pouvant pas être séparés de ceux de leur pere, & *vice-versâ*, & les peres recherchant les avantages de leurs enfans, même avec plus d'empressement que les leurs propres, *cum instituyente naturâ plus ferè filios quàm nosmetipsos diligamus*, on ne peut pas douter que le tuteur sachant que ce seroit en vain qu'il capteroit de son mineur une disposition en sa faveur, n'abuse de son autorité & de sa puissance, pour tourner la libéralité du côté de ses enfans, afin d'en profiter indirectement par l'usufruit qui lui appartient, *jure patriæ potestatis*; par où le même défaut de liberté se rencontre dans les donations faites aux enfans du tuteur, qu'à celles qui sont faites au tuteur, même ce qui les rend nulles & vicieuses, & les fait comprendre dans la prohibition des ordonnances, puisqu'indépendamment de l'amour paternel, l'intérêt propre, & le profit du pere a pu le faire agir. C'est ainsi que le décident M. Maynard, liv. 2, ch. 95; Henrys, tom. 1, liv. 5, ch. 4, quest. 39; M. Dolive, liv. 5, ch. 20, & plusieurs autres Auteurs.

Mais que dirons-nous des enfans émancipés, & lorsque le pere ne doit pas profiter de la libéralité, ni en propriété, ni en usufruit? M. Maynard, au lieu préallégué, soutient que les donations sont nulles, parce que le pere est censé avoir capté l'esprit du mineur, pour l'engager à donner à ses enfans; d'autant qu'on ne peut pas séparer les intérêts des enfans de ceux du pere, à cause de la tendresse paternelle.

Mais M. Cujas, dans sa Consultation 41, est d'un sentiment contraire: *Constitutio igitur illa*, dit cet Auteur, en parlant de l'ordonnance de 1549, *quasi*

adversa juri strictius accipienda est, nec porrigenda ad filios tutoris vel curatoris emancipatos. Quoique la Jurisprudence des Arrêts favorise l'opinion de *M. Maynard*, nous croyons celle de *M. Cujas* plus conforme à l'esprit de l'ordonnance de 1549, & au droit Romain; car premièrement les loix que nous avons rapportées ci-dessus, ne considerent les enfans comme personnes interposées, que quand ils sont en la puissance de la personne incapable de recevoir la libéralité, & même autant que les biens acquis au fils de famille appartenoient à leur pere suivant le droit du digeste; ce qui se confirme par la loi 49, ff. de donat. inter virum & uxorem, où le Jurisconsulte *Marcellus* décide qu'une donation faite par la femme à son mari, à la charge de rendre les biens donnés à leur fils commun, est bonne, lorsque le mari n'en tire aucune utilité, & que tout le profit en est acquis au fils.

En second lieu, que le fils donataire pouvant être rendu digne de la donation par les offices rendus au donateur, par l'amitié contractée entr'eux, & par le mérite particulier du donataire, ce que les loix présument toujours; *L. 9 ff. pro socio, non sine causa obveniunt, sed ob meritum aliquod accedunt*; il n'est pas naturel de présumer la fraude qui doit nécessairement être prouvée toutes les fois qu'elle est alléguée; *L. 18, §. 1, ff. de probat.* que dans le doute il faut pencher pour la validité de l'acte, & que le pere ne pouvant profiter en aucune maniere ni pour la propriété ni pour l'usufruit de la libéralité faite à son fils émancipé, on ne peut point dire avec fondement que le pere ait employé son pouvoir & son autorité pour capter l'esprit du donateur; que s'il peut arriver que le fils donataire précéderait, & que son pere en profitera par voie de succession, cette circonstance est trop éloignée pour faire annuler la donation, parce que, selon l'ordre de la nature, le fils doit survivre à son pere; & si le contraire arrive, ce n'est que *turbato ordine mortalitatis*, aux termes des loix.

En troisieme lieu, que l'ordonnance de 1549 exige non-seulement l'interposition des personnes, mais encore que la donation tourne directement ou indirectement au profit du tuteur ou administrateur, comme nous l'avons prouvé plus haut; ce qui n'ar-

67. L'Opinion de *M. Cujas* est plus conforme à l'Ordonnance & au Droit Romain.

68. Première raison.

69. Dans le doute si la Donation a été faite en considération du fils, on ne doit pas présumer la fraude.

70. Dans le doute, on doit faire valoir les Actes.

71. Troisième raison.

rive pas quand le fils est émancipé; & par conséquent l'esprit de cette ordonnance ne pouvant jamais recevoir une juste application, à moins que le tuteur ne retire quelque profit personnel de la libéralité faite à son fils; il n'y a pas lieu de l'étendre au fils émancipé, à moins qu'il n'y ait preuve de la fraude, ou du moins d'autres circonstances pressantes, outre celle de la filiation.

72. Des Donations faites aux filles du tuteur, qui sont mariées.

73. Distinction.

Pour ce qui est des donations faites aux filles du tuteur, qui sont mariées, nous la résoudrons par une distinction qui est fondée sur les raisons que nous avons rapportées ci-dessus; car, ou les filles sont émancipées, ou bien elles se sont constituées tous leurs biens présens & à venir, du consentement de leur pere, lorsqu'elles ne sont pas émancipées; dans ces deux cas, les donations sont bonnes, & l'on ne peut pas les regarder comme faites à des personnes interposées, parce que le pere ne peut pas profiter; cependant l'Ordonnance de 1549 exige nécessairement que la donation tourne au profit du pere, ou bien le pere profite de l'usufruit, *jure patriæ potestatis*; alors l'utilité que le pere retire des donations, les fait comprendre dans la disposition de l'Ordonnance de 1549.

74. De la Donation faite au gendre du tuteur.

75. Résolution pour la validité de la Donation, contre l'opinion de Charondas.

Quoi qu'en ait pensé *Charondas*, qui décide dans ses *résolutions des questions*, part. 1, tit. 23, ch. 6, que la seule qualité de gendre fait présumer la fraude, & rend nulle la donation faite au gendre du tuteur, nous croyons que la donation est bonne, si l'on ne rapporte point d'autres preuves de la fraude; les raisons que nous avons employées en faveur des enfans émancipés, militent dans cette occasion avec beaucoup plus de force, soit parce que le beau-pere ne peut jamais profiter directement ni indirectement de la liberté, s'il n'y a point de preuve du fidéicommiss tacite, ou si les biens donnés ne lui ont pas été rendus; soit parce que le gendre étant une personne étrangere, il y a moins de raison de présumer que le beau-pere ait abusé de son autorité pour extorquer la donation; sans compter que l'Ordonnance de 1549 ne présume la fraude & la captation, & ne déclare la nullité que quand la donation vient directement ou indirectement au profit du tuteur ou administrateur; ce qui ne peut jamais arriver, lorsque la libéralité est faite au gendre, à moins qu'il n'y

eût un fidéicommiss tacite ; mais il faudroit le prouver, comme nous l'avons fait voir.

Charondas, au lieu préallégué, chapitre 7, décide encore que la femme, même en pays de droit écrit, où la communauté & la société conjugale n'a pas lieu, doit pourtant être regardée comme une personne interposée; *M. Claude Henris*, tom. 1, liv. 5, quest. 39; & *M. Dolive*, liv. 5, ch. 20, sont du même avis. Leur raison est, que le mari & la femme sont si intimement unis, qu'aux termes de l'écriture Sainte, ils sont une même chair, *duo in carne unâ*, & que cette union doit être regardée comme une présomption suffisante de fraude; mais *M. Cujas*, en sa *consult. 41*, est d'un sentiment contraire.

Pour concilier ces différens avis, nous estimons, suivant la règle que nous avons établie sur les termes de l'Ordonnance de 1549, qu'il faut user de la distinction, si le mari profite directement ou indirectement de la libéralité faite à sa femme, comme s'il y a société ou communauté, ou bien, si en se mariant elle s'est constituée tous ses biens présens & à venir; dans ce cas, la donation seroit nulle, comme comprise dans la disposition de l'Ordonnance de 1549.

Ou bien le mari ne profite point de la libéralité faite à sa femme, soit parce qu'il n'y a point de société entre eux, ni de constitution universelle; alors la disposition de l'Ordonnance ne pouvant pas s'y appliquer, il n'y a pas lieu de présumer que la femme soit une personne interposée, ni de déclarer la donation nulle. Nous trouvons que la question a été jugée de même en faveur de la femme d'un Médecin, par un Arrêt du 12 Juillet 1670, rapporté par *Ferrieres sur la coutume de Paris*, article 276, *Glose 1*, n°. 18, & l'incapacité de son mari, en qualité de Médecin, ne fut pas un obstacle pour empêcher la validité de la donation faite à la femme.

A l'égard des libéralités faites par le mineur aux ascendants du tuteur, ou autre administrateur, il n'y a pas lieu de douter, selon notre principe, qu'elles ne soient comprises dans la prohibition de l'Ordonnance, comme le décide *Ferrieres sur l'article 276 de la coutume de Paris*, *Glos. 1*, n°. 20, parce que le tuteur en profite indirectement, soit par l'espérance de la succession, soit à cause du droit de légitime qui

76. De la Donation faite à la femme du tuteur.

77. Opinion de Charondas pour la nullité.

78. Raisons de cette opinion.

79. Opinion contraire de M. Cujas.

80. Résolution de la question par une distinction.

81. Preuves.

82. Des libéralités faites aux ascendants du tuteur.

83. Résolution, qu'elles sont comprises dans la prohibition de l'Ordonnance.

34. Raisons de cette résolution.

doit lui appartenir sur les biens de ses descendans ; lorsqu'il se trouve au premier degré ; & il n'y a pas lieu de dire qu'il y a incertitude , si le fils tuteur décèdera plutôt ou plus tard que son pere ou sa mere , donataires , parce que , selon l'ordre de la nature , le fils doit survivre à ses ascendans , & que les choses doivent se régler selon ce qui arrive le plus communément.

35. Des Donations faites par le mineur aux parens collatéraux des tuteurs.

36. Résolution pour la validité de ces Donations.

37. Raisons de cette résolution.

Quant aux donations faites par le mineur aux parens collatéraux du tuteur , il n'y a pas non-plus à douter de leur validité , quand même les donataires seroient les plus proches parens du tuteur , & ses héritiers présomptifs , parce que le tuteur ne peut point en profiter directement ni indirectement ; & quoique la coutume de Normandie en dispose autrement , il n'y a aucune raison de l'étendre hors de son ressort , parce qu'elle est exorbitante , & contraire au droit & à l'Ordonnance de 1549 : il faudroit donc , pour annuller les dispositions , qu'il y eût des preuves , ou du moins des présomptions violentes du fidéicomis , & de l'interposition des personnes , afin de faire passer , par des voies indirectes , la libéralité en la main du tuteur , ou autre administrateur ; & c'est aussi le sentiment de *Ferrières* , au lieu preallégué.

38. Des Donations faites à l'associé du tuteur.

39. Distinction.

Enfin , nous déciderons par notre distinction ordinaire , de la validité des donations faites à l'associé du tuteur ou autre administrateur ; car si le tuteur doit en profiter , à cause que la société est universelle , l'intérêt qu'il en retire , fait que la donation est comprise dans la prohibition de l'Ordonnance ; que si la société est particuliere , & que la donation faite à l'associé ne doive pas y entrer , il n'y a point de raison de faire considérer l'associé comme une personne interposée ; mais il faudroit rapporter des preuves , ou du moins des présomptions violentes du fidéicomis tacite en fraude de la loi. Tout ceci est fondé sur les raisons que nous avons employées plusieurs fois ci-dessus.

¶ On peut voir l'Arrêt du 9 Décembre 1606 , rapporté par *M. Bouguier* , *lett. D* , *ch. 11* , qui a jugé que le mari ne pouvoit pas être considéré comme une personne interposée , s'il s'agissoit d'une libéralité faite en faveur du mari , de l'héritiere présomptive , dans la coutume de Poitou , qui défend

de

de donner à son héritier présomptif, au-delà de la portion qui pouvoit lui compéter *ab intestat*, laquelle libéralité fut confirmée, quoique la femme, une des héritières présomptives, & personne prohibée, dût profiter de la moitié, à cause de la communauté. ¶

QUESTION XXXVI.

- I. Si la prohibition de l'Article CXXXI de l'Ordonnance de 1539, dure après la fin de la tutelle, jusqu'à ce que le tuteur ait fait clôturer son comte, & payé le reliqua.
- II. Si la parenté qui unit le tuteur ou autre administrateur avec son mineur, suffit pour emporter la présomption de captation, & faire valoir la Donation faite au profit du tuteur ou autre administrateur.

S O M M A I R E S.

1. Les Donations faites par les mineurs à leurs tuteurs, sont nulles, quoique faites après la fin de la tutelle, quand le tuteur n'a pas rendu compte.
2. Raisons de cette Jurisprudence.
3. Auteurs qui ont décidé ainsi la question.
4. La parenté du tuteur n'empêche pas la nullité, selon les Auteurs.
5. Fondement de cette Jurisprudence.
6. Les peres & meres, & autres ascendans tuteurs, sont exceptés.
7. Diversité d'avis sur la parenté collatérale.
8. S'il est nécessaire, selon les Auteurs, que le tuteur soit le plus proche, ou s'il suffit qu'il soit du nombre des plus proches.
9. Raisons de douter si la prohibition dure jusques à ce que le compte soit rendu.
10. Suite.
11. Autorités pour appuyer la Jurisprudence.

12. Si la prohibition dure jusques à ce que le reliqua ait été payé.
13. Résolution pour la négative.
14. L'Ordonnance de 1549 est contraire à la Jurisprudence.
15. Elle borne la prohibition au seul terme de l'administration.
16. L'administration cesse après la clôture du compte.
17. Le défaut du payement du reliqua ne donne aucun empire au tuteur sur l'esprit de son mineur.
18. Auteurs qui sont d'avis que la prohibition cesse quand le compte est clôturé, quoique le reliqua ne soit pas payé.
19. Loix qui permettent au mineur de léguer à son tuteur.
20. Explication de l'Auth. eisdem pœnis, Cod. de secundis nupt.
21. Raisons particulieres qui servent de fondement à cette authentique.
22. Résolution que la parenté du tuteur suffit pour faire valoir la libéralité.
23. Première raison de cette résolution.
24. La parenté exclut la présomption de la captation.
25. Deuxième raison tirée de l'autorité des Arrêts.
26. Troisième raison tirée de l'Ordonnance de 1681.
27. Disposition de cette Ordonnance.
28. Raisons pourquoi les parens sont exceptés de la prohibition de l'Ordonnance de 1681.

1. Les Donations faites par les mineurs à leurs tuteurs, sont nulles, quoique faites après la fin de la tutelle, quand le tuteur n'a pas rendu compte.

Les Auteurs & les Arrêts des Cours supérieures ont traité avec tant de rigueur les donations faites par les mineurs à leurs tuteurs, curateurs & autres administrateurs, qu'ils les ont déclarées nulles, non-seulement lorsqu'elles étoient faites pendant l'administration, & tandis que la puissance légale duroit, mais encore lorsqu'elles étoient faites après la fin de la tutelle ou autre administration, si le tuteur n'avoit pas rendu compte; on a cru que, quoique l'autorité légale du tuteur cesse, quand le pu-

elle est parvenu à la puberté, toutefois le tuteur tient l'esprit du mineur asservi, & il en est le maître, jusqu'à ce que le compte ait été rendu & clôturé; & ce n'est que dès ce moment que le mineur commence de jouir de sa pleine liberté; on a même pris des argumens du droit Romain, pour dire que l'administration duroit jusqu'à la clôture du compte, & le payement du reliqua : c'est la Jurisprudence des Arrêts rapportés par *M. Maynard, liv. 2, ch. 96; M. Dolive, liv. 5, ch. 20; M. de Catellan, liv. 2, ch. 77; & Ricard, des donat. tom. 1, part. 1, N. 454 & 455.*

Ils ont encore décidé que la parenté du tuteur ne devoit pas être considérée comme un motif suffisant pour avoir porté le mineur à faire la libéralité à son tuteur, & l'on a cru que la captation & l'autorité du tuteur étoit le premier mobile qui avoit engagé le mineur à donner la préférence au tuteur, au préjudice de ses autres parens.

On s'est fondé sur ce que les *Ordonnances de 1539 & de 1549* étant générales, & n'exceptant point les tuteurs qui sont parens du mineur, il n'y avoit pas lieu d'admettre cette distinction, suivant cette maxime, *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.*

Cependant on s'est relâché de cette rigueur en faveur des peres & meres, ayeux & ayeules, ayant la qualité de tuteurs ou administrateurs. Et à l'égard de la parenté collatérale, les uns ont cru que quand le tuteur étoit le seul plus proche parent, la donation étoit valable; les autres, moins rigoureux, ont autorisé les donations, lorsque le tuteur ou administrateur s'est trouvé au nombre des plus proches. On peut voir là dessus ce qu'en ont écrit *Fontanon sur l'article CXXXI de l'Ordonnance de 1539; Bouvot, tom. 2, verb. mariage, quest. 85; Charondas, dans ses observations, verb. donation, & dans ses réponses, liv. 4, rép. 41; M. Dolive, liv. 5, ch. 19 & 20; M. Maynard, liv. 2, ch. 95 & 96; M. de Catellan, liv. 2, ch. 77; Henris, tom. 1, liv. 5, quest. 38; Soefve, tom. 1, centur. 2, ch. 23; Basset, tom. 1, liv. 5, tit. 1, ch. 11, 12 & 17; Lapeyrere, lett. T, N. 188; Ricard, des donations, tom. 1, part. 1, N. 460, & seq. & M. de Cambolas, liv. 1, ch. 33.*

S'il falloit examiner en point de droit la question, si la prohibition de l'Ordonnance de 1549 dure après

2. Raison de cette Jurisprudence.

3. Auteurs qui ont décidé ainsi la question.

4. La parenté du tuteur n'empêche pas la nullité, selon les Auteurs.

5. Fondemens de cette Jurisprudence.

6. Les peres & meres, & autres ascendants tuteurs, sont exceptés.

7. Diversité d'avis sur la parenté collatérale.

8. S'il est nécessaire, selon les Auteurs, que le tuteur soit le plus proche, ou s'il suffit qu'il soit du nombre des plus proches.

9. Raisons de doute si la

prohibition du-
re jusqu'à ce
que le compte
soit rendu.

la fin de la tutelle, jusques à la clôture du compte; elle pourroit souffrir beaucoup de difficulté, parce que la prohibition de l'Ordonnance est bornée au tems que dure l'administration & la puissance du tuteur, laquelle étant le fondement de la présomption de captation, & du défaut de liberté; dès aussi-tôt qu'elle cesse, l'incapacité doit cesser aussi, par la regle, *cessante causâ prohibitionis, cessare debet prohibitio*, enseignée par M. Tiraqueau, dans son traité, *cessante causâ, cessat effectus*.

10. Suite.

Or la puissance & l'administration du tuteur prenant fin par la puberté, suivant la loi 1, *cod. quando tutor vel curator esse desierit, & instit. quib. mod. tut. finitur in principio*, & les raisons que nous avons rapportées dans la question 33, il n'y a pas lieu d'étendre la prohibition au-delà du terme fixé par les loix & les Ordonnances qui sont pénales, correctives du droit, & exorbitantes.

11. Autorités
pour appuyer
la Jurispru-
dence.

Cependant on peut soutenir la Jurisprudence; qui à cet égard est constante, par l'autorité de la loi 6, *cod. de interdict. matrimonio inter pupillam & tutorem, &c.* qui fait durer la prohibition du mariage d'entre la pupille & le fils du tuteur, jusque à ce que le compte ait été rendu & clôturé; & comme les mêmes raisons qui font durer la prohibition du mariage, militent contre les donations & les autres dispositions, il n'y a pas lieu de se départir de la maniere de juger, & il faut tenir pour la nullité des donations faites au tuteur après la fin de la tutelle, jusques à ce qu'il ait rendu son compte, comme l'ont déclaré la *coutume de Paris*, article 276, & celle de *Normandie*, article 439; mais nous voudrions excepter le cas qu'il n'eût pas tenu au tuteur qu'il n'eût rendu & fait clôturer son compte, comme *Dumoulin*, sur l'article CXXXI de l'Ordonnance de 1539, l'a pensé.

12. Si la pro-
hibition dure
jusqu'à ce que
le reliqua ait été
payé.

13. Résolu-
tion pour la né-
gative.

A l'égard de l'extension de la prohibition, après la clôture du compte, lorsque le tuteur n'a pas payé le reliqua, il n'y a aucune raison pour la soutenir; car on ne trouve aucun texte dans le droit Romain, sur lequel on puisse la fonder; & quoique la loi 6, *cod. de interdicto matrimonio inter pupillam & tutorem*, étende la prohibition du mariage entre la pupille & le fils du tuteur, jusques à ce que le tuteur ait rendu son compte, elle borne là sa défense, & n'exige pas

que le tuteur , après avoir rendu son compte, ait encore payé le reliqua , supposé qu'il en doive.

Pour ce qui est de l'Ordonnance de 1549 , il paroît des termes dont elle est conçue, qu'elle est contraire à cette extension , puisqu'elle borne la prohibition au seul tems de l'administration , qui cesse sans difficulté après la clôture du compte , faite quand la tutelle a pris fin ; car le mineur étant en la possession de ses biens & de sa liberté , & pouvant se gouverner comme il trouve à propos , sans que son ancien tuteur ait droit de contrôler sa conduite , il n'est plus exposé à l'induction ni à la captation ; & il n'y a pas lieu de présumer que ses dispositions en faveur de son tuteur soient l'effet de la surprise & de l'autorité , puisque le tuteur n'en a plus , & le défaut de paiement d'un reliqua appuré , qui n'est qu'une simple créance en faveur du mineur , ne doit pas sans doute produire le même effet , & la même présomption de captation , que la tutelle & l'administration : s'il en étoit autrement , il faudroit décider par la même raison , que le créancier ne pourroit point donner à son débiteur , ni disposer en sa faveur ; ce qui seroit absurde & contraire à plusieurs loix ; sur-tout au titre du digeste , de *liberatione legata* , qui autorisent ces sortes de dispositions ; ainsi il est facile de comprendre que les Auteurs qui ont décidé la question , n'en ont pas examiné les raisons , & que les Arrêts qui ont été rendus , ne sont fondés que sur le défaut de reddition de compte , & nullement sur le seul défaut de paiement du reliqua ; nous pouvons encore appuyer notre sentiment par celui de *Ferrieres sur l'article 276 de la coutume de Paris, Glose 1, N. 21 ; & de Basnage sur l'article 439 de celle de Normandie* , qui décident que pour rendre bonne & valable la donation faite par le mineur à son ancien tuteur , il suffit que le tuteur ait rendu son compte , sans qu'il soit nécessaire d'avoir payé le reliqua . Nous pouvons encore ajouter , que bien loin que le tuteur , qui se trouve débiteur de son pupille à raison du reliqua , ait quelque autorité sur la personne de son ancien pupille , il est au contraire en quelque maniere soumis (comme débiteur) à son mineur ; aussi voyons-nous une infinité de loix , qui ont décidé que le mineur pouvoit léguer à son ancien tuteur le reliqua du compte de son adminis-

14. L'Ordonnance de 1549, est contraire à la Jurisprudence.

15. Elle borne la prohibition au seul tems de l'administration.

16. L'Administration cesse après la clôture du compte.

17. Le défaut de paiement du reliqua , ne donne aucun empire au tuteur sur l'esprit de son mineur.

18. Auteurs qui sont d'avis que la prohibition cesse , quand le compte est clôturé , quoique le reliqua ne soit pas payé.

19. Loix qui permettent au mineur de léguer à son tuteur.

tration, & entr'autres, la loi 20, §. 1, & la loi 37, §. 2, ff. de liberat. leg.

20. Explication de l'Auth. *eisdem pœnis*, Cod. de secundis nuptiis.

21. Raifons particulieres qui fervent de fondement à cette Authentique.

22. Réfolution que la parenté du tuteur fuffit pour faire valoir la libéralité.

23. Première raifon de cette réfolution.

24. La parenté exclut la préfomption de captation.

Que fi l'Auth. *eisdem pœnis*, cod. de secund. nuptiis ; après avoir exigé de la femme qu'elle ait fait nommer un tuteur à fes enfans du premier lit, & rendu fon compte tutélaire, avant de paffer à un fecond mariage, afin de ne pas encourir les peines que la loi inflige, exige encore qu'elle ait payé le reliqua, cette difpofition a fes raifons particulieres, qui ne peuvent point être appliquées à un tuteur ; favoir, le peu de faveur des fecondes nôces, que les légiflateurs ont confidérées comme funeftes aux enfans ; l'oubli du premier mari & de fes enfans ; la grande faveur de ceux-ci, & le violement fait par la femme de fon devoir, en transportant fes vœux & fon affection à un fecond mari, au lieu de les conferver à fes enfans, fuisvant le fentiment de la nature. Sans compter que cette loi étant purement pénale, on ne peut pas l'appliquer hors de fon cas.

Quant à la parenté d'entre le tuteur & fon ancien pupille, nous croyons qu'elle doit fuffire lorsqu'elle eft proche, quoiqu'il y ait des parens plus proches, pour rendre la donation exempte de préfomption de captation, & pour la faire valoir lorsqu'il n'y a pas d'ailleurs des preuves ou des préfomptions de captation ou de violence.

Nous nous fondons premièrement, fur ce que la captation que les Ordonnances fupposent être intervenue dans la donation faite par le mineur à fon tuteur, & qui eft l'unique motif de la nullité, étant une chofe illicite, & tenant en quelque façon du crime, on ne doit point la préfumer toutes les fois qu'il y a quelque circonftance qui peut avoir déterminé le donateur à faire la libéralité.

De-là vient que quand la proximité du fang fe rencontre dans la perfonne prohibée, on ne confidere plus la prohibition de la loi, parce que fon motif manque, & l'on ne préfume plus que l'autorité, l'artifice ou la captation aient attiré la difpofition ; mais on la rapporte aux juftes mouvemens de la nature, & à l'affection légitime qui font infiniment plus puiffans, & pour lefquels il eft plus équitable de préfumer, fuisvant la penfée du Jurifconfulte Papinien, dans la loi 28, §. 1, ff. de excusat. *cùm judicium patris ut filius, non ut tutor promeruit.*

En fecond lieu, fur ce qu'on trouve plufieurs

QUESTION XXXVI. 377

Arrêts qui ont confirmé des donations faites en faveur des personnes prohibées, par la seule considération de la parenté, qui suffisoit pour avoir servi de fondement à la libéralité : ces Arrêts sont rapportés par *Basnage, sur la coutume de Normandie, article 439*; & par *Soefve, tom. 1, cent. 8, & tom. 2, cent. 2, ch. 54.*

En troisieme lieu, la question est ainsi décidée en termes exprès & formels par une *Ordonnance du Roi Louis XIV, du mois d'Août 1681*, pour le fait de la Marine, laquelle doit servir d'interprétation à celles de 1539 & de 1549, parce qu'en faisant une défense toute semblable à celle des Ordonnances de François I, & de Henri II, par les mêmes motifs, elle excepte néanmoins de la prohibition les parens de celui qui dispose.

Cette Ordonnance est au *liv. 3, tit. 11 des testamens & de la succession, article 3*; elle porte : *ne pourront les mêmes dispositions valoir au profit des Officiers du vaisseau, s'ils ne sont parens du testateur.* La raison de cette prohibition, comme l'explique le commentateur, est à cause du pouvoir absolu que ces Officiers ont dans le vaisseau, étant à craindre qu'ils ne fissent faire des dispositions testamentaires par ceux qui céderoient dans leur vaisseau pendant le voyage.

Le même Commentateur expliquant la raison pourquoi les parens ont été exceptés de la prohibition, dit qu'il est à présumer dans ce cas, que les dispositions ont été faites par des motifs d'amour & d'inclination naturelle qu'on a de faire du bien à ses parens, & non par des motifs de crainte & de soumission servile.

On peut même dire qu'il y a plus de raison d'excepter les parens de la prohibition des Ordonnances de François I, & de Henri II, qu'il n'y en avoit de les excepter dans le cas décidé par les Ordonnances de 1681; parce que, selon la remarque du Commentateur, les Officiers des vaisseaux ont un pouvoir absolu sur les gens du vaisseau; au lieu que le pouvoir du tuteur n'est pas d'une si grande étendue; il faut donc considérer la parenté du tuteur & du pupille comme un motif suffisant pour exclure la présomption de captation, & pour faire valoir la donation, à moins que la captation ne soit prouvée d'ailleurs, ou présumée par des conjectures violentes.

25. Deuxiemes raison, tirée de l'autorité des Arrêts.

26. Troisieme raison tirée de l'Ordonnance de 1681.

27. Disposition de cette Ordonnance.

28. Raisons pourquoi les parens sont exceptés de la prohibition de l'Ordonnance de 1681.

QUESTION XXXVII.

I. De quel jour font dus les fruits ou intérêts du retranchement qui est fait des Donations ou Dots, pour la légitime des autres enfans.

SOMMAIRES.

1. *Conflit des principes qui servent à décider cette question.*
2. *La question proposée comprend quatre cas.*
3. *Premier cas.*
4. *Deuxième cas.*
5. *Troisième cas.*
6. *Quatrième cas.*
7. *Des fruits de la Donation en immeubles.*
8. *Lorsque les biens donnés reviennent au donateur par la survenance des enfans, les fruits ne sont restituables que depuis la notification.*
9. *S'il faut dire la même chose, lorsque le retranchement est fait pour la légitime.*
10. *Si le retranchement pour la légitime se fait de plein droit.*
11. *Résolution que les fruits doivent être adjugés du jour que la légitime est échue.*
12. *Première raison de cette résolution: la légitime ne reçoit ni terme ni condition.*
13. *Deuxième raison: la légitime est séparée du patrimoine tacito juris intellectu, du moment qu'elle compete.*
14. *La Loi Si totas, Cod. de inoff. Donat. fait revenir de plein droit le retranchement dans le patrimoine du donateur.*
15. *Il ne faut point faire différence quant aux fruits entre les biens retranchés, & ceux qui sont dans le patrimoine du défunt.*
16. *Troisième raison: les enfans sont saisis de*

- la propriété & des fruits de la légitime, du jour du décès de leur pere ou mere.
17. Disposition de la Nouvelle 18, Cap. 3.
 18. Quatrieme raison.
 19. Cinquieme raison: toutes les fois que la légitime est due, les fruits sont dus aussi.
 20. La légitime est un droit universel.
 21. Les fruits augmentent la légitime, comme ils augmentent une hérédité.
 22. Le légitimaire est saisi, par la maxime, le mort saisit le vif.
 23. Réponse à l'objection, prise de la bonne foi, & de ce que la Donation est un titre.
 24. La légitime est subrogée aux alimens dus aux enfans.
 25. Différence entre le retranchement qui se fait pour la légitime & le retour, par la Loi Si unquam.
 26. L'acquéreur à titre onéreux est plus favorable qu'un donataire.
 27. Le légitimaire est déclaré créancier par la Loi.
 28. De la constitution de dot retranchée pour la légitime.
 29. Que les fruits sont dus de plein droit, & sans interpellation.
 30. Quid, si le retranchement de la dot n'étoit fait qu'après la mort du mari?
 31. Des intérêts du retranchement, lorsque la Donation est en argent.
 32. La plainte d'inofficiosité est un remede exorbitant.
 33. Le capital ne produit aucuns fruits entre les mains du donataire.
 34. Les intérêts sont odieux.
 35. Pourquoi sont-ils dus?
 36. Résolution que les intérêts sont dus de plein droit.
 37. Raisons de cette résolution.
 38. La légitime porte intérêt sans interpellation.
 39. La différence des biens qui composent la lé-

- gitime, ne change pas la nature de l'action.*
40. *Usuræ vicem fructuum obtinent.*
41. *Les intérêts sont dus de la même manière que les fruits.*
42. *Les intérêts des légitimes sont favorables.*
43. *Ils sont alloués au même rang que le capital.*
44. *Si les intérêts n'étoient pas adjugés, le légitimaire n'auroit pas des alimens.*
45. *Il n'y a rien d'exorbitant dans les Loix qui ordonnent le retranchement pour les légitimes.*
46. *Les peres ne doivent pas tout donner à un de leurs enfans, & priver les autres de leur subsistance.*
47. *Si les intérêts sont dus de plein droit, lorsque les Donations en argent sont retranchées.*
48. *Résolution de la question.*
49. *Si la discussion des biens du pere est nécessaire pour mettre le mari dans la mauvaise foi.*
50. *Fondement de la décision.*
51. *Dans l'action conditionis indebiti, les intérêts ne sont dus que depuis l'interpellation.*

1. Conflit des principes qui servent à décider cette question.

CETTE question n'est pas difficile à résoudre ; parce qu'elle n'est point décidée expressément par la loi ni par les Auteurs, & que les principes qui pourroient servir à la décision, semblent se combattre ; car si d'un côté la légitime est favorable, & si les loix disent qu'elle est due avec les fruits, d'autre part le titre & la bonne foi du donataire, qui souffre le retranchement de sa donation, semblent le mettre à l'abri de la restitution des fruits.

2. La question proposée comprend quatre cas.

La question, de la manière que nous l'avons proposée, présente quatre différentes hypothèses. La première, de la légitime prise sur une donation pure & simple faite en immeubles, de quel jour les fruits en peuvent-ils être prétendus ? La deuxième, de la légitime sur une donation en argent, de quel jour les intérêts peuvent-ils être demandés ? La troisième, de la légitime qui doit être prise sur une constitution de dot faite en immeubles par rapport aux fruits. Et la quatrième, de la légitime à prendre sur une constitution de dot en argent, par rapport aux intérêts.

3. Premier cas.

4. Deuxième cas.

5. Troisième cas.

6. Quatrième cas.

Commençons par la donation, qui consiste en immeubles. L'article XLI de l'Ordonnance du mois de Février 1731, veut que, quoique le retour des biens donnés se fasse de plein droit par la survenance des enfans en vertu de la loi *Si unquam, cod. de revocand. donat.* toutefois les fruits ne puissent être prétendus que du jour que la naissance de l'enfant, ou sa légitimation par mariage subséquent, aura été notifiée au donataire par exploit ou autre acte en bonne forme : les principales raisons, sont que la condition qui opérè la révocation n'est pas expresse, & que la donation étant un titre légitime, qui produit la bonne foi, cela suffit pour faire gagner les fruits perçus par le donataire, même depuis la naissance des enfans, suivant la loi 48, ff. de *acquir. rer. dominio*, qui adjuge tous les fruits indistinctement à l'acquereur de bonne foi qui a un titre légitime, quoique dans la suite il soit résolu ; la raison en est, parce que le possesseur de bonne foi, *loco domini penè est* : il semble donc qu'il faille dire la même chose dans le cas du retranchement de la donation qui se fait pour la légitime des enfans ; d'autant mieux que le retranchement ne se fait pas de plein droit, mais seulement lorsqu'on propose la plainte d'inofficiofité ; le titre & la bonne foi du donataire subsistent jusques à l'interpellation judiciaire, & par conséquent le cas paroît plus favorable pour le donataire, que celui de la révocation qui se fait par la loi *Si unquam*.

Nous croyons pourtant, malgré ces raisons, que les fruits doivent être adjugés aux enfans légitimaires, du jour du décès de leur pere ou mere, sur les biens desquels la légitime est demandée, sans qu'il soit besoin d'interpellation judiciaire : nos raisons sont, 1^o. que la légitime est due de plein droit, dès aussi-tôt que le pere ou la mere sont décédés, jusques-là que le pere ou la mere ne peuvent lui imposer aucune charge, condition ni délai, suivant les loix 30 & 32, *cod. de inoff. testamento*.

2^o. Que la légitime appartient tellement aux enfans d'abord après la mort du défunt, qu'elle est censée séparée par le ministère de la loi, des autres biens, même avant que la demande en ait été formée, comme le remarque fort bien *Merlinus de legitima, lib. 2, tit. 1, quest. 1, N. 20* ; & qui plus est,

7. Des fruits de la Donation en immeubles.

8. Lorsque les biens donnés reviennent au donateur par la survenance des enfans, les fruits ne sont restituables que depuis la notification.

9. S'il faut dire la même chose, lorsque le retranchement est fait pour la légitime.

10. Si le retranchement pour la légitime se fait de plein droit.

11. Résolution que les fruits doivent être adjugés du jour que la légitime est échue.

12. Première raison de cette résolution : la légitime ne reçoit ni terme ni condition.

13. Deuxième raison : la deuxième est séparée du patrimoine, *vacatio juris intel-*

lectu, du moment qu'elle compete.

14. La Loi *Si totas*, *Cod. de inoff. Donat.* fait revenir de plein droit le retranchement dans le patrimoine du donateur.

15. Il ne faut point faire différence quant aux fruits entre les biens retranchés, & ceux qui sont dans le patrimoine du défunt.

16. Troisième raison; les enfans sont saisis de la propriété & des fruits de la légitime du jour du décès de leur pere ou mere.

17. Disposition de la Nouvelle 18, Cap. 3.

quand le patrimoine est épuisé par les donations, la loi *Si totas* 5, *cod. de inoff. donat.* veut que la légitime des autres enfans revienne de plein droit dans le patrimoine du donateur: *ex factis donationibus distractum*, dit la loi, *ut filii vel nepotes, postea ex quocumque legitimo matrimonio nati debitum bonorum subsidium consequantur, ad patrimonium tuum revertitur*, selon la lecture d'*Haloander*; ce qui prouve que ce qui est retranché pour la légitime, est considéré comme étant encore dans le patrimoine du donateur au tems de sa mort, ou que du moins il y rentre & revient de la même maniere que s'il n'en avoit pas été séparé par la donation; voilà pourquoi il ne faut faire aucune différence entre les biens qui sont en la possession du pere lors de son décès, & ceux qu'il a donnés pendant sa vie, & qui doivent souffrir le retranchement pour la légitime, puisque la loi par sa toute-puissance les y fait rentrer, *ad patrimonium tuum revertitur.*

3°. Non-seulement la propriété de la légitime passe sur la tête des enfans, au moment du décès de leur pere ou mere, pour le fonds, mais encore pour les fruits, comme le décide en termes exprès la Nouvelle 18, cap. 3, qui défend au pere, & à tous les autres ascendans de l'un & de l'autre sexe, d'imposer aucune charge, condition ni délai, directement ni indirectement à l'usufruit, de même qu'à la propriété de la légitime aux ascendans: *Sed modis omnibus eis, hujus legitimæ partis quam nunc deputavimus, & usumfructum insuper, & proprietatem relinquat*: l'Empereur en allegue cette belle raison, *si vult filiorum non repente fame morientium, sed vivere valentium vocari pater.*

Or si les ascendans ne peuvent par aucune sorte de voie frustrer leurs descendans de leur légitime, tant pour le fonds que pour les fruits, il est clair que les fruits sont dus de plein droit depuis la mort du défunt sur les biens donnés, qui souffrent le retranchement, de la même maniere que s'ils étoient dans le patrimoine du défunt au tems de sa mort; car autrement il arriveroit, contre la prévoyance de la loi, que le pere pourroit par une voie indirecte, en épuisant son patrimoine par des donations, priver ses enfans des fruits de leur légitime; ce que les loix défendent étroitement.

4°. Puisqu'aux termes de la loi 5, *cod. de inoff. donat.* les enfans deviennent propriétaires de plein droit de leur légitime qui est prise sur les donations qui sont retranchées, parce que le retranchement revient dans le patrimoine du donateur, les fruits qui sont une suite de la propriété, doivent pareillement leur appartenir.

Enfin, c'est une maxime reçue par une foule de Docteurs, rapportés par *Peregrinus de fideicom. art. 36, N. 69*, & par *Merlinus*, au lieu préallégué, *N. 3, 4 & 30*, que toutes les fois que la légitime est due, les fruits sont dus aussi, *numquam stare potest legitima sine fructibus*, lesquels doivent être rendus par l'héritier, ou tout autre possesseur qui les ont perçus; la raison en est, selon cet Auteur, que la légitime est un droit universel; & comme les fruits augmentent une hérédité, ils augmentent aussi la légitime; & cela est encore plus indubitable en France, où l'on observe la maxime, *le mort saisit le vif*, suivant laquelle le légitimaire étant saisi de plein droit, il n'a pas besoin de venir par action pour se faire adjuger les fruits, selon la remarque de *Me. Denis Lebrun, des successions, liv. 2, ch. 3, sect. 11, N. 1.*

La donation qui est le titre du donataire, ni la bonne foi, ne peuvent pas empêcher que les fruits ne soient dus au légitimaire, soit parce que la loi 5, *cod. de inoff. donat.* fait revenir de plein droit au patrimoine du donateur ce qui doit être distrait des donations pour la légitime des enfans; voilà pourquoi le titre étant résolu à cet égard par la puissance de la loi, il ne peut pas servir de fondement au donataire pour gagner les fruits, soit parce que la légitime étant subrogée aux alimens que les ascendans doivent naturellement à leurs enfans, comme nous l'avons remarqué ailleurs, & ces alimens devant être pris sur les fruits des biens légitimaires, afin que les enfans ne meurent pas de faim, aux termes de la *Novel. 18, cap. 3*, ceci fait voir la différence qu'il y a entre notre cas & celui de la révocation qui se fait par le bénéfice de loi *Si unquam*, ou d'un acheteur de bonne foi, dont parle la loi 48, *ff. de acquir. rer. dominio*, lequel étant acquéreur à titre onéreux, est bien plus favorable qu'un donataire dont le titre est purement gratuit; voilà pourquoi dans le concours du donataire & du légitimaire, la

18. Quatrième raison.

19. Cinquième raison: toutes les fois que la légitime est due, les fruits sont dus aussi.

20. La légitime est un droit universel.

21. Les fruits augmentent une hérédité.

22. Le légitimaire est saisi par la maxime, *le mort saisit le vif*.

23. Réponse à l'objection, prise de la bonne foi, & de ce que la Donation est un titre.

24. La légitime est subrogée aux alimens dus aux enfans.

25. Différence entre le retranchement qui se fait pour la légitime & le retour par la Loi *Si unquam*.

26. L'acquéreur à titre oné-

reux ; est plus favorable qu'un donataire.

27. Le légitimaire est déclaré créancier par la Loi.

28. De la constitution de dot retranché pour la légitime.

29. Que les fruits sont dus de plein droit & sans interpellation.

30. *Quid*, si le retranchement de la dot n'étoit fait qu'après la mort du mari ?

31. Des intérêts du retranchement, lorsque la Donation est en argent.

32. La plainte d'inofficiosité est un remède exorbitant.

33. Le capital ne produit aucuns fruits entre les mains du donataire.

34. Les intérêts sont odieux.

35. Pourquoi sont-ils dus ?

faveur de ce dernier doit l'emporter, parce qu'il est déclaré créancier par la loi, & *certat de damno vitando* ; au lieu que le donataire *certat de lucro captando*.

Nous ne pensons pas qu'il faille faire différence entre la donation pure & simple, & la constitution de dot à l'égard des fruits, parce que le retranchement de la dot devant se faire de la même manière que le retranchement des donations, comme nous l'avons prouvé dans la question 10, même sans attendre la mort du mari, les légitimaires ont droit de prétendre les fruits, du moment que le retranchement peut être demandé; c'est-à-dire, du jour du décès du constituant.

Que s'il falloit différer le retranchement de la dot jusqu'à ce que le droit du mari eût été résolu, comme le Parlement de Toulouse l'observoit avant l'Ordonnance du mois de Février 1731; dans ce cas il faudroit pareillement différer la restitution des fruits, parce que les fruits qui ne sont qu'un accessoire, ne peuvent être demandés avant de pouvoir former la demande du principal; mais ils seroient dus sans difficulté, dès aussi-tôt que le droit du mari auroit cessé, sans qu'il fût besoin que les légitimaires eussent intenté leur action pour demander le retranchement, par des raisons que nous avons expliquées en parlant du retranchement des donations, qui s'appliquent également au retranchement de la dot.

Il y a plus de difficulté au sujet des intérêts, lorsque la donation est en argent; car outre les raisons prises du titre & de la bonne foi, le donataire peut dire encore que la plainte d'inofficiosité est un remède exorbitant; qu'ainsi il suffit de retrancher le capital seulement, lequel ne produisant aucuns fruits entre les mains du donataire, il ne seroit pas juste de diminuer la donation par un double retranchement du capital; c'est-à-dire, en prenant une partie du capital, & en le diminuant encore au moyen des intérêts dont il ne profite pas lui-même. On peut encore ajouter que les intérêts sont odieux; qu'ils ne sont pas dus, *propter lucrum petentium, sed propter moram non solventium*, aux termes de la loi 17, §. 3, *ff. de usuris*; qu'ainsi ils ne peuvent pas être prétendus, à moins qu'il n'y ait une interpellation ju-

diciaire qui ait constitué le donataire en demeure.

Mais ces raisons ne doivent pas empêcher, à notre avis, que les intérêts ne soient adjugés aux légitimaires du jour de la mort de celui du chef duquel la légitime est demandée, parce que les enfans sont saisis de leur légitime, soit qu'elle consiste en biens immeubles ou en argent, suivant *Me. Denis Lebrun*, au lieu préallégué, & les Auteurs par lui cités; qu'ainsi ils n'ont pas besoin de former leur demande pour faire courir les intérêts de leur légitime; aussi tous les Auteurs, du nombre desquels sont *Merlinus de legitima*, au lieu préallégué; *M. Larroche*, liv. 6, tit. 63, article 2; *Peregrinus de fideicommissis*, article 36, n^o. 69; & *Basset*, tom. 1 de ses Arrêts, liv. 5, tit. 11, ch. 5, conviennent que les intérêts des droits légitimaires courent sans interpellation du jour que la légitime est échue; que la différence des biens qui composent la légitime ne change point la nature de l'action qui produit naturellement des accessoires; que les intérêts considérés comme des fruits, *usura vicem fructuum obtinent & merito non debent à fructibus separari*, L. 34, ff. de usuris. Voilà pourquoi les intérêts sont dus de la même manière que nous avons montré que les fruits étoient dus; qu'il s'en faut bien que les intérêts des légitimes soient odieux, ni qu'il faille une interpellation pour les faire courir, puisque les intérêts des légitimes sont si favorables, que non-seulement on les adjuge sans interpellation, mais encore on les alloue au même rang que le capital au Parlement de Toulouse, où l'on est dans l'usage de n'allouer les intérêts qu'en dernier rang, suivant *M. Dolive*, liv. 4, ch. 21; que si les intérêts n'étoient pas accordés au légitimaire, il seroit privé de ses alimens pour le tems qu'il auroit laissé passer sans intenter son action, & il seroit obligé d'employer le capital de sa légitime pour payer les dettes qu'il pourroit avoir contractées pour se nourrir; ce qui seroit contraire à l'esprit de la *Novelle 18*, cap. 3. Du reste, il n'y a rien d'exorbitant dans les loix qui ordonnent le retranchement des donations excessives; car il n'a été introduit que par un motif d'équité, parce que les peres ne doivent pas donner tout à l'un de leurs enfans, & priver les autres même de leur subsistance.

Nous aurions un grand penchant à penser la même

36. Résolution que les intérêts sont dus de plein droit.

37. Raisons de cette résolution.

38. La légitime porte intérêt sans interpellation.

39. La différence des biens qui composent la légitime, ne change pas la nature de l'action.

40. *Usura vicem fructuum obtinent.*

41. Les intérêts sont dus de la même manière que les fruits.

42. Les intérêts des légitimes sont favorables.

43. Ils sont alloués au même rang que le capital.

44. Si les intérêts n'étoient pas adjugés, le légitimaire n'auroit pas des alimens.

45. Il n'y a rien d'exorbitant dans les Loix qui ordonnent le retranchement pour les légitimes.

46. Les peres

ne doivent pas tout donner à un de leurs enfans, & priver les autres de leur subsistance.

47. Si les intérêts sont dus de plein droit, lorsque les dots en argent sont retranchées.

48. Résolution de la question.

49. Si la discussion des biens du pere est nécessaire pour mettre le mari dans la mauvaise foi.

50. Fondement de la décision.

51. Dans l'action *condictionis indebiti*, les intérêts ne sont dus que depuis l'interpellation.

chose des intérêts de la légitime qui doit être prise par le retranchement de la dot constituée au mari, par les raisons que nous venons de toucher; mais comme la question a été jugée *in terminis* par un Arrêt du Parlement de Grenoble, du 6 Septembre 1653, rapporté par *Basset dans ses Arrêts, tom. 1, liv. 5, tit. 11, ch. 6*, par lequel Arrêt les intérêts de la légitime demandée sur une dot constituée, ne furent adjugés au légitimaire que du jour de la Sentence de discussion des biens du pere, sur lesquels la légitime devoit être prise; nous croyons qu'à cet égard il vaut mieux s'en tenir à la décision de l'Arrêt; ce n'est pas que nous croyions que la discussion, pour établir l'insuffisance des biens du pere, soit nécessaire pour mettre dans la mauvaise foi le gendre qui a reçu la dot à lui constituée; car, comme nous l'avons prouvé ci-dessus, la bonne foi ne doit pas entrer en considération, à cause de la disposition de la loi, *si totas 5, cod. de inoff. donat.* qui fait rentrer les donations dans le patrimoine du donateur, à concurrence du retranchement qui doit être fait pour les légitimes; mais il nous semble que la loi *1, cod. de condict. indeb.* peut recevoir dans ce cas une application assez juste, parce que le gendre auquel le beau-pere a constitué une dot plus forte que ses biens ne pouvoient supporter, doit être considéré comme ayant reçu le payement d'une somme non-due, en ce que la dot excède les facultés du constituant; & comme dans le cas auquel la loi accorde l'action, *condictionis indebiti*, les intérêts ne sont pas dus avant l'interpellation; aussi ne doit-on pas les adjuger au légitimaire contre son beau-frere, qui est assez malheureux de souffrir un retranchement de la dot par lui reçue de bonne foi, & auquel il ne s'attendoit pas, lorsqu'il s'est marié. ¶ Mais les intérêts devoient être adjugés de plein droit, si le légitimaire n'avoit à combattre que contre sa sœur, à laquelle la dot a été constituée, parce qu'alors il ne pourroit être question que d'une donation, le mari n'étant plus intéressé. ¶

QUESTION XXXVIII.

I. Lorsque le donateur s'est réservé la faculté de disposer de certains biens, ou d'une certaine somme, comment faut-il qu'il en dispose? Une disposition générale est-elle suffisante, ou faut-il une disposition expresse?

S O M M A I R E S.

1. Plusieurs cas à distinguer pour l'éclaircissement de cette question.
2. Premier cas : lorsque dans une Donation générale le donateur fait des réserves.
3. Ancienne Jurisprudence du Parlement de Toulouse, qui accordoit les réserves au donataire, quand le donateur n'en dispoit pas.
4. Raisons de cette Jurisprudence.
5. Opinion de Dumoulin conforme, quand la Donation est de tous les biens présents & à venir.
6. Le Parlement de Toulouse juge présentement le contraire.
7. Fondemens de cette nouvelle Jurisprudence.
8. Auteurs qui la confirment.
9. De la réserve faite dans une institution contractuelle.
10. Raisons de douter.
11. La faculté de disposer n'est pas la cause finale de la réserve.
12. Résolution que faute de disposition la réserve est comprise dans l'institution contractuelle.
13. L'institution contractuelle est un titre universel, de même que l'institution testamentaire.
14. Différence entre la Donation universelle & l'institution contractuelle.
15. La succession ab intestat est compatible avec la Donation universelle ; mais non pas avec l'institution contractuelle.

328 QUESTION XXXVIII.

16. Arrêt du Parlement de Paris conforme.
17. Dans le Pays du Droit écrit, la tradition n'est pas nécessaire pour la validité des Donations.
18. Troisième cas de la Donation, avec réserve pour en disposer, avec clause qu'en défaut de disposition expresse, elle seroit comprise dans la Donation.
19. Il faut une disposition expresse, pour empêcher que la réserve n'appartienne pas au donataire.
20. La condition doit être remplie, in forma specifica.
21. Quid dans les Pays Coutumiers, où la tradition est requise.
22. Quatrième cas de la Donation générale, avec réserve pour en disposer; & faute de disposition, qu'elle appartiendroit au donataire.
23. Une disposition générale comprend la réserve.
24. Les paroles doivent être entendues, de manière qu'elles ne soient point oiseuses.
25. Cinquième cas de la Donation particulière, avec réserve, qui sera comprise dans la Donation, faute de disposition.
26. Hypothèse jugée par Arrêt du Parlement de Toulouse.
27. Clause de la Donation.
28. Testament du donateur.
29. Codicille du même donateur.
30. Procès au sujet de la somme de 6000 l. réservée.
31. Jugement de Requêtes en faveur du donataire, faute de disposition expresse.
32. Raisons de l'héritier Appellant.
33. L'institution d'héritier étant de tous les biens, noms, voix, droits & actions, elle devoit comprendre la somme de 6000 livres.
34. L'héritier succède à tous les biens du défunt.
35. Qui donne tout, n'exclud rien.
36. Specialia generalibus infunt.
37. Suite des raisons de l'héritier.

38. *Les Donations sont stricti juris.*
39. *De toto quoad partem, quod juris est, idem de parte quoad partem.*
40. *La disposition générale a fait manquer la condition sous laquelle la réserve doit être comprise dans la Donation.*
41. *Quod sub una conditione datur, sub contraria conditione censetur ademptum.*
42. *On peut substituer ex intervallo aux biens donnés par une disposition vague, quand le donateur s'en est réservé la faculté.*
43. *Les biens donnés sont extra causam bonorum.*
44. *Raisons du donataire.*
45. *La somme de 6000 liv. est comprise dans la Donation, si le donataire n'en dispose pas.*
46. *Les Donations peuvent être faites sous condition.*
47. *La condition ne pouvoit manquer que par une disposition expresse.*
48. *Le donataire étant fondé sur une volonté expresse, il n'y avoit qu'une volonté contraire expresse qui pût le priver de la Donation.*
49. *Une disposition vague ne peut pas détruire une volonté expresse.*
50. *Quoique l'institution d'héritier renferme une élection tacite, elle n'empêche pas l'effet d'une nomination expresse.*
51. *Différence entre la Donation générale, avec réserve, & une Donation particulière, aussi avec réserve.*
52. *Si le donateur avoit eu intention d'ôter les 6000 livres au donataire, il en auroit disposé expressément.*
53. *Raison particulière tirée du fait.*
54. *Arrêt en faveur du donataire.*
55. *Disposition de l'Ordonnance du mois de Février 1731.*

Il y a cinq différens cas à distinguer pour l'éclaircissement de cette question. Le premier est, lorsque le donateur s'est réservé dans une donation générale de tous les biens présens & à venir, une

1. Plusieurs cas à distinguer pour l'éclaircissement de cette question,

2. Premier cas : lorsque dans une Donation générale, le donateur fait des réserves.

3. Ancienne Jurisprudence du Parlement de Toulouse qui accordoit les réserves au donataire, quand le donataire n'en disposoit pas.

4. Raisons de cette Jurisprudence.

5. Opinion de Dumoulin conforme, quand la Donation est de tous les biens présents & avenir.

6. Le Parlement de Toulouse juge présentement le contraire.

7. Fondement de la nouvelle Jurisprudence.

8. Auteurs qui la confirment.

9. De la réserve faite dans une institution contractuelle.

10. Raisons de douter.

11. La faculté de disposer

certaine somme ou certains biens pour en disposer ; est-il nécessaire qu'il en dispose, & en défaut de disposition, la réserve appartiendra-t-elle aux héritiers *ab intestat* du donateur ?

Les anciens Arrêts du Parlement de Toulouse, rapportés par *M. Larroche*, *verb. Dot*, article 11, & *verb. Mariage*, décidoient cette difficulté contre les héritiers, lorsque la femme se mariant dans la coutume, se constituoit tous ses biens sous certaines réserves, pour en disposer ; auquel cas la réserve étoit déclarée appartenir au mari, lorsque la femme ne profitoit pas de la faculté de disposer : les raisons de cette opinion sont rapportées par *M. Philippy*, dans sa Réponse 48, N. 46, 47, 48, & 49. La principale est, que la disposition étant le fondement ou la condition de la réserve, elle cessoit dès que la femme n'en usoit pas ; il y a même des Auteurs, & entr'autres, *Dumoulin & Bouchel*, dans son traité des conventions de succéder, ch. 1, N. 25, qui estiment que la réserve doit appartenir au donataire, & non aux héritiers du donateur, qui n'a point disposé ; à moins que la donation ne fût bornée aux biens présents.

Mais la Jurisprudence avoit changé, & l'on jugeoit avant l'ordonnance du mois de Février 1731, que la réserve faite par la femme ou par le donateur, de tous les biens présents & à venir, devoit appartenir à ses héritiers *ab intestat*, quoiqu'ils fussent décédés sans faire de disposition ; ce qui est fondé sur la loi 25, *cod. de jur. dot.* sur la loi 4, *cod. de contrahenda & committ. stipul.* & sur les autres raisons expliquées par *M. Philippy*, au lieu préallégué, N. 50, & suivans, & par *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. Cambolas*, liv. 5, ch. 1 ; & *Me. Denis Lebrun*, des successions, liv. 3, ch. 2, N. 24, sont du même avis.

Le cas est plus difficile, lorsqu'il s'agit d'une institution contractuelle avec certaine réserve : car, quoiqu'il semble d'abord que ce qui est réservé ne doit pas faire partie de l'institution contractuelle, comme il ne fait pas partie de la donation universelle, on peut conclure, comme dans l'espece de la donation universelle, que la réserve doit apparte-

dir aux héritiers *ab intestat*, & non pas à l'héritier contractuel; parce que, suivant la loi 25, *cod. de jur. dot.* & les Auteurs que nous venons de citer, la disposition n'est pas la cause finale ou la condition de laquelle l'effet de la réserve dépend; mais elle est seulement la cause impulsive.

Cependant il y a lieu de décider le contraire, par cette raison, que l'institution contractuelle est un titre aussi universel que l'institution testamentaire; & par conséquent elle comprend tout ce qui tomberoit dans la succession *ab intestat*, & tous les biens que le défunt possédoit au tems de sa mort; ce qui fait voir la différence qu'il y a avec la donation, parce que quelque générale qu'elle soit, elle est toujours considérée comme un titre particulier ¶ dans le sens du droit Romain, qui ne reconnoît d'autre titre universel que la succession testamentaire ou légitime; il est pourtant vrai que, suivant nos maximes, la donation universelle est considérée comme un titre universel; ¶ voilà pourquoi la succession *ab intestat* est compatible avec la donation universelle, quand elle contient une réserve au profit du donateur; au lieu que la qualité d'héritier *ab intestat* est incompatible avec celle de seul héritier contractuel, comme l'observe M. Denis Lebrun, *des successions*, liv. 3, ch. 2, N. 24. Ainsi pour retrancher la réserve de l'effet de l'institution contractuelle, il faut que l'instituant use de la faculté de disposer de la réserve; autrement elle doit nécessairement y être comprise, à cause de la nature de l'institution, qui exclut la voie de la succession *ab intestat*; & c'est ainsi que la question a été jugée par un Arrêt du 2 Août 1678, rapporté au tom. 1 du *Journal du Palais*, pag. 931, & par de Lauriere, dans son *traité des institutions & substitutions contractuelles*, ch. 4, depuis le nombre 168, jusques à la fin, où l'on peut voir les raisons de part & d'autre.

Il ne pourroit pas y avoir de dispute dans le pays du droit écrit, où la formalité de la tradition n'est pas nécessaire pour la validité des donations au sujet du troisieme cas, où nous supposons que la donation générale ou particuliere, avec une réserve pour en disposer, contienne la clause qu'en défaut de disposition expresse, la réserve sera comprise dans la donation; car non-seulement la réserve n'ap-

n'est pas la cause finale de la réserve.

12. Résolution que faute de disposition la réserve est comprise dans l'institution contractuelle.

13. L'institution contractuelle est un titre universel, de même que l'institution testamentaire.

14. Différence entre la Donation universelle, & l'institution contractuelle.

15. La succession *ab intestat* est compatible avec la Donation universelle; mais non-pas avec l'institution contractuelle.]

16. Arrêt du Parlement de Paris conforme.

17. Dans le Pais du Droit écrit, la tradition n'est pas nécessaire pour la validité des Donations.

18. Troisieme cas de la Donation avec

réserve, pour en disposer avec clause, qu'en défaut de disposition expresse, elle seroit comprise dans la Donation.

19. Il faut une disposition expresse pour empêcher que la réserve n'appartienne pas au donataire.

20. La condition doit être remplie *in forma specifica*.

21. *Quid* dans les Pais Coutumiers où la tradition est requise.

22. Quatrième cas de la Donation générale, avec réserve pour en disposer; & fau-

partient pas aux héritiers du donateur, lorsqu'il déscede sans disposition, mais encore pour la tirer de la donation, il faut une disposition expresse, & qui fasse mention, *nominatim*, des biens réservés, parce que le donateur s'est imposé lui-même cette loi, que la disposition expresse doit être considérée comme la condition de la donation à cet égard, laquelle condition doit être remplie, *in forma specifica*, suivant la décision de la loi *Mævius 55, ff. de condit. & demonstrat.* & l'on ne peut pas dire avec fondement que la faculté de disposer ne soit que la cause impulsive, comme dans le premier cas, que nous avons expliqué ci-dessus, parce que la nécessité que le donateur s'est imposée de disposer expressément de la réserve, afin qu'elle ne fasse pas partie de la donation, fait voir clairement le contraire, puisqu'aux termes de la convention, une disposition vague, quelque générale qu'elle fût, ne fauroit s'y appliquer.

À l'égard des pays où la coutume exige la tradition pour la validité des donations entre-vifs, comme la réserve retranche de la donation actuelle les biens réservés, & que la clause qui les y fait comprendre conditionnellement; c'est-à-dire, en défaut de disposition expresse, a trait de tems, & se réfère à la mort du donateur, qui peut user de la faculté de disposer jusqu'au moment de sa vie, est clairement contraire à ce qui est désiré par les coutumes; c'est-à-dire, que le donateur se soit désaisi de droit ou de fait, elle est inutile & inefficace; voilà pourquoi les biens appartiennent aux héritiers du donateur, quoiqu'il n'ait point disposé, comme le remarque fort bien *Ricard, des donations, tom. 1, part. 1, N. 1017, & partie 3, N. 746*; sur quoi on peut voir la précaution qui est conseillée par *Brodeau, sur M. Louet, lett. D, somm. 10, N. 7*; & par *Henris, tom. 2, liv. 4, quest. 10*; il faut encore voir ce que nous avons observé sur les articles 16 & 18 de l'ordonnance de 1731.

Le quatrième cas est, lorsque la donation est de tous les biens présens & à venir sous une certaine réserve pour en disposer, sans ajouter que la disposition soit expresse, avec convention néanmoins, qu'à défaut de disposition, les biens réservés appartiendront au donataire; dans ce cas, il n'y a point

de doute qu'une telle disposition générale, comprise sous l'institution d'héritier, ne soit suffisante pour comprendre la réserve, suivant la décision de la loi *Cum quis decedens* 37, §. *Pater* 3, ff. de leg. 3, où le Jurisconsulte *Scavola* décide qu'un pere qui avoit donné entre-vifs tous ses biens à son fils, sous la réserve de deux esclaves, & de pouvoir substituer aux biens donnés, avoit pu charger son fils, quoiqu'il ne fût point son héritier, de donner certain argent; & d'affranchir un esclave, sans faire mention des biens dont le donateur s'étoit réservé la disposition; & d'ailleurs la disposition, quoique générale, ne pouvant, dans notre espece, se rapporter qu'aux biens dont la disposition est réservée, parce que tout le reste est donné, elle doit être considérée comme spéciale, *verbis generalibus*; & par conséquent la généralité de la disposition doit avoir la même force que si elle étoit conçue en termes exprès, & que le donateur eût parlé *nominatim* des biens réservés, parce que les paroles doivent être entendues de maniere qu'elles operent quelque effet, & qu'elles ne soient pas oiseuses; car s'il en étoit autrement, la disposition générale du donateur seroit sans effet; & comme l'on ne peut pas penser qu'il ait voulu faire une disposition inutile, il faut nécessairement l'appliquer aux biens réservés.

Le cinquieme & dernier cas qui nous a donné occasion d'examiner tous les précédens, pour empêcher qu'on ne confondit les différentes hypotheses, & qu'on ne prît pas pour regle une décision particulière, est dans l'espece suivante, qui s'est présentée au Parlement de Toulouse. Jean Tabariés, qui avoit des neveux de plusieurs freres, mariant Jean-Jacques Tabariés son neveu, avec Marie-Claire de Pradal, lui fit donation entre-vifs, dans son contrat de mariage du 23 Avril 1725, des Offices de Receveur triennal des tailles & taillon du Diocèse de Saint Pons, avec tous les droits & revenus, & il fut dit, que moyennant cette donation, le donataire ne pourroit plus rien prétendre sur ses autres biens & hérédité, sous aucun prétexte que ce soit, déclarant qu'en cas il vienne à décéder sans refaire un testament clos, qu'il dit avoir fait, audit cas l'institution héréditaire faite au profit du donataire pour succéder à une partie de ses biens, demeurera comme non-avenue.

tion, qu'elle appartiendroit au donataire.

23. Une disposition générale comprend la réserve.

24. Les paroles doivent être entendues de maniere qu'elles ne soient pas oiseuses.

25. Cinquieme cas de la Donation particuliere, avec réserve qui sera comprise dans la Donation, faute de disposition.

26. Hypothese jugée par Arrêt du Parlement de Toulouse.

27. Clause de la Donation.

Et par une autre clause, qui faisoit la difficulté du Procès, il est dit : *Se réservant toutefois par exprès pendant sa vie, la moitié des revenus desdits Offices, &c. & finalement se réserve ledit Tabariés la somme de 6000 livres pour en disposer à sa volonté, à la fin de ses jours; & au cas il n'en disposeroit pas, elle appartiendra au Sieur Tabariés futur époux, en vertu du présent acte, comme faisant partie des biens donnés.*

28. Testament du donateur.

Jean Tabariés, oncle, fit son testament le 2 Mai 1726, par lequel il fit plusieurs legs, & il institua son héritier Antoine Tabariés, son autre neveu, pour recueillir tous ses biens, noms, voix, droits & actions, présens & à venir; mais il ne parla point de la somme de 6000 livres, dont il s'étoit réservé la faculté de disposer.

29. Codicille du même donateur.

Le deuxieme Octobre, il fit encore un codicille, dans lequel il légua à Jean-Jacques Tabariés, & à Joseph Tabariés, freres, la somme de 2400 livres à partager entr'eux, sans faire non-plus mention de la somme de 6000 livres.

30. Procès au sujet de la somme de 6000 livres réservée.

Jean Tabariés étant décédé dans cette volonté, il y eut Procès entre Antoine Tabariés, héritier, & Jean Jacques Tabariés, lequel Procès fut porté devant MM. des Requêtes du Palais à Toulouse, pour savoir à qui cette somme de 6000 livres devoit appartenir, ou à l'héritier, comme comprise dans la disposition générale de tous les biens, ou au donataire, faute de disposition spéciale & expresse; sur-quoi MM. des Requêtes rendirent un Jugement le 11 Septembre 1727, qui l'adjugea au donataire, comme étant nécessaire que le donateur en eût disposé expressément.

31. Jugement des Requêtes en faveur du donataire, faute de disposition expresse.

32. Raifons de l'héritier Appelant.

Antoine Tabariés, héritier, ayant interjetté appel au Parlement, prétendit que l'institution générale en tous les biens, noms, voix, droits & actions, étoit une disposition suffisante pour comprendre la somme de 6000 livres, dont la disposition avoit été réservée, que l'héritier succede à tous les droits du défunt; *L. 62, ff. de reg. jur. que celui qui donne tout, n'exclut absolument rien, & que suivant la loi 147, ff. de reg. jur. semper specialia generalibus insunt.*

33. L'institution d'héritier étant de tous les biens, noms, voix, droits & actions, elle devoit comprendre la somme de 6000 liv.

34. L'héritier succede à tous les biens du défunt.

Que la somme de 6000 livres étant réservée, elle n'étoit pas donnée; que si Jean Tabariés l'avoit simplement réservée, sans ajouter qu'elle seroit com-

35. Qui donne tout, n'exclut rien,

prise dans la donation, faite de disposition, elle auroit passé aux héritiers *ab intestat*, suivant la loi 25, *cod. de jure dot.* la loi 4, *cod. de contrahend. & commut. stipulat.* & les Arrêts rapportés par MM. Maynard, Cambolas & Dolive; qu'ainsi le moindre effet que doit opérer la disposition générale, est d'emporter la clause par laquelle il fut convenu qu'en défaut de disposition, la somme de 6000 livres seroit comprise dans la donation; d'autant mieux que le donateur ne s'étoit pas soumis à une disposition spéciale de cette somme; mais il s'étoit réservé vaguement la faculté d'en disposer à sa volonté à la fin de ses jours; voilà pourquoi on ne pouvoit pas prétendre qu'une disposition expresse fût nécessaire; car autrement ce seroit diminuer la faculté réservée de disposer à sa volonté, & toutes les fois qu'on a la liberté de faire une chose, il importe peu qu'on la fasse en termes généraux ou expressément.

Que les donations étant *stricti juris*, il faut les resserrer & en interpréter les clauses en faveur du donateur ou de ses héritiers, *tanquam magis dilecti*.

Que tout comme si la donation avoit été universelle, on ne pourroit pas douter qu'une disposition générale n'eût compris la réserve; on ne pouvoit pas non-plus faire difficulté au cas présent, quoique la donation ne fût pas générale, parce que *de toto quoad partem, quod juris est, idem de parte quoad partem*; L. 76, ff. *de rei vindic.*

Qu'il n'étoit pas nécessaire de faire mention spéciale de cette somme de 6000 livres, parce que le donateur n'ayant voulu qu'elle fût comprise dans la donation qu'en cas qu'il n'en disposeroit pas, comme il lui étoit permis de le faire, à sa volonté à la fin de ses jours, elle ne pouvoit appartenir au donataire qu'en cas le donateur décéderoit sans tester; ainsi ayant testé & disposé de tous ses biens généralement & sans exception, la condition sous laquelle la donation des 6000 livres étoit faite, avoit manqué, & la donation conditionnelle étoit anéantie, parce que *quod sub una conditione datur, sub contraria conditione censetur ademptum*; que selon les Arrêts rapportés par M. Dolive, liv. 5, ch. 15, on pouvoit substituer aux biens donnés par une disposition vague & générale, lorsque le donateur

36. *Specialia generalibus insunt.*

37. Suite des raisons de l'héritier.

38. Les Donations sont *stricti juris*.

39. *De toto quoad partem, quod juris est, idem de parte quoad partem.*

40. La disposition générale fait manquer la condition sous laquelle la réserve devoit être comprise dans la Donation.

41. *Quod sub una conditione datur, sub contraria conditione censetur ademptum.*

42. On peut substituer *ex intervallo* aux biens donnés par une disposition vague, quand le donateur s'en est réservé la faculté.

43. Les biens donnés sont *extra causam bonorum*.

44. Raifons du donateur.

45. La somme de 6000 livres est comprise dans la Donation, si le donateur n'en dispose.

46. Les Donations peuvent être faites sous condition.

47. La condition ne peut manquer que par une disposition expresse.

48. Le donataire étant fondé sur une volonté expresse, il n'y avoit qu'une volonté contraire expresse, qui pût le priver de la Donation.

49. Une disposition vague ne peut pas détruire une volonté expresse.

50. Quoique l'institution d'héritier ren-

s'en étoit réservé la faculté, quoique les biens donnés soient *extra causam bonorum*, & qu'on ne puisse y substituer qu'en termes exprès, lorsque cette faculté n'a pas été réservée; voilà pourquoi en argumentant d'un cas à l'autre, il n'y avoit point de doute que la disposition générale ne comprît la somme de 6000 livres; tout de même que si le testateur en avoit parlé *nominatim*.

Enfin, l'héritier prenoit divers argumens des circonstances particulières du fait, qui sembloient lui être favorables, & sur-tout du codicille par lequel Jean Tabariés avoit fait un legs au donataire, sans parler de la somme de 6000 livres réservée; d'où il concluoit qu'il avoit entendu que le donataire ne profitât pas de cette somme.

Le donataire disoit au contraire, que tous les argumens, & toutes les réflexions de l'héritier, étoient frivoles & mal appliquées; car, quoique la réserve empêchât que la somme de 6000 livres ne fût comprise dans la donation pure & simple, elle se trouvoit néanmoins donnée sous condition à la vérité; mais la condition n'empêche pas la validité des donations, suivant la loi 25, *cod. de donat.* pourvu que quand la condition est négative, comme au cas présent, elle n'arrive pas; or dans l'espece présente la donation de 6000 livres ayant été faite, au cas le donateur ne disposeroit pas de cette somme, afin que la condition arrivât, il falloit non une disposition générale de tous les biens, mais une disposition spéciale de cette somme, autrement la donation ne pouvoit souffrir aucune atteinte; car le donataire étant fondé en la volonté expresse & spéciale du donateur, qui vouloit que la somme de 6000 livres fût comprise dans la donation, faute d'en disposer, il n'y avoit qu'une volonté contraire, expresse & spéciale qui pût y déroger; & par conséquent il étoit indispensable que le donateur en disposât en termes exprès, parce qu'une disposition vague n'est pas capable d'empêcher l'effet d'une volonté expresse; & cette règle est si certaine, qu'on l'observe constamment dans le cas de l'élection aux fidéicommiss, ou aux donations contractuelles en faveur d'un d'entre plusieurs; car quoique l'institution d'héritier renferme une élection suffisante, cela n'a pas lieu quand une certaine personne a été nommé-

ment appelée en défaut d'une autre nomination ; & pour emporter la disposition expresse, il en faut une autre expresse & spéciale, une générale comprise sous l'institution d'héritier ne suffisant pas, suivant les Arrêts rapportés par *Me. Albert, verb. substitution, article 2 ; & par M. de Catellan, liv. 2, chap. 59.*

Il y a une grande différence à faire entre la donation particulière, avec une réserve, & la donation universelle, pareillement avec une réserve ; dans ce dernier cas, le donateur n'ayant d'autres biens dont il puisse disposer, que ceux qu'il a réservés, il faut nécessairement y appliquer la disposition générale, autrement elle seroit inutile & sans effet ; au lieu que quand le donateur a d'autres biens dont il peut disposer, la disposition vague peut & doit s'appliquer aux biens non donnés, & non à ceux qui sont compris dans une donation spéciale.

Que si le donateur avoit eu intention de priver le donataire de cette somme de 6000 livres, il n'auroit pas manqué d'en faire mention expresse, & de la comprendre nommément dans l'institution ; or ne l'ayant pas fait, c'est une marque qu'il n'a pas voulu user de la faculté d'en disposer, qu'il s'étoit réservée dans la donation, & qu'il a confirmé tacitement par son silence, la clause par laquelle il avoit voulu qu'elle fit partie de la donation contractuelle. On peut encore ajouter que la donation des 6000 livres réservées ne peut pas être considérée avec moins de faveur qu'une donation à cause de mort, qui est révocable, *nudâ voluntate ex sola pœnitentia*, comme nous le dirons dans la question 41 ; cependant l'institution d'héritier, quelque générale qu'elle soit, ne déroge point à une précédente donation à cause de mort, à moins qu'il n'en soit fait mention, comme l'a remarqué *Maurice Bernard, dans ses observations, liv. 5, chap. 14, n.º 28, après Covarravias ; ce qui est fondé sur la loi 68, ff. de leg. 2.*

Dans le cas particulier de ce procès, si le donateur en se réservant la faculté de disposer de la somme de 6000 liv. avoit porté ses vues sur une institution d'héritier, il s'ensuivroit que le donateur n'auroit jamais pu profiter de cette somme, puisque déjà lors de la donation, le donateur avoit fait un testament ; ainsi la faculté de disposer réservée par le donateur,

ferme une élection tacite, elle n'empêche pas l'effet d'une nomination expresse.

51. Différence entre la Donation générale, avec réserve, & une Donation particulière, aussi avec réserve.

52. Si le donateur avoit eu intention d'ôter les 6000 au donataire, il en auroit disposé expressément.

53. Raison particulière tirée du fait.

doit s'entendre d'une disposition expresse & spéciale de la somme de 6000 liv. à l'exception de la donation, qui ne vaut qu'à cause de mort, laquelle renferme la condition tacite, si le donateur n'en dispose autrement, ou ne la révoque pas; cependant pour donner atteinte à une telle donation, une disposition générale ne suffit pas; mais il en faut une spéciale, comme le décide la loi *Sequens quaestio* 68, ff. de leg. 2.

54. Arrêt en faveur du donataire.

Les raisons du donataire ayant prévalu, il fut rendu un Arrêt en la troisième Chambre des Enquêtes, au rapport de M. Blanc, le 7 Avril 1729, par lequel le Jugement de MM. des Requêtes fut confirmé, & la somme adjugée au donataire; par où l'on a jugé que quand la donation est particulière, si le donateur fait une réserve, voulant néanmoins qu'elle soit comprise dans la donation, faute d'en disposer, une disposition générale par l'institution d'héritier, ne suffit pas. Il est remarquable que ce cas ne peut présentement se rencontrer qu'au sujet d'une donation faite en contrat de mariage, parce que l'article XVI de l'Ordonnance du mois de Février

55. Disposition de l'Édit du mois de Février 1731.

1731, veut qu'en cas que le donateur se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation, ou d'une somme fixée à prendre sur les biens donnés, l'effet ou la somme réservée ne puissent être censés compris dans la donation, quand même le donateur seroit mort sans avoir disposé; auquel cas ils appartiendront aux héritiers du donateur, nonobstant toutes clauses ou stipulations à ce contraires; mais par l'article XVII, les donations faites en contrat de mariage en faveur des conjoints ou de leurs descendants, même par des collatéraux ou des étrangers, sont exceptées de cette disposition, & l'article XVIII veut qu'en cas que le donateur par contrat de mariage se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation de ses biens présents, ou d'une somme fixée à prendre sur lesdits biens, s'il meurt sans en avoir disposé, l'effet ou la somme réservée appartient au donataire ou à ses héritiers, & soient censés compris dans la donation.

QUESTION XXXIX.

- I. Si Dans le concours de deux Donations universelles, dont la premiere a été faite avec retention d'usufruit, & la deuxieme sans reservation de l'usufruit, la deuxieme doit prévaloir, lorsque le donataire s'est mis en possession réelle des biens donnés.
- II. *Quid*, si la seconde Donation est particulière, & que le donataire ait pris possession le premier.

S O M M A I R E S.

1. *Celui de deux acheteurs de la même chose vendue par la même personne, qui est le premier en possession, est préféré.*
2. *Il en est de même de deux donataires.*
3. *La même décision a lieu dans la vente d'une hérédité faite à deux personnes différentes.*
4. *L'acheteur qui est postposé, a la garantie contre le vendeur.*
5. *Autorité du Jurisconsulte Paul, au sujet de deux Donations.*
6. *Autorité tirée des Capitulaires de Charlemagne.*
7. *Autorité de M. Cujas, sur le même sujet.*
8. *Raison de cette préférence.*
9. *La propriété n'est acquise que par la tradition.*
10. *Le second acheteur devient propriétaire par la tradition.*
11. *Dans le concours d'un donataire & d'un acheteur, la préférence se regle par la possession.*
12. *Quid, si la Donation est universelle avec retention d'usufruit, la seconde Donation aussi universelle avec tradition, sera-t-elle préférée?*

334 QUESTION XXXIX.

13. *Décision en faveur du premier donataire.*
14. *Especce particuliere d'un Arrêt rendu sur cette Question.*
15. *Suite du fait.*
16. *Suite.*
17. *Transaétion sur Procès.*
18. *Exécution de cette Transaétion.*
19. *Sentence du premier Juge en faveur du second donataire.*
20. *Sentence du Sénéchal, qui casse celle du premier Juge.*
21. *Appel par le successeur du second donataire.*
22. *Le tuteur, ou autre administrateur, peut transiger, super re dubia.*
23. *Premiere raison de l'Appellant, prise de sa possession.*
24. *Deuxieme raison : selon les Auteurs, on ne considere point la possession feinte.*
25. *Réponse aux Loix qui disent que la retention d'usufruit équipolle à la tradition.*
26. *Celui qui n'est pas possesseur réel, ne peut pas intenter les actions possessoires.*
27. *Troisieme raison, prise du défaut d'Insinuation de la premiere Donation.*
28. *Quatrieme raison, de ce que la seconde Donation étoit onéreuse, le donataire s'étant engagé à nourrir le donateur.*
29. *Cinquieme raison.*
30. *Raisons des intimés, successeurs du premier donataire.*
31. *Par le Droit ancien, les Donations n'étoient valables que quand il y avoit tradition ou stipulation.*
32. *La retention d'usufruit rendroit la Donation valable sans stipulation.*
33. *La tradition est faite par la retention d'usufruit.*
34. *Le donateur est censé avoir livré la chose, & l'avoir reçue du donataire fictione brevis manûs.*
35. *Confirmation de cette décision par l'Empereur Justinien.*

36. Le donataire acquiert la propriété par la tradition qui se fait par la retention d'usufruit.
37. Les Donations faites avec retention d'usufruit sont des exceptions de la regle établie par la Loi Quoties.
38. Raison pourquoi le second donataire est préféré au premier dans les cas ordinaires.
39. La possession ne regle pas la préférence, lorsque la vente ou la Donation sont faites à l'Eglise.
40. La tradition feinte & légale est reçue par les Coutumes.
41. La translation de la propriété & de la possession dépend de la volonté des Parties, quand il y a retention d'usufruit.
42. Le premier donataire, avec retention d'usufruit, peut vendiquer les meubles donnés & livrés à un second donataire.
43. Réponse aux Auteurs qui disent que la possession feinte n'est pas considérée.
44. Que la décision de ces Auteurs est contraire à la Loi.
45. Le motif décisif de la Loi Quoties, est le défaut de propriété du premier donataire.
46. Ce motif cessant, sa décision doit cesser.
47. Les Loix 28 & 35, Cod. de Donat. s'appliquent au second donataire, de même qu'au donataire.
48. Quod nostrum est sine facto nostro ad alium transferri non potest.
49. Auteurs qui ont décidé que la retention d'usufruit transfere la propriété au donataire.
50. L'usufruit ne peut être établi que sur les biens d'autrui.
51. La propriété & l'usufruit sont incompatibles sur la tête de la même personne.
52. La propriété ni la possession civile ne suffisent pas pour intenter les actions possessoires.
53. La préférence entre deux donataires ou deux acheteurs, ne se regle pas précisément sur la possession, mais bien autant qu'elle transfere la propriété.

54. Le second donataire ne peut pas acquérir la propriété par la possession, quand cette propriété est acquise au premier donataire.
55. La propriété & la possession n'ont rien de commun.
56. Preuves que la retention d'usufruit transfère la propriété.
57. Le donateur ne doit pas la garantie, s'il ne l'a promise.
58. Excepté à cause de son dol.
59. La garantie dans ce cas porte hypothèque du jour de la Donation.
60. Les Actes passés devant Notaire portent hypothèque.
61. La préférence devrait être accordée au premier donataire, à cause de la garantie, pour éviter le circuit.
62. L'Insinuation n'est nécessaire qu'à l'égard des créanciers & tiers-acquéreurs.
63. Le donataire de tous biens est obligé de nourrir le donateur.
64. Arrêt en faveur du premier donataire.
65. Il faut dire la même chose dans le concours d'une Donation universelle & d'une Donation particulière.
66. Quid, dans le concours de deux Donations particulières, dont la première porte retention d'usufruit.
67. Quid, dans le concours d'une Donation particulière & d'un acheteur.

1. Celui de deux acheteurs de la même chose vendue par la même personne, qui est le premier en possession, est préféré.

2. Il en est de même de deux donataires.

3. La même

Y A loi Quotiens 15, *cod. de rei vindic.* décide que si une chose a été vendue en divers tems à deux personnes différentes, celui qui en a pris possession le premier, doit être préféré, quand même il seroit postérieure en titre. ¶ C'est ainsi que le commun des Interprètes entend cette loi; mais *M. Cujas*, dont l'opinion est singulière, l'explique d'une autre manière au livre 18 de ses observations, chap. 31. ¶ La même loi décide encore que la même règle doit être observée entre deux donataires, *cum & si ex causa donationis utriusque Dominium rei vindicetis; eum cui*

cui priori possessio soli tradita est, haberi potiolem conveniat, dit la loi.

Ce n'est pas seulement dans la vente des choses particulieres, que la préférence doit être accordée à celui qui s'est mis en possession le premier, mais encore dans la vente des droits universels, comme l'est une hérédité, suivant la loi 6, *cod. de hæreditate vel actione vendita*; car cette loi veut que le second acquéreur d'une chose particuliere, dépendante d'une hérédité, qui s'est mis en possession le premier, de la chose vendue, soit préféré à celui qui avoit auparavant acheté l'entiere hérédité, sans qu'il en eût pris possession, sauf à lui sa garantie contre son vendeur.

Le Jurisconsulte Paul, au 5e. liv. de ses sentences, tit. 11, de *donationibus*, §. 4, avoit décidé la même chose en fait de donation, en ces termes: *cùm unius rei in duos donatio confertur, potior ille est cui res tradita est, nec interest posterior quis, an prior acceperit, & exceptæ necne personæ sint*. Ce qui a été confirmé à peu près en mêmes termes, par les Capitulaires de Charlemagne, lib. 7, cap. 279, avec néanmoins cette explication, qu'il est indifférent que les donations aient été faites à des parens ou à des étrangers, *nec interest utrùm in parentes, an in extraneos talis sit facta donatio*, disent les Capitulaires; & c'est ainsi que M. Cujas explique les dernieres paroles du Jurisconsulte Paul & *exceptæ necne personæ sint*; en sorte que la qualité ou la proximité des donataires ne doit pas empêcher, selon ce Docteur, que la préférence ne soit réglée par la prise de possession des biens donnés, quand même la donation seroit postérieure.

La raison de cette préférence en faveur de la possession, est parce que la propriété n'est acquise que par la tradition réelle, & par la possession, *traditionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*, L. 20, *cod. de pactis*, ou, comme le dit l'Empereur Alexandre dans la loi 6, *cod. de hæred. vel actione vend.* le vendeur n'étant pas encore défailli de la propriété par la seule vente sans tradition; il peut par une seconde vente en transférer la propriété à un second acheteur, qui devient vrai propriétaire par la tradition qui lui en est faite, *qui tibi hæreditatem vendidit, antequàm res hæreditarias traderet, Dominus earum perseveravit, & idèd vendendo aliis Dominium transfert* po-

décision a lieu dans la vente d'une hérédité faite à deux personnes différentes.

4. L'acheteur qui est postposé à la garantie contre le vendeur.

5. Autorité du Jurisconsulte Paul, au sujet de deux Donations.

6. Autorité tirée des Capitulaires de Charlemagne.

7. Autorité de M. Cujas sur le même sujet.

8. Raison de cette préférence.

9. La propriété n'est acquise que par la tradition.

10. Le second acheteur devient propriétaire par la tradition.

tuit. ¶ En sorte qu'il faut préférer le propriétaire à celui qui ne l'est pas ; ce qui est indubitable , selon *M. Cujas* , dans ses observations , *lib. 13 , cap. 31.* ¶

11. Dans le concours d'un donataire & d'un acheteur, la préférence se règle par la possession.

La préférence doit encore se régler par la possession dans le concours d'un donataire & d'un acheteur ; car, selon *M. Louet* , *lett. U , somm. 1* , un pere ayant donné à son fils en contrat de mariage , une terre , sans lui en avoir délivré actuellement sa possession , & l'ayant vendue postérieurement à un tiers qui en prit possession , l'acquéreur fut préféré au donataire , quoique son titre fût postérieur.

12. *Quid* , si la Donation est universelle avec retention d'usufruit. La seconde Donation aussi universelle , avec tradition , sera-t-elle préférée ?

Mais si la premiere donation est universelle , avec retention d'usufruit , la seconde donation aussi universelle , avec tradition réelle , devra-t-elle prévaloir sur la premiere ? Cette question a été décidée en faveur du premier donataire dans cette espece : Bernard Tartas fit donation entre-vifs , le 6 Juin 1690 , en faveur de Guillaume Barbé son neveu , *ex sorore germana* , de tous ses biens présens & à venir , dont il se réserva l'usufruit pendant sa vie , laquelle donation ne fut pas infinuée.

13. Décision en faveur du premier donataire.

Le 18 Décembre 1692 , le même Bernard Tartas fit une autre donation de tous ses biens présens & à venir , à Guillaume Tartas son frere consanguin , sans retention d'usufruit ; mais il se réserva d'être nourri & entretenu dans la maison du donataire ; & en cas que le donateur ne voudroit habiter avec le donataire , il se réserve une pension annuelle en grains , vin , & autres choses nécessaires pour son entretien : cette seconde donation fut infinuée , & le donataire prit possession des biens donnés.

14. Espece particuliere d'un Arrêt rendu sur cette question.

15. Suite du fait.

Guillaume Tartas , second donataire , étant décédé , Françoisé Doat sa veuve , & administreresse de ses enfans , fit des aliénations de partie des biens donnés ; ce qui donna lieu à Guillaume Barbé , premier donataire , de former instance devant les ordinaires de Manciet , contre Bernard Tartas , donateur , & Françoisé Doat , tant en son nom , que comme tutrice de ses enfans , en maintenue aux biens donnés ; mais cette instance fut terminée par une transaction du 12 Mars 1699 , passée entre le donateur , le premier donataire , & Françoisé Doat , faisant , tant pour elle , qu'en qualité de tutrice de son fils , représentant le second donataire ; par laquelle transaction on délaissa à Guillaume Barbé le

16. Suite.

17. Transaction sur Procès.

propriété & l'usufruit d'une métairie, dépendante des biens qui composoient les deux donations de Bernard Tartas, y compris certains biens qui avoient été baillés à Guillaume Tartas en paiement de 756 liv. & en remplacement, François Doat retint deux maisons, avec certaines pieces de terre; les aliénations par elle faites furent confirmées, & Guillaume Barbé s'obligea de nourrir le donateur pendant sa vie.

Cette transaction fut exécutée jusqu'au mois de Mars 1723, que François Tartas, fils de Guillaume, second donataire, & de François Doat, impetra des lettres en cassation & en maintenue aux biens donnés à son pere, contre Jeanne Escoubés, & Joseph Barbé, mere & fils, successeurs de Guillaume Barbé; & par Sentence du Juge des lieux, du 23 Février 1724, la transaction fut cassée, & les successeurs de Guillaume Barbé furent condamnés au délaissement de la métairie & des biens exprimés dans cette transaction, avec restitution des fruits depuis l'introduction de l'instance.

Mais sur l'appel de Jeanne Escoubés & Joseph Barbé, le Sénéchal de Lectoure rendit sentence le 2 Mai 1725, qui casse celle des ordinaires de Manciet, & relaxe les défendeurs, avec dépens.

François Tartas en releva appel au Parlement de Toulouse; & comme la cassation de la transaction dépendoit de la préférence des deux donations, parce que, selon la loi *Præses 12, cod. de transactio-nibus*, & le sentiment des Auteurs, le tuteur, & autre administrateur, peuvent valablement transiger *super re dubia*; il s'agissoit de savoir si Tartas avoit été lésé par cette transaction. ¶ Ce qui ne pourroit arriver que dans le cas que la premiere donation dût être postposée à la seconde.

François Tartas appellant, disoit, 1°. que son pere s'étoit mis le premier en possession des biens donnés; que cette possession s'étoit continuée sur la tête de François Doat sa mere & tutrice, qui en avoit aliéné partie; & comme il n'étoit pas justifié que Guillaume Tartas eût connu la premiere donation, la préférence devoit par conséquent lui être accordée, suivant la loi *Quoties 15, cod. de rei vindic.* Voilà pourquoi n'y ayant aucune raison qui pût avoir servi de fondement à la transaction, puisque

18. Exécution de cette Transaction.

19. Sentence du premier Juge en faveur du second donataire.

20. Sentence du Sénéchal, qui casse celle du premier Juge.

21. Appel par le successeur du second donataire.

22. Le tuteur ou autre administrateur, peut transiger *super re dubia*.

23. Première raison de l'Appellant prise de la possession.

tous les biens donnés appartenoient incontestablement à Tartas, lors pupille, sa mere ne pouvoit pas en avoir aliéné la plus grande partie, comme elle avoit fait par la transaction de 1699, qu'ainsi elle devoit être cassée.

24. Deuxieme raison : selon les Auteurs, on ne considere point la possession feinte.

2°. Que suivant *Ferrieres, sur la question 112 de Guipape, M. de Catellan, liv. 5, ch. 28*, & plusieurs autres Auteurs; c'est la réelle & actuelle possession qui doit régler la préférence entre plusieurs donateurs, & l'on ne fait aucune attention à la possession feinte par la clause de constitut de précaire ou de retention d'usufruit; & que si les loix 28 & 35, §. 5. *cod. de donationib.* disent que la retention d'usufruit équipolle à la tradition réelle, elles ne devoient être entendues qu'entre le donateur & le donataire, & pour la perfection de la donation, & non dans le concours de deux donataires, dont la préférence doit être réglée par la possession, suivant la décision des Auteurs; ce qui est si vrai, que selon *Charondas, liv. 2, resp. 88*, le donataire ne peut pas tenter l'action possessoire, quoique le donateur qui s'est réservé l'usufruit, se soit déclaré possesseur au nom du donataire.

25. Réponse aux Loix qui disent que la retention d'usufruit équipolle à la tradition.

26. Celui qui n'est pas possesseur réel, ne peut pas tenter les actions possessoires.

27. Troisieme raison, prise du défaut d'Insinuation de la premiere Donation.

28. Quatrieme raison, de ce que la seconde Donation étoit onéreuse, le donataire s'étant engagé à nourrir le donateur.

29. Cinquieme raison.

30. Raison des Intimés successeurs du premier donataire.

3°. Que la premiere donation n'avoit pas été insinuée, au lieu que la seconde l'avoit été.

4°. Que la donation faite au profit de son pere étoit onéreuse, puisqu'il s'étoit obligé de nourrir & entretenir le donateur pendant sa vie, ou de lui payer une pension réglée qui excédoit les revenus des biens donnés; voilà pourquoi la préférence devoit être accordée à la seconde donation par ces deux dernieres raisons, indépendamment de la possession, qui est décisive dans cette matiere.

5°. Qu'il ne pouvoit pas y avoir de doute sur le délaissement des biens que Guillaume Tartas avoit pris en paiement de la somme de 756 liv. qui lui étoit due par le donateur, attendu que la propriété en appartenoit incontestablement au pupille; qu'ainsi Françoise Doat, tutrice, n'avoit pas pu les aliéner valablement.

Au contraire, Jeanne Escoubés & Joseph Barbé, successeurs de Guillaume Barbé, premiere donataire, disoient premièrement, qu'ils offroient de délaisser les biens dont la propriété avoit appartenu à Guillaume Tartas, à la charge par François Tartas de

rendre ceux qui avoient été retenus en remplacement par François Doat, dépendans de la donation.

En deuxième lieu, que suivant le droit ancien, dont nous avons rapporté les textes dans une autre question, les donations entre étrangers, n'étoient valables que quand elles étoient accompagnées de la tradition des biens donnés, ou que la stipulation étoit intervenue; & tandis que ce principe étoit en vigueur, les Empereurs Honorius & Théodose déclarèrent par la loi 28, *cod. de donat.* qui fut portée l'an 417, que la retention d'usufruit rendoit la donation parfaite, parce qu'elle contient une tradition légale, suffisante pour transférer la propriété au donataire, quoiqu'il n'y eût pas de stipulation, *nec quod amplius requiratur quo magis videatur facta traditio, sed omnimodò idem sit in his causis usumfructum retinere, quod tradere*, dit cette loi; ce qui fait que le donateur est censé avoir livré la chose au donataire, & l'avoir ensuite reçue de lui, comme le dit M. Cujas, dans ses observations, lib. 19, cap. 18, *non facta autem rei donatæ traditio corporalis pro facta habetur retento usumfructu, quia fingitur brevi manu donator donatario tradidisse, & mox ab eo recepisse utendam fruendam celeritate conjungendorum extremorum subrepto & occultato medio ut L. 3, §. ult. ff. de donat. inter vir. & uxor.*

Cela a été confirmé par l'Empereur Justinien dans la loi 35, §. 5, *cod. de donat.* qui décide que la retention d'usufruit est une véritable tradition, *sed si quidem in omnibus supradictis casibus ususfructus fuerit à donatore retentus, & traditionem jure intelligi fieri.* Or le donataire devenant de plein droit propriétaire des biens donnés, par la tradition qui se fait par la retention d'usufruit, ¶ & par les autres especes de tradition feinte, introduites par les loix, comme sont la délivrance des clefs des maisons, *L. Clavibus 74, ff. de contrah. empt. L. 1, §. Si jussarum 21, ff. de acquir. possess. & §. Item si quis 44, instit. de rer. divis.* par la simple volonté, quand le donataire se trouve en possession actuelle de la chose donnée, §. *Interdum 43, instit. de rerum divis.* par la délivrance des actes d'achat que le donateur avoit fait précédemment de la chose donnée; *L. 1, cod. de donat.* lorsque la donation retient à ferme la chose par lui donnée; *L. 77, ff. de rei vindic.* dans tous lesquels cas

31. Par le droit ancien, les Donations n'étoient valables que quand il y avoit tradition ou stipulation.

32. La retention d'usufruit rendoit la donation valable sans stipulation.

33. La tradition est faite par la retention d'usufruit.

34. Le donateur est censé avoir livré la chose & l'avoir reçue du donataire, *fictiōne brevis manūs.*

35. Confirmation de cette décision par l'Empereur Justinien.

36. Le donataire acquiert la propriété par la tradition qui se fait par la retention d'usufruit.

37. Les Donations faites avec retention d'usufruit, sont des exceptions de la règle établie par la Loi Quoties.

où la propriété est transférée par la tradition feinte ; comme par la tradition réelle , ¶ la loi *Quotiès*, *cod. de rei vindicatione*, ne peut pas recevoir une juste application à ces sortes de donations , qui sont des exceptions de la règle , parce qu'elles n'ont pas besoin d'une tradition réelle & corporelle pour attribuer la propriété au donataire , & qui , suivant la loi 9 ,

38. Raïsons pourquoy le second donataire est préféré au premier , dans les cas ordinaires.

39. La possession ne règle pas la préférence , lorsque la vente ou la Donation sont faites à l'Eglise.

40. La tradition feinte & légale est reçue par les Coutumes.

41. La Translocation de la propriété & de la possession , dépend de la volonté des Parties , quand il y a retention d'usufruit.

42. Le premier donataire , avec retention d'usufruit , peut vendre les meubles donnés & livrés à un second donataire.

43. Réponse aux Auteurs qui disent que la possession

ff. de donat. & la loi 14 , *eod.* on ne peut donner que ce dont on a la propriété ; cependant la loi *Quotiès* ne donne la préférence au second donataire , que parce qu'elle suppose que la propriété n'est pas acquise au premier ; L. 6 , *cod. de hæred. vel att. vend.* ce qui ne peut convenir qu'aux autres cas , où la tradition réelle est requise pour transférer la propriété ; de-là vient que *Ferrieres sur la question 112 de Guipape* ; *Godefroi*, sur la loi 15 , *cod. de rei vindic.* & tous les Auteurs , tiennent que la possession réelle ne règle pas la préférence , lorsque la vente ou la donation sont faites à l'Eglise , parce que la propriété lui est acquise avant la tradition ; L. 23 , *cod. de Sacro-Sanctis Ecclesiis.*

Cette tradition feinte & légale , qui se fait par la retention d'usufruit , a été adoptée par la plupart des coutumes du Royaume ; *Coquille*, sur celle de *Nivernois* , tit. des donations , article 2 , en fait le détail ; celle de Paris y est expresse dans l'article 275 , de même que celle de Normandie , article 446 , sur laquelle *Basnage* observe que la translation de propriété & de la possession , a été par-là rendue dépendante de la volonté des Parties : aussi *Ferrieres* sur l'article 275 de la coutume de Paris , N. 2 , décide que le premier donataire , avec retention d'usufruit , peut vendre , même les meubles donnés & délivrés à un second donataire ; à plus forte raison seroit-il reçu à vendre les immeubles ; ce qui décide bien nettement la préférence en faveur du premier donataire , avec retention d'usufruit ; c'est aussi le sentiment de *M. Lecamus* , sur le même article , N. 2.

Que si *Ferrieres* sur *Guipape* ; *M. de Catellan* , & les autres Auteurs , disent que la possession feinte par la constitution du précaire , ou la retention d'usufruit , n'empêche pas la préférence en faveur de celui qui a la possession réelle , ils ne l'ont décidé qu'en matière de vente , & dans le concours de deux acheteurs , & non dans le cas de deux donations ,

dont la première est faite avec retention de l'usufruit; ¶ il est même remarquable que Ferrieres ne contredit l'opinion de Guipape, qui décide que la constitution de précataire, la retention d'usufruit, & l'investiture accordée par le Seigneur, transfèrent la propriété, & rendent le premier acquéreur préférable, qu'en ce que Guipape attribue cet effet à la constitution du précataire, & à l'investiture du Seigneur, & non pour ce qui regarde la retention d'usufruit. A l'égard de M. de Catellan, l'Arrêt qu'il rapporte n'a pas décidé la question, si la retention d'usufruit étoit une tradition, pour faire préférer le premier acquéreur, il a jugé seulement que la retention de l'usufruit faite par celui qui n'avoit que la nue propriété, n'étoit pas une tradition feinte; car afin que cette tradition soit efficace, il faut que le vendeur qui a la propriété & l'usufruit, se réserve l'usufruit pour lui, & non pour un autre; & dans l'espèce de l'Arrêt rapporté par cet Auteur, le vendeur n'avoit que la nue propriété, l'usufruit appartenant à son pere; d'ailleurs s'ils l'avoient décidé ainsi, ¶ l'on pourroit dire que leur opinion seroit contraire à la disposition de la loi 28, *cod. de donationib.* qui décide que quand la vente, la constitution de dot, ou la donation, sont faites avec retention d'usufruit, la propriété est acquise de plein droit, parce que la retention d'usufruit est une véritable tradition légale, qui suffit pour transférer la propriété sans le secours de la tradition réelle; & par conséquent ces cas doivent être exceptés de la disposition de la loi *Quotiens, cod. de rei vindic.* dont le motif décisif est le défaut de transport de propriété, qui demeure dans les autres cas sur la tête du donateur ou du vendeur, comme l'explique la loi 6, *cod. de hæred. vel actione vendit.* lequel motif cessant, lorsque la propriété est transférée par la retention d'usufruit, la décision doit cesser aussi, comme les Auteurs le décident dans le cas de la vente faite à l'Eglise, qui n'a besoin de la tradition pour acquérir la propriété. ¶ D'ailleurs le donateur, après la première donation, avec retention d'usufruit, n'ayant plus sur sa tête la propriété, il ne peut pas la transférer à un second donataire, parce que *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet, L. 54, ff. de regul. jur.* & l'on ne peut pas attribuer

44. Que la décision de ces Auteurs est contraire à la Loi.

45. Le motif décisif de la Loi *Quotiens* est le défaut de propriété du premier donataire.

46. Ce motif cessant, la décision doit cesser.

cet effet à la tradition réelle, parce qu'aux termes de la loi 20, ff. de *acquir. rer. Dominio*, celui qui fait la tradition ne transfère pas la propriété que quand il l'a lui-même, *in Domini quæstione ille potior habetur, cui possessio à Domino tradita est, L. 6, cod. si quis alteri vel sibi*; que s'il ne l'a pas, il ne transporte rien; *traditio*, dit la loi 20, ff. de *acquir. rer. Dom. nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit quàm est apud eum qui tradit. Si igitur qui Dominium in fundo habuit in tradendos transfert; si non habuit, ad eum qui accipit nihil transfert*. Bien plus, Balde, Paul de Castro, & les autres Docteurs remarquent que la loi *Quoties* n'ayant pas lieu, toutes les fois que dans le premier contrat il y a une quasi tradition, ou que le droit sur la chose *jus in re* est acquise au premier acquéreur; & Ferrières sur la *question 112 de Guipape*, reconnoît aussi que la disposition de la loi *Quoties* cesse à l'égard des contrats, qui ne requièrent point la tradition réelle pour transporter le droit; de quoi il rapporte plusieurs exemples. ¶

47. Les Loix 28. & 35, Cod. de Donat. s'appliquent au second donateur.

De-là vient que la loi 28, & la loi 35, §. 5, cod. de donat. s'entendent, non-seulement dans le concours du donateur & du donataire, mais encore dans la concurrence de deux donataires, dont le dernier a la possession réelle, parce qu'il suffit que la retention d'usufruit soit une tradition légale, qui transfère la propriété sur la tête du donataire, pour faire que le donateur qui en est dépouillé de plein droit, ne puisse plus l'ôter au donataire, sans son fait, & la transférer à un autre, parce que *id quod nostrum est sine facto nostro ad alium transferri non potest, L. 11, ff. de reg. jur.*

48. Quod nostrum est sine facto nostro ad alium transferri non potest.

49. Auteurs qui ont décidé que la retention d'usufruit transfère la propriété au donataire.

C'est en raisonnant sur ces principes, que le Président Boyer, décis. 172, N. 9 & 10; Guipape, *quest. 112*; Papon, liv. 8, tit. 6, article 1; Masuer, tit. 14, N. 7; Corras, dans sa centurie, cap. 90; Charondas, dans ses Observations, verb. donation; Ricard, des donations, tom. 1, part. 1, N. 920; Ferrières, sur la coutume de Paris, article 275, N. 21; François Hotman, disput. jur. civil. de donationib. omnium generum, cap. 9, N. 36, tom. 1, col. 617, & *quæst. illustr. 11*, col. 879; Godefroy, sur la loi 28, cod. de donationib. Pontanus, sur la coutume de Blois, §. 136, tom. 2, pag. 26; Dumoulin, sur la coutume

de Paris, §. 1, gloss. 5, N. 38, ¶ & plusieurs autres Auteurs, décident que la retention d'usufruit transfere au donataire la propriété, & la possession civile des biens donnés; car le donateur ne les possède plus comme siens; mais il n'en a que la détention & la possession naturelle de l'usufruit, qui ne peut être établi que sur les biens d'autrui, suivant la définition que l'Empereur Justinien a donné de l'usufruit *aux institutes de usufructu in principio*; ce qui prouve d'une manière plus particulière que le donataire est vrai propriétaire, parce que l'usufruit & la propriété sont incompatibles, suivant la loi *Uisfrui 5, ff. si usufructus petatur*, & c'est ce que Jacques Godefroy, sur la loi 9, *cod. Theodos. de donationibus*, remarque comme un effet particulier de la donation, avec retention d'usufruit, *in usufructibus verò retentione peculiaris ratio hæc est, quia scilicet usufructus, & proprietatis invicem se non compatiuntur in eadem re ab eodem*; & par conséquent la retention d'usufruit dépouille absolument le donateur de la propriété, sans autre tradition.

Du reste, la décision de Charondas, dans ses réponses, n'est point applicable, parce que pour intenter les actions possessoires, la propriété ni la possession civile ne suffisent pas; mais il faut une possession réelle & actuelle; d'ailleurs la préférence entre deux acheteurs ou deux donataires, ne se règle pas précisément sur la seule possession, mais bien sur la possession, autant qu'elle transfere la propriété, suivant la loi 20, *cod. de pactis*; or une fois que la propriété a été acquise au premier donataire par la retention d'usufruit, la seconde donation, quoique suivie de la possession réelle, ne peut pas acquérir plus de droit au second donataire qu'une vente faite à non Domino, n'en attribue à l'acheteur, suivant les loix ci-dessus rapportées; voilà pourquoi il importe peu de savoir si le premier donataire en vertu de la possession civile qui lui a été transférée par la retention d'usufruit, peut ou ne peut pas intenter les actions possessoires, parce que la propriété & la possession n'ont rien de commun; *L. naturaliter 12, §. nihil commune, ff. de acquir. possess.* & que la propriété doit nécessairement régler la préférence.

Pour se convaincre que la retention d'usufruit

50. L'usufruit ne peut être établi que sur les biens d'autrui.

51. La propriété & l'usufruit sont incompatibles sur la tête de la même personne.

52. La propriété ni la possession civile ne suffisent pas pour intenter les actions possessoires.

53. La préférence entre deux donataires ou deux acheteurs, ne se règle pas précisément sur la possession, mais bien autant qu'elle transfere la propriété.

54. Le second donataire ne peut pas acquérir la propriété par la possession, quand cette propriété est acquise au premier donataire.

55. La propriété & la possession n'ont rien de commun.

56. Preuves que la retention d'usufruit transfere la propriété.

transfere de plein droit la propriété sur la tête du donataire, il n'y a qu'à réfléchir sur les deux cas qui sont distingués par l'Empereur Justinien, dans la loi 95, §. 5, *cod. de donat.* savoir, celui de la donation sans retention d'usufruit, que la loi déclare bonne, sans tradition & sans stipulation contre les principes du droit ancien, & celui de la donation avec retention d'usufruit : au premier cas, l'Empereur n'accorde qu'une simple action pour demander la délivrance de la chose donnée ; au second cas, il déclare que la tradition, en quoi consistoit auparavant la perfection de la donation, est faite de droit, & *traditionem jure intelligi fieri* ; d'où il s'ensuit que la propriété est transférée au donataire par la retention d'usufruit ; autrement il n'y auroit aucune différence à faire d'un cas à l'autre, contre l'esprit du Législateur, qui en les distinguant, a voulu faire comprendre qu'ils étoient différens ; & cette différence consiste en ce que dans le premier cas la propriété n'est point transférée ; au lieu qu'elle l'est incontestablement au second cas. ¶ Ainsi le premier donataire, avec retention d'usufruit, doit être préféré au second, qui a la tradition réelle ; & c'est ainsi que le décide *Ferrieres*, sur l'article 275, N. 32 de la coutume de Paris. M. le Président de Sojean, *decis.* 25, rapporte un Arrêt du Parlement de Provence, du 25 Juin 1582, qui juge que la préférence doit être accordée au premier acquéreur, lorsqu'il y a retention d'usufruit, quoique le second ait une possession réelle ; & cela a été jugé de même dans la concurrence de deux donations, par un Arrêt du Parlement de Paris, dans l'année 1602, rapporté par *Chenu*, *centur.* 1, *quest.* 70 ; *Montolon*, *Arrêt* 99 ; & *Me. Bouguier*, *lett. D*, *ch.* 9. ¶

57. Le donateur ne doit pas la garantie, s'il ne l'a promise.

58. Excepté à cause de son dol.

59. La garantie dans ce cas porte hypothèque du jour de la Donation.

On pouvoit encore ajouter, que, quoique régulièrement le donateur ne doive pas la garantie à raison des biens donnés, à moins qu'elle n'ait été promise ; *L. Aristo* 18, §. 3, *ff. de donat.* il la doit pourtant à raison de son dol, comme le décide la même loi ; or il n'y a point de cas où le dol du donateur soit plus marqué, que quand il donne les mêmes biens à deux personnes différentes, & cette garantie devant produire une hypothèque en faveur du premier donataire du jour de son contrat, suivant la remarque de *Ferrieres*, sur l'article 275 de la coutume de

Paris, N. 13 ; car c'est une maxime en France, que tous les actes passés devant Notaire portent hypothèque sans convention ; il faudroit en tout événement accorder la préférence au premier donataire, à cause de cette garantie, pour éviter le circuit & l'embarras de faire décréter les biens donnés pour les dommages & intérêts dus au premier donataire, lesquels ne peuvent pas être moindres que la valeur des biens donnés, puisque la seconde donation les feroit perdre au premier donataire, si elle prévaloit.

En troisieme lieu, l'insinuation des donations n'étant nécessaire, suivant la déclaration de 1690, & la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, avant l'ordonnance du mois de Février 1731, qu'à l'égard des créanciers & des tiers-acquéreurs, & non à l'égard du donateur, ni de ses héritiers, ou des seconds donataires, il étoit indifférent que la donation faite à Guillaume Barbé fût insinuée ou non.

En quatrieme lieu, puisque le donataire de tous les biens est naturellement obligé de nourrir le donateur qui n'a plus rien pour vivre, & qui s'est dépouillé de tout, l'obligation à laquelle le second donataire s'étoit soumis de nourrir le donateur, ou de lui payer une pension sur les biens donnés, n'étoit pas capable de la faire considérer comme onéreuse ; & par conséquent la seconde donation ne méritoit pas plus de faveur de ce côté, que la première.

Sur ces raisons, il intervint Arrêt le 28 Juillet 1727, au rapport de M. l'Abbé de Palarin, en la seconde chambre des Enquêtes, qui demeurant l'offre faite par Escoubés & Barbé, mere & fils, de délaisser les biens propres de Guillaume Tartas, réforma pour ce chef la sentence du Sénéchal, condamna François Tartas à restituer les biens retenus par sa mere, en remplacement ou échange, & confirma pour le surplus la sentence du Sénéchal, dépens compensés ; par où l'on a jugé que la première donation non-insinuée prévaut sur la seconde, à cause de la retention de l'usufruit, quoique le second donataire soit le premier en possession réelle des biens donnés.

Nous ne voyons pas qu'il y ait des raisons de différence entre le cas de deux donations universelles,

60. Les actes passés devant Notaire portent hypothèque.

61. La préférence devoit être accordée au premier donataire, à cause de la garantie, pour éviter le circuit.

62. L'insinuation n'est nécessaire qu'à l'égard des créanciers & tiers-acquéreurs.

63. Le donataire de tous les biens est obligé de nourrir le donateur.

64. Arrêt en faveur du premier donataire.

65. Il faut dire la même chose dans le

concours d'une
Donation par-
ticuliere.

& celui d'une donation universelle, en concours avec une particuliere; & par conséquent il faut donner la préférence au premier donataire universel, lorsque l'usufruit a été réservé sur ce second donataire particulier, quoiqu'il soit entré le premier en possession, parce que le premier donataire étant propriétaire de tous les biens donnés, à cause de sa tradition légale, qui se fait par la retention de l'usufruit, tout comme le donateur ne peut pas ôter au premier donataire la propriété de tous les biens par une seconde donation universelle, il ne peut pas non-plus lui ôter la propriété des choses particulieres, par des donations particulieres, quoiqu'il en livre la possession réelle, parce que les mêmes raisons militent dans l'un & dans l'autre cas.

66. *Quid*, dans le concours de deux Donations particulieres, dont la premiere porte retention d'usufruit.

67. *Quid*, dans le concours d'une Donation particuliere, & d'un acheteur.

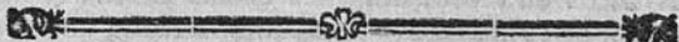
On doit dire la même chose par les mêmes raisons, si le premier donataire d'une chose particuliere, avec retention d'usufruit, concourt avec un second donataire, ou avec un acheteur des mêmes biens, quoique le second donataire ou l'acheteur soient les premiers en possession; ce qu'il faut néanmoins entendre, pourvu que la donation soit insinuée, lorsqu'elle est en concours avec un acheteur postérieur; & la différence des titres ne fait rien à cet égard, parce que la vente ne peut pas être faite à *non Domino*, au préjudice du propriétaire; or il n'y a pas lieu de douter que le donataire ne devienne propriétaire de plein droit par la retention d'usufruit, qui est une tradition légale, laquelle dépouille le donateur de la propriété; il ne peut donc pas la transférer à un acheteur, tout de même qu'il ne pourroit pas la transférer à un second donataire.

¶ A cela, on peut ajouter que la loi *Quotiens* n'a pas lieu contre le donataire contractuel, & un acquéreur ou donataire postérieur, lorsque la donation contractuelle a été faite en faveur des enfans à naître, si elle a été insinuée; car quoique l'acquéreur se trouve en possession, la vente peut être révoquée, si elle n'a pas été faite pour cause nécessaire, & dans les cas où il est permis au donateur d'aliéner; & quoique les acquéreurs postérieurs à la donation soient en possession réelle, le donataire pourra révoquer les aliénations, pourvu que la donation soit insinuée, suivant *M. de Cambolas*, liv. 4, ch. 26, N. 2; & cela a été ainsi jugé dans le cas d'une do-

nation en contrat de mariage , en faveur des enfans à naître , par plusieurs Arrêts , & particulièrement par deux Arrêts rendus le 16 Mai 1656, & 18 Juin 1660, en faveur de Pierre-Jean de Benoit, contre M. de Maniban, Avocat-Général, & depuis Président au Mortier au Parlement de Toulouse, & autres créanciers & tiers-acquéreurs de Bernard de Benoit. La raison de cette Jurisprudence est que le droit est acquis à l'héritier ou donataire contractuel du jour du contrat, soit à cause de la réserve tacite de l'usufruit, soit à cause de la faveur des contrats de mariage, & des enfans qui en proviennent, auxquels les libéralités sont faites.

Le fait sur lequel ces Arrêts ont été rendus, est tel : Bernard de Benoit, se mariant avec Dlle. Jeanne de Mainial, par contrat de mariage du 18 Septembre 1636 qui fut infinué, fit donation de la moitié de ses biens en faveur d'un des enfans mâles qui naîtroient de ce mariage, tel qu'il nommeroit; & en défaut de nomination, l'aîné étoit nommé; & en cas il n'y auroit pas d'enfans mâles de ce mariage, la donation auroit lieu en faveur d'un des enfans mâles d'un second mariage. Jeanne de Mainial étant décédée, Bernard de Benoit se remaria avec Antoinette d'Aubignan, duquel mariage fut procréé Pierre-Jean de Benoit. Bernard de Benoit ayant aliéné la plus grande partie de ses biens, il émancipa son fils, & le nomma pour recueillir cette donation, & en même-tems il se départit de l'usufruit, par acte du 13 Mai 1656; & par Arrêt du 16 du même mois de Mai 1656, Pierre-Jean de Benoit, ou son curateur, fut maintenu aux biens donnés contre les acquéreurs. Ensuite M. de Maniban ayant fait saisir généralement les biens de Bernard de Benoit, il en fit expédier le décret en sa faveur, & en prit possession en vertu d'un Arrêt du 29 Juillet 1658. Pierre-Jean de Benoit, donataire contractuel, demanda la cassation du décret, & la distraction de la moitié des biens donnée, même pendant la vie de Bernard de Benoit; sur quoi intervint l'Arrêt du 18 Juin 1660, qui ordonne la distraction des biens donnés, demeurant néanmoins ledit Sieur de Maniban jouissant desdits biens donnés, pendant & durant la vie de Bernard de Benoit père, nonobstant la renonciation par lui faite à l'usufruit de la moitié des biens donnée,

que la Cour, en tant que de besoin, cassa. Cet Arrêt a jugé trois questions remarquables; la première, que le donataire contractuel pouvoit vendre les biens à lui donnés des mains des acquéreurs, même du décrétiste, quoiqu'il fût le premier en possession, nonobstant la loi *Quotiès*, *cod. de rei vindic.* La deuxième, que le donataire pouvoit faire déclarer son droit, même pendant la vie du donateur, quoique l'usufruit appartint au donateur ou aux tiers-acquéreurs; & la troisième, que le pere ne peut pas valablement renoncer à l'usufruit des biens par lui donnés, au préjudice des tiers-acquéreurs; il est fait mention de cet Arrêt en passant, par *M. de Castellan*, liv. 2, ch. 45, comme ayant été rendu après partage; Rapporteur, *M. de Masnau*; Compartiteur, *M. de Prohenques*; il en rapporte l'extrait en forme.



QUESTION XL.

I. Si la femme peut donner irrévocablement aux enfans du premier lit de son mari, *constante matrimonio*, & *vice-versâ*. Si le mari peut donner irrévocablement aux enfans du premier lit de sa femme.

S O M M A I R E S.

1. Cette question est fort controversée dans le Pays Coutumier.
2. Diversité des Arrêts rapportés par Ferrieres sur la Coutume de Paris.
3. Qu'est-ce qui rend cette question difficile dans le Pays Coutumier?
4. Les Coutumes défendent aux mariés de s'avantager directement ou indirectement.
5. Les enfans y sont considérés comme des personnes interposées.
6. Disposition de la Coutume de Paris sur ce sujet.

7. La question est nettement décidée par le Droit Romain.
8. Le Droit Romain défend les Donations entre mariés.
9. Pourquoi ?
10. Il défend aussi les Donations par des personnes interposées.
11. Les enfans n'y sont pas considérés comme des personnes interposées.
12. Excepté le fils de famille, parce que la Donation appartenoit à son pere, jure patriæ potestatis.
13. La défense qui étoit absolue, fut modifiée.
14. Les Donations entre mariés sont confirmées par la mort du donateur, si elles n'ont été révoquées.
15. Etat de la question.
16. Toutes Donations entre-vifs sont naturellement irrévocables.
17. Il y a quatre cas à examiner.
18. Premier cas, de la Donation faite par le père à son beau-fils.
19. Décision que la Donation est irrévocable.
20. Le fils du premier lit de la femme peut donner irrévocablement à son père.
21. Dans le Droit Romain, la filiation n'est pas une preuve de l'interposition des personnes.
22. Il faut qu'il y ait preuve du fidéicommiss tacite en faveur de la personne prohibée.
23. Les raisons qui ont fait prohiber les Donations entre mariés, cessent à l'égard de leurs enfans.
24. Le second mariage change les inclinations des parens remariés.
25. De la Donation faite par la femme aux enfans du premier lit de son mari, qu'il a eu sa puissance.
26. Raisons pour l'irrévocabilité de la Donation.
27. La défense de donner au fils de famille, étoit fondée sur ce que les biens acquis au fils de famille appartenient à son pere, personne prohibée.

28. La femme pouvoit donner au fils de son mari pour pécule castrense.
29. Ceux qui sont en la puissance de la même personne, ne peuvent pas se donner réciproquement.
30. Quid, si la Donation est faite du pécule castrense.
31. Suivant le Droit nouveau, la propriété des biens acquis par le fils de famille, n'appartient pas au pere.
32. La raison de la Loi prohibitive, quia patri quæritur, manque.
33. Résolution que la Donation est irrévocable.
34. Le Droit nouveau attribue l'usufruit au pere.
35. La Donation n'est permise que quand le pere n'en profite en aucune maniere.
36. Raisons pourquoi la Donation faite par le mari au fils du premier lit de sa femme, est irrévocable.
37. La même raison milite à l'égard de la Donation faite au fils Soldat, pour pécule castrense.
38. Arrêt du Parlement de Paris conforme à la décision.
39. De la Donation faite par la femme aux enfans du premier lit de son mari, lorsque l'usufruit a été prohibé.
40. En donnant au fils de famille, on peut prohiber l'usufruit au pere.
41. Le pere ne profite ni de la propriété ni de l'usufruit.
42. La Donation est irrévocable.
43. La raison de la prohibition cesse.
44. Autorités qui appuyent cette décision.
45. De la Donation faite par la femme au fils émancipé de son mari.
46. Résolution qu'elle est irrévocable.
47. Le pere ne profite en aucune maniere de la Donation.
48. Lorsque le pere est nudus minister, la Donation est bonne.

49. Quand la raison de la prohibition cesse, la prohibition doit cesser.
50. Disposition de la Loi 49, ff. de Donat. inter vir. & uxor.
51. Quand la prohibition est dirigée à des personnes d'une qualité qui doit produire quelque effet, la qualité & l'effet doivent se vérifier.
52. Les enfans de famille sont capables de recevoir des libéralités de la main de toute sorte de personnes.
53. Quand il y a preuve du fidéicommiss tacite, la Donation est irrévocable.

Il n'y a point de question qui soit aussi controversée que celle-ci dans les pays coutumiers: on trouve un si grand nombre d'Arrêts pour & contre, qui sont rapportés par *Ferrieres sur l'article 283 de la coutume de Paris*, qu'il seroit très-difficile de prendre parti, si on ne devoit suivre d'autre regle que les préjugés.

Ce qui rend la question difficile dans cette partie du Royaume, qui est régie par les coutumes, c'est parce que communément elles défendent toutes sortes d'avantages directs ou indirects entre mari & femme, *constante matrimonio*, & que les enfans y sont considérés comme des personnes interposées; voilà pourquoi on regarde comme des avantages indirects les donations faites par l'un des conjoints en faveur des enfans de l'autre conjoint.

D'autre côté, la coutume de Paris, qui semble permettre par voie de conséquence les libéralités faites par l'un des mariés, qui n'a point des enfans, au profit des enfans de l'autre, est conçue d'une maniere fort ambiguë, & les Auteurs ne sont pas d'accord, si cette coutume doit servir de regle à cet égard pour les lieux où il n'y a point de coutume qui décide ce cas.

Pour ce qui est du droit Romain, la question n'est ni si difficile ni si embarrassée, & l'on y trouve la décision de tous les différens cas qui peuvent se présenter dans cette matiere, si l'on se donne la peine de distinguer les hypothèses, & de faire l'application de la loi, selon son esprit & ses motifs.

Il faut d'abord observer que le droit Romain dé-

1. Cette question est fort controversée dans le Pays Coutumier.

2. Diversité des Arrêts rapportés par *Ferrieres* sur la Coutume de Paris.

3. Qu'est-ce qui rend cette question difficile dans le Pays Coutumier?

4. Les Coutumes défendent aux mariés de s'avantager directement ou indirectement.

5. Les enfans y sont considérés comme des personnes interposées.

6. Disposition de la Coutume de Paris sur ce sujet.

7. La question est nettement décidée par le droit Romain.

8. Le Droit

Romain défend les Donations entre mariés.

9. Pourquoi.

10. Il défend aussi les Donations par des personnes interposées.

11. Les enfans n'y sont pas considérés comme personnes interposées.

12. Excepté les fils de famille, parce que la Donation appartient à son pere *jure patriæ potestatis*.

13. La défense qui étoit absolue fut modifiée.

14. Les Donations entre mariés sont confirmées par la mort du donateur, si elles n'ont été révoquées.

15. Etat de a question.

16. Toutes Donations entre-vifs sont naturellement irrévocables.

17. Il y a quatre cas à examiner.

18. Premier cas, de la Donation faite par

defendit les donations entre mariés ; mais ce n'est pas qu'il y eût quelque incapacité de leur personne ; ce fut par des considérations particulieres que les loix ont pris soin de rapporter ; savoir , *ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus , non temperantes , sed profusâ erga se facilitate* , L. 1 , ff. de donat. inter vir. & uxor. *ne venalitia essent matrimonia* , L. 2 , ff. eodem , *ne concordia pretio conciliari videretur , neve melior in paupertatem incideret , deterior fieret* , L. 3 , ff. eod.

Il défendit aussi les donations qui pouvoient être faites entre mariés par des personnes interposées ; L. 5 , §. *generaliter* 2 , ff. de donat. inter vir. & uxor. mais les enfans n'étoient pas considérés comme des personnes interposées , à moins que par le droit de puissance paternelle , qui attribuoit alors au pere la propriété de tout ce qui étoit acquis à son fils qu'il avoit en sa puissance , les biens donnés ne fussent acquis au pere , contre la prohibition de la loi ; dans ce cas , il étoit défendu de donner au fils de famille , de la même maniere qu'il l'étoit de donner à son pere ; L. 3 , §. 4 , ff. eod.

La défense , qui dans son origine étoit absolue , & rendoit les donations nulles , comme le prouve la loi 1 , ff. de donat. inter vir. & uxor. fut modifiée dans la suite par l'Empereur Antonin , qui laissa subsister les donations entre mariés , & les autres personnes comprises dans la prohibition , lorsqu'elles n'étoient pas révoquées , & ne fit autre chose qu'accorder au donateur la liberté de les révoquer ; L. *Cum hic status* 32 , §. 1 , 2 , & 3 , ff. eod.

Il n'est donc pas question de savoir si les donations faites entre mariés , ou au profit des personnes prohibées à l'occasion du mariage , sont absolument nulles , comme elles le sont dans les coutumes qui défendent aux mariés de s'avantager directement ou indirectement , mais seulement si elles sont irrévocables , comme toutes les donations entre-vifs le sont naturellement , suivant la loi 4 , *cod. de donationib. quæ sub modo* , à moins qu'il n'y ait des raisons particulieres pour les faire révoquer.

Ces choses présupposées , nous disons qu'il y a quatre cas différens à distinguer pour l'éclaircissement de notre question ; & premièrement la donation faite par le beau-pere ou parâtre à son beau-fils , est-elle bonne & irrévocable ? Ce cas est net-

tement décidé pour l'affirmative dans la loi 60, ff. *de donationib. inter vir. & uxor. Vitricus & Privignus*, dit la loi, *invicem sibi donare pretextu matrimonii non prohibentur*. Les donations entre-vifs que le beau-pere fait à son beau-fils, enfant du premier lit de sa femme, ou celles que le fils fait au second mari de sa mere, sont donc bonnes & irrévocables, puisqu'elles ne sont pas de la défense de la loi ne les regarde pas.

De-là il résulte clairement que les enfans ne sont pas considérés par le droit Romain comme des personnes interposées; en sorte que l'interposition soit présumée par la seule qualité ou par la filiation; mais si on prétend que la donation n'a été faite au fils que dans la vue de la faire passer à sa mere, qui est comprise dans la prohibition, & que sous ce prétexte on veuille révoquer la donation, il faudra nécessairement prouver le fidéicommis tacite.

Il en résulte encore que les mêmes raisons qui ont servi de motifs aux loix prohibitives des donations entre mari & femme, & les mêmes inconvéniens prévus par les Législateurs, ne militent pas contre les donations que le mari ou la femme font aux enfans de l'un ou de l'autre, & l'on n'a pas même craint que les peres ou meres, quelque grand que soit l'amour qu'ils ont pour leurs enfans, abusassent du pouvoir & de l'ascendant qu'ils pouvoient avoir sur l'esprit de l'autre conjoint, pour surprendre & extorquer les donations pour leurs enfans, tout comme pour eux-mêmes: la raison en est, parce que le second mariage change extrêmement, comme l'expérience nous l'enseigne, les inclinations des peres & des meres remariés; & que par un effet tout contraire aux sentimens que la nature inspire, & par une métamorphose, qui n'arrive que trop souvent, le second conjoint prend la place que les enfans tenoient dans le cœur de leurs parens remariés, & devient l'unique objet de leur complaisance; ce que l'Empereur Constantin a bien reconnu, lorsqu'il a dit dans la loi 22, §. *Servi, cod. de administr. tutor. lex enim non solum contra tutores, sed etiam contra feminas immoderatas, atque intemperantes prospexit minoribus, quæ plerumque novis maritis non solum res filiorum, sed etiam vitam addicunt.*

le parâtre à son beau-fils.

19. Décision que la Donation est irrévocable.

20. Le fils du premier lit de la femme peut donner irrévocablement à son parâtre.

21. Dans le Droit Romain, la filiation n'est pas une preuve de l'interposition des personnes.

22. Il faut qu'il y ait preuve du fidéicommis tacite en faveur de la personne prohibée.

23. Les raisons qui ont fait prohiber les Donations entre mariés, cessent à l'égard de leurs enfans.

24. Le second mariage change les inclinations des parens remariés.

En second lieu, la donation faite par la femme

25. De la Donation faite par la femme aux enfans du premier lit de son mari, qu'il a en sa puissance, aux enfans du premier lit de son mari, & qui sont en sa puissance, sera-t-elle irrévocable ? Ce cas n'est pas si facile à résoudre que le précédent, parce qu'encore que la loi défende ces sortes de donations, toutefois le motif de la prohibition, qui est l'ame de la loi, semble manquer, à cause du changement arrivé par les loix nouvelles.

26. Raïsons pour l'irrévocabilité de la Donation. En effet, la loi 3, §. 4, ff. de donationib. inter vir. & uxor. en décidant que la femme ne peut pas donner au fils de son mari, ne fonde sa décision que sur ce que le pere ayant son fils sous sa puissance,

27. La défense de donner au fils de famille, étoit fondée sur ce que les biens acquis au fils de famille appartenoient à son pere, & le droit ancien attribuant au pere la propriété de tout ce qui étoit acquis au fils de famille, excepté le pécule castrense, ou quasi-castrense, la libéralité tournoit au profit du pere, auquel la femme ne pouvoit pas donner irrévocablement, *nullius momenti erit donatio, quia*, dit la loi 3, §. 4, ff. de donat. inter virum & uxorem, patri quaritur; mais

28. La femme pouvoit donner au fils de son mari pour pécule castrense. le même §. 4, & la loi 49, ff. eod. disent que si la donation est faite au fils allant à la guerre, & pour lui procurer un pécule castrense, ou si le pere ne doit pas profiter de la donation faite à son fils, elle est bonne & irrévocable; de-là vient aussi,

29. Ceux qui sont en la puissance de la même personne, ne peuvent pas se donner réciproquement. qu'encore que par le §. 2 de la loi 3, ceux qui sont en la puissance de la même personne ne puissent pas se donner réciproquement; toutefois il en est autrement quand la donation est faite des biens qui composent le pécule castrense, suivant le §. 4 de la même loi, *quare & si filius, vel privignus, vel quivis alius potestati mariti subjectus de castrensi suo peculio donavit, non erit irrita donatio*: la raison en est, parce que le pere n'ayant aucun droit sur le pécule castrense de son fils, la donation que le fils en fait à sa belle-mere, ou à toute autre personne prohibée, n'est pas censée partir de la libéralité du pere, auquel la défense de donner est dirigée.

30. *Quid*, si la Donation est faite du pécule castrense. Or suivant le droit nouveau introduit par l'Empereur Justinien dans la loi *Cum oportet 6, cod. de bonis quæ liberis*, la propriété de ce que le fils de famille acquiert n'appartenant plus au pere, la donation faite par la femme aux enfans du premier lit de son mari, doit donc valoir irrévocablement, parce que la raison fondamentale qui a fait prohiber la donation au fils de famille; c'est-à-dire, *quia patri quaritur*, manquant, on se trouve dans le second

31. Suivant le Droit nouveau, la propriété des biens acquis par le fils de famille n'appartient pas au pere.

32. La raison de la Loi prohibitive, *quia pa-*

cas de la loi, qui permet les donations, quand la propriété n'en doit pas être acquise au pere.

Cependant il y a lieu de décider le contraire dans le cas proposé; car quoiqu'il soit vrai que la prohibition de donner aux enfans du premier lit du mari, qui sont sous sa puissance, est fondée uniquement sur ce que la donation tourne à l'utilité du pere, puisque la loi *Cum oportet 6, cod. de bonis quæ liberis*, attribue au pere l'usufruit des biens qui sont acquis par son fils; le pere profite donc de la libéralité, & par conséquent cela suffit, afin que le motif de la prohibition subsiste; car aux termes de la loi 49, ff. de donationib. inter vir. & uxor. afin que la donation vaille irrévocablement, il faut que le pere n'en retire aucun profit: *nihil valebit traditio*, dit la loi, *si hoc exigit uxor, ut aliquid ex ea re interim commodi sentiret maritus*; ce qui prouve que la donation n'est irrévocable que quand le mari n'en retire absolument aucun émolument ni avantage; ce qui n'arrive pas quand l'usufruit est acquis au mari.

Que si la donation faite par le beau-pere au fils du premier lit de sa femme est irrévocable, suivant la loi 60, ff. de donationib. inter vir. & uxor. c'est parce que la mere n'ayant point le droit de puissance paternelle, elle ne peut profiter ni de la propriété ni de l'usufruit; il en est de même de la donation faite au fils de famille, pour lui servir de pécule castrense, parce que le pere n'y a aucun droit: ce sont des exceptions qui servent à confirmer la règle; aussi la question a-t-elle été jugée de cette manière par un Arrêt du Parlement de Paris du 17 Juin 1687, rapporté au *Journal du Palais*, tom. 2, pag. 670.

En troisieme lieu, lorsque la donation est faite par la femme aux enfans du premier lit de son mari, qui sont sous la puissance paternelle, la donation est-elle irrévocable, si l'usufruit a été prohibé au pere? Suivant l'*Authent. excipitur, cod. de bonis quæ liberis*, les parens ont la liberté de donner ou de laisser aux enfans de famille ce qu'ils trouvent à propos, avec cette condition, que le pere sera exclus de l'usufruit; *excipitur quod eis datur vel relinquatur ab aliquo parentum, conditione hac adjectâ ne ad patrem perveniat usufructus*. Or dans ce cas le pere ne pouvant point profiter ni de la propriété ni de l'u-

tri quæritur; manque.

33. Résolution que la Donation est révo- cable.

34. Le Droit nouveau attribue l'usufruit au pere.

35. La Donation n'est permise que quand le pere n'en profite en aucune manière.

36. Raisons pour quoi la Donation faite par le mari au fils du premier lit de sa femme, est irrévocable.

37. La même raison milite à l'égard de la Donation faite au fils soldat pour pécule castrense.

38. Arrêt du Parlement de Paris conforme à la décision.

39. De la Donation faite par la femme aux enfans du premier lit de son mari, lorsque l'usufruit a été prohibé.

40. En donnant au fils de famille, on peut prohiber l'usufruit au pere.

41. Le pere ne profite point de la propriété ni de l'usufruit.

42. La Donation est irrévocable.

43. La raison de la prohibition cesse.

44. Autorités qui appuient cette décision.

45. De la Donation faite par la femme au fils émancipé de son mari,

46. Résolution qu'elle est irrévocable.

47. Le pere ne profite en aucunemaniere de la Donation,

48. Lorsque le pere est nudus minister, la Donation est bon-

usufruit de la donation faite à son fils, il est évident qu'elle est irrévocable, suivant la décision de la loi 49, ff. de donationib. inter vir. & uxor. parce que la raison de la prohibition cesse absolument, & qu'aux termes de cette loi, la donation est aussi valable que si elle avoit été faite à une personne étrangere, lorsqu'elle le pere n'en profite pas, *cur non idem perinde sit ratum, ac si cum extraneo, tale negotium contraxisset, hoc est, extraneo in hunc causam tradidisset.* Nous pouvons autoriser notre sentiment par un Arrêt du Parlement de Provence, du dernier Janvier 1668, rapporté par Boniface, tom. 1, liv. 7, tit. 4, chap. 8, lequel Arrêt a jugé que la donation faite par une femme en faveur de la fille du premier lit de son mari, n'avoit pas pu être révoquée par le testament de la donatrice, qui avoit chargé son héritiere d'en poursuivre la cassation; la raison décisive de l'Arrêt fut que le pere n'avoit aucun profit de la donation.

En quatrieme lieu, si la donation est faite par la femme au fils émancipé du premier lit de son mari, nous ne voyons point qu'il y ait de doute sur la validité & irrévocabilité de la donation, comme nous venons de le remarquer au cas précédent, parce que le pere n'ayant rien à prétendre ni en propriété ni en usufruit sur les biens acquis par son fils, ou qui lui sont donnés après l'émancipation, le motif de la prohibition qui se tire, comme nous l'avons observé, du profit qui en revient au pere en propriété ou usufruit, cessant, la prohibition doit cesser aussi; puisque nous voyons que dans l'espèce de la loi 49, ff. de donationib. inter vir. & uxor. la donation faite au fils de famille lorsque le pere, personne prohibée, est simplement nudus minister, & qu'il n'en retire aucune utilité personnelle, est irrévocable; l'Arrêt du Parlement de Provence, dont nous venons de parler, peut pareillement s'appliquer à ce cas.

Nous ne croyons point qu'il faille entrer en considération, si les loix qui défendent de donner aux enfans de famille, ont été corrigées ou non par d'autres loix expressees; car il n'y en a point qui aient changé en termes expressees; ce qui est décidé par la loi 3, ff. de donat. inter vir. & uxor. ni qui aient permis à la femme de donner aux enfans du premier

lit de son mari, lorsqu'ils sont émancipés, ou quand l'usufruit est prohibé au pere; car il suffit à notre avis que la raison fondamentale de la prohibition cesse, pour que la prohibition doive cesser, & qu'on se trouve dans le cas de la capacité qui est accordée par les loix à toutes les personnes qu'elles ne prohibent pas expressément de recevoir des libéralités.

D'ailleurs la loi 49, ff. de donat. inter vir. & uxor. décidant en général que la donation faite au fils de famille est irrévocable, lorsque le pere n'en retire aucun profit personnel, il est bien clair qu'il suffit que la même circonstance se rencontre dans les autres cas qui ne sont pas décidés par la loi, comme elle se vérifie quand la donation a été faite aux enfans émancipés, ou que l'usufruit a été prohibé, pour que la donation soit irrévocable, & qu'on doive la considérer de la même manière que si elle avoit été faite à une personne étrangere.

Nous ajouterons encore que la prohibition étant dirigée à des personnes d'une certaine qualité, qui doit produire quelque effet particulier, il faut nécessairement que la qualité se vérifie, & que l'effet s'ensuive, afin que la prohibition ait lieu lorsqu'il s'agit d'une loi corrective du droit commun; car il n'y a point de doute que les enfans de famille ne soient capables de recevoir des libéralités de la main de toute sorte de personnes; & si l'on a excepté les enfans du mari, qui n'en sont pas capables, de manière que la donation soit irrévocable, quand le mari en profite, parce qu'ils sont considérés alors comme des personnes interposées, dès que l'intérêt personnel du mari, qui est le motif de la présomption de l'interposition des personnes, ne s'y rencontre pas, la présomption n'ayant plus aucun fondement, elle ne peut pas avoir lieu.

Il faut néanmoins observer que si dans tous les cas particuliers où nous avons décidé que les donations sont irrévocables, il y avoit des preuves que la donation n'avoit été faite au fils que pour faire passer la libéralité au pere, elle seroit révocable, parce que la révocabilité regarde non-seulement les donations faites directement aux mariés, mais encore celles qui leur sont faites indirectement, & par des personnes interposées, L. 5, §. 2, ff. de donat. inter vir. & uxor. mais la preuve, ou du moins

49. Quand la raison de la prohibition cesse, la prohibition doit cesser.

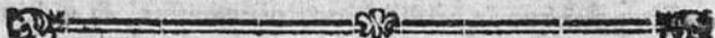
50. Disposition de la Loi 49, ff. de donat. inter vir. & uxor.

51. Quand la Donation est dirigée à des personnes d'une qualité qui doit produire quelque effet, la qualité & l'effet doivent se vérifier.

52. Les enfans de famille sont capables de recevoir des libéralités de la main de toute sorte de personnes.

53. Quand il y a preuve du fidéicommiss tacite, la Donation est révocable.

des présomptions violentes, seroient nécessaires ;
par les raisons que nous avons touchées ci-dessus.



QUESTION XLI.

I. Si celui qui a fait deux Donations à cause de mort à deux personnes différentes, en différens tems, déclarant par Acte devant un Notaire & deux Témoins, qu'il veut que la premiere sorte à effet, est censé avoir suffisamment révoqué la seconde, sans qu'il y ait une révocation expresse.

SOMMAIRES.

1. *Especes particuliere, jugée par Arrêt.*
2. *Arrêt en faveur du second donataire.*
3. *Examen de la question en point de Droit.*
4. *Raisons pour la seconde Donation.*
5. *La premiere Donation étoit révoquée par la seconde.*
6. *Les Donations à cause de mort sont révocables de leur nature.*
7. *La premiere Donation étant révoquée, on ne pouvoit la faire revivre que par une autre Donation, avec les formalités prescrites.*
8. *L'acceptation est nécessaire pour la validité des Donations à cause de mort.*
9. *La volonté du donateur & du donataire doit concourir dans toute sorte de Donations.*
10. *Dans les Testamens, on ne considere que la volonté du testateur.*
11. *Du moins falloit-il que l'Acte fût attesté par cinq Témoins.*
12. *Pour révoquer les Actes, il faut les mêmes formalités que pour les faire.*
13. *La déclaration du donateur étoit inutile, parce qu'elle ne contenoit point une révocation expresse de la seconde Donation.*

14. *Décision de la Loi 68, ff. de leg. 2.*
15. *Afin que la Donation à cause de mort puisse être chargée de fidéicomis, il faut qu'il soit exprès.*
16. *Si le fidéicomis est une espece de révocation.*
17. *Si l'on peut argumenter des Testamens aux Donations à cause de mort.*
18. *Un Testament ne peut pas être révoqué par la simple volonté du testateur.*
19. *La simple déclaration du testateur, comme il révoque le Testament, ne suffit pas.*
20. *Raisons pour le premier donataire.*
21. *Premiere proposition, que la déclaration du donateur avoit révoqué la seconde Donation.*
22. *Seconde proposition, qu'elle avoit fait revivre la premiere Donation.*
23. *La Donation à cause de mort est révoquée par le seul repentir.*
24. *Les Donations à cause de mort se révoquent comme les legs.*
25. *Les legs & les Donations à cause de mort se révoquent nudâ voluntate.*
26. *Même par une volonté tacite.*
27. *Sive contrariis verbis, sive non contrariis.*
28. *Par des inimitiés survenues.*
29. *Conséquence tirée de ces principes.*
30. *Les deux Donations sont incompatibles.*
31. *La déclaration du donateur avoit détruit la seconde Donation.*
32. *La révocation spéciale n'est pas nécessaire.*
33. *La révocation peut se faire quibuscumque verbis.*
34. *Le rétablissement de la premiere Donation anéantit la seconde.*
35. *Que la déclaration du donateur est valable.*
36. *Un Acte public devant Notaire, & deux Témoins, prouve suffisamment la volonté & le repentir.*
37. *Arrêts du Parlement de Paris conformes.*
38. *La révocation des legs peut se faire par simple Acte, en présence de deux Témoins.*

39. Il en est de même de la Donation à cause de mort.
40. Preuves de la seconde proposition.
41. La déclaration du donateur avoit fait revivre la premiere Donation de deux manieres.
42. La seconde Donation étant révoquée, elle ne faisoit plus d'obstacle à la premiere.
43. Un Testament révoqué par un second, reprend sa force, lorsque le second est biffé.
44. Autorités des Arrêts.
45. Rétablissement de la premiere Donation par une disposition expresse.
46. Quand la premiere Donation n'auroit pas été rétablie, la seconde auroit été révoquée.
47. Disposition de la Loi 36, §. 3, ff. de Test. milit.
48. La seule déclaration du testateur suffit pour révoquer les legs, quoiqu'elle ne suffise pas pour révoquer l'institution.
49. Résolution pour le premier donataire.
50. Réponse aux raisons de l'opinion contraire.
51. Il n'y a point de Loi qui exige une troisieme Donation pour rétablir la premiere.
52. Si la seule volonté suffit pour révoquer une Donation à cause de mort; elle doit suffire pour en rétablir une qui avoit été révoquée.
53. Réponse à la troisieme raison de l'opinion contraire.
54. Réponse à la Loi 35, ff. de reg. juris.
55. Réponse à la quatrieme raison.
56. Réponse à la Loi 68, ff. de leg. 2.
57. Réponse aux Loix qui disent que les Testaments ne peuvent pas être révoqués par la seule volonté.

1. Espece particuliere jugée par Arrêt.

TITUS ayant un frere & une sœur, fit une premiere donation à cause de mort en faveur de son frere en 1680. En 1689, il en fit une pareille en faveur de sa sœur. Dix mois après, il déclara par acte devant un Notaire & deux témoins, qu'il vouloit que la premiere donation fût exécutée, sans avoir révoqué expressément la seconde.

Le donateur étant mort dans cette volonté, le premier donataire prend possession des biens donnés, & en jouit pendant environ vingt-huit ans : la sœur, seconde donataire, ou ses héritiers ayant prétendu que la seconde donation devoit prévaloir, comme n'ayant pas été suffisamment révoquée, formerent instance en délaissement des biens donnés ; & par Arrêt rendu en la seconde Chambre des Enquêtes du Parlement de Toulouse, au mois d'Août 1723, les biens donnés leur furent adjugés.

Comme nous n'avons pas une connoissance parfaite des circonstances particulieres qui peuvent avoir déterminé cet Arrêt, nous ne pensons pas qu'on nous impute de manquer au respect qui est dû à la chose jugée, si nous prenons la liberté d'examiner en point de droit la question telle que nous l'avons proposée.

Commençons par les raisons qui peuvent être alléguées pour faire valoir la donation. Premièrement, il n'y a point de doute que la première donation n'eût été révoquée par la seconde ; car les donations à cause de mort étant révocables de leur nature, suivant le §. 1, aux *instit. de donationib.* & la loi 30, *ff. de mortis causâ donationib.* la seconde donation emportoit de plein droit la révocation de la première, comme incompatible.

En second lieu, la première Donation étant révoquée & anéantie, il n'étoit pas possible de la faire revivre ; mais il falloit que si le donateur eût eu une volonté efficace de transporter les biens à son frere, il lui fit une autre donation, selon les formes prescrites par les loix, & que cette donation eût été acceptée par le donataire ; car il n'y a point de doute que, selon les principes du droit Romain, l'acceptation ne soit nécessaire pour la validité des donations à cause de mort, comme nous l'avons montré dans la question 47, parce qu'il ne dépend pas d'une personne d'en gratifier une autre par donation entrevifs, ou à cause de mort, sans le concours de la volonté du donateur & du donataire ; autrement il n'y auroit aucune différence entre les donations qui ne sont parfaites, que par le pacte ou la convention des parties, & les testamens ou les codicilles, où l'on ne considère que la seule volonté, lorsqu'elle est revêtue des formalités prescrites par

2. Arrêt en faveur du second donataire.

3. Examen de la question en point de Droit.

4. Raisons pour la seconde Donation.

5. La première Donation étoit révoquée par la seconde.

6. Les Donations à cause de mort sont révocables de leur nature.

7. La première Donation étant révoquée, on ne pouvoit la faire revivre que par une autre Donation, avec les formalités prescrites.

8. L'acceptation est nécessaire pour la validité des Donations à cause de mort.

9. La volonté du donateur & du donataire doit concourir dans toute sorte de Donations.

10. Dans les Testamens, on ne confidere que la volonté du testateur.

11. Du moins falloit-il que l'Acte fût attesté par cinq Témoins.

12. Pour révoquer les Actes, il faut les mêmes formalités que pour les faire.

13. La déclaration du donateur étoit inutile, parce qu'elle ne contenoit point une révocation expresse de la seconde Donation.

14. Décision de la Loi 68, ff. de leg. 2.

15. Afin que que la Donation à cause de mort puisse être chargée de fidéicommis, il faut qu'il soit exprès.

16. Si le fidéicommis est une espece de révocation.

17. Si l'on peut argumenter des Testamens aux Donations à cause de mort.

les loix; cependant on ne doit pas confondre ces différens actes.

En troisieme lieu, du moins falloit-il que l'acte par lequel le donateur déclare qu'il vouloit que la premiere donation sortît à effet, fût attesté par cinq témoins, comme il est requis pour la validité des donations à cause de mort; *L. ult. cod. de mort. caus. donationib. L. ult. cod. de codicil.* parce que la premiere donation qui avoit été révoquée & anéantie, devant reprendre sa force par la déclaration qui devoit être considérée comme une donation à cause de mort, il étoit indispensable qu'elle fût revêtue des mêmes formalités qu'une donation à cause de mort; sur-tout s'agissant d'opérer la révocation d'une seconde donation qui étoit attestée par cinq témoins; car on doit observer dans la révocation des actes les mêmes formalités qui sont nécessaires pour les établir, suivant cette regle du droit, *nihil tam naturale est quàm eo genere quidve dissolvere quo contractum est, L. 35, ff. de reg. jur.*

En quatrieme lieu, la déclaration du donateur devoit être considérée comme d'autant plus inefficace, qu'elle ne contenoit point une révocation expresse de la seconde donation, qui étoit pourtant nécessaire, parce que les actes, quoiqu'on ait la liberté de les révoquer, doivent néanmoins subsister, jusqu'à ce qu'ils aient été révoqués expressément; ce qui est ainsi décidé dans le cas d'une donation entre mariés, qui ne peut valoir que comme donation à cause de mort, par la loi *Sequens, quæstio 68, de leg. 2*, où le Jurisconsulte décide, que, quoiqu'on ait la liberté de donner atteinte à une donation à cause de mort, en la chargeant de fidéicommis, néanmoins il est nécessaire que le fidéicommis ait été fait nommément & expressément aux biens donnés, autrement la donation doit sortir à effet, sans charge de fidéicommis; & par conséquent, tout comme le fidéicommis, qui est une espece de révocation, doit être expressément fait aux biens donnés, & non en termes généraux, il auroit fallu une révocation expresse de la seconde donation.

Enfin, comme on peut fort bien argumenter des testamens aux donations à cause de mort, puisqu'il ne suffit pas pour révoquer un testament, que le testateur déclare qu'il ne veut pas qu'il vaille, sui-

vant le §. *Ex eo 7, instit. quib. mod. testam. infirmen.* *ex eo autem solo non potest infirmari testamentum quod postea testator id noluerit valere* ; il en doit être de même de la donation à cause de mort, sur-tout tandis que la déclaration du donateur, qui avoit été faite dans cette espece, ne contenoit aucune clause de révocation de la seconde donation, ni que le donateur eût dit expressément qu'il ne vouloit point qu'elle valût.

Du moins aux termes de la loi *Sancimus 27, cod. de testam.* auroit-il fallu que la déclaration eût été faite devant trois témoins, & qu'elle eût été confirmée par le laps de dix ans qui se fussent écoulés pendant la vie du donateur, afin qu'un si long silence eût pu lui donner force d'une révocation efficace.

Au contraire, on peut dire pour le premier donataire, que son droit s'établit par deux propositions. La première, que la déclaration du donateur avoit suffisamment révoqué la seconde donation. Et la deuxième, qu'elle avoit fait revivre la première. On convient que la donation à cause de mort est révocable, & l'est si fort, que le seul repentir suffit pour en opérer la révocation ; *L. 16 & 30, ff. de mortis causâ donationib. & §. 1, instit. de donationib.* & comme les donations à cause de mort sont comparées aux legs ; aussi sont-elles révoquées de la même manière que les legs ; *L. 15, & L. 37, ff. de mortis causâ donationib.* c'est-à-dire, *nudâ voluntate, L. 3, §. 11, ff. de adimendis vel transferendis legat. L. 18, ff. de leg. 3* ; il suffit de la seule démonstration de la volonté pour révoquer les donations à cause de mort, comme le remarque *M. Cujas sur la loi 16, ff. de mortis causâ donat. lib. 13, quæst. Papiniani*, non-seulement par une volonté expresse & contraire, mais encore par une volonté tacite, & qui ne soit pas conçue par des paroles contraires & opposées : *sive contrariis verbis fiat ademptio, sive non contrariis, sed & aliis quibuscumque verbis*, dit l'Empereur Justinien au titre de *adempt. legat. & translat.* enfin les legs sont révoqués, & par conséquent les donations à cause de mort, par une volonté purement tacite ; c'est-à-dire, que le donateur n'a point manifesté par acte devant des témoins, comme dans le cas des inimitiés survenues ; auquel cas la révocation se fait de plein

18. Un Testament ne peut pas être révoqué par la simple volonté du testateur.

19. La simple déclaration du testateur, comme il révoque le Testament, n'est pas suffisante.

20. Raisons pour le premier donataire.

21. Première proposition, que la déclaration du donateur avoit révoqué la seconde Donation.

22. Seconde proposition, qu'elle avoit fait revivre la première Donation.

23. La Donation à cause de mort est révoquée par le seul repentir.

24. Les Donations à cause de mort se révoquent comme les legs.

25. Les legs & les Donations à cause de mort se révoquent *nudâ voluntate.*

26. Même par une volonté tacite.

27. *Sive contrariis verbis.*

sive non contrariis.

28. Par des inimitiés survenues.

29. Conséquence tirée de ces principes.

30. Les deux Donations sont incompatibles.

31. La déclaration du donateur avoit détruit la seconde Donation.

32. La révocation spéciale n'est pas nécessaire.

33. La révocation peut se faire *quibuscumque verbis*.

34. Le rétablissement de la première Donation anéantit la seconde.

35. Que la déclaration du donateur est valable.

36. Un Acte public devant Notaire & deux Témoins prouve suffisamment la volonté & le repentir.

droit par une volonté présumée du donateur ; L. 37 §. 11 , ff. de adimend. & transf. leg.

Cela posé, où peut être le doute que la déclaration du donateur, comme il vouloit que la première donation fût exécutée, n'eût suffisamment révoqué la seconde ? Car les deux donations étant incompatibles, & se détruisant réciproquement, tout comme la seconde donation avoit révoqué la première, aussi la déclaration faite pour faire valoir la première, avoit détruit pareillement la seconde par une volonté bien expresse, & par un repentir que le donateur avoit témoigné d'avoir fait la seconde donation ; ce qui suffisoit, aux termes des loix que nous venons de rapporter, pour opérer la révocation de la seconde donation, sans qu'il fût besoin d'une révocation spéciale ; car la révocation des legs, & par conséquent des donations à cause de mort, qui se réglent à cet égard de la même manière, pouvant se faire *quibuscumque verbis, sive contrariis, sive non contrariis, & nudâ voluntate expressâ vel tacitâ & præsumptâ*, n'est-il pas évident que quand le donateur a déclaré qu'il vouloit que la première donation fût exécutée, il a témoigné en même tems qu'il détruisoit & révoquoit la seconde donation, qui ne pouvoit pas compatir avec la première, parce que le rétablissement de l'une produisoit nécessairement la destruction & l'anéantissement de l'autre ? ¶ Et suivant la loi *cùm hic status 32, ff. de donat. inter vir. & uxor.* lorsque le mari a fait donation à sa femme, *constante matrimonio*, & qu'ensuite il se repent, s'il révoque son repentir, la donation est confirmée : *pœnitentiam accipere debemus supremam*, dit la loi, *proindè si uxori.* ¶

Tout comme on ne peut pas douter de la volonté que le donateur a eu de révoquer la seconde donation, en ordonnant l'exécution de la première, on ne peut pas non plus douter de la validité de la déclaration ; car n'étant requis, selon les loix, que la démonstration de la volonté, ou du repentir pour révoquer les legs & les donations à cause de mort ; un acte passé devant un Notaire & deux témoins, étant revêtu des formalités nécessaires pour la rendre authentique, suivant les Ordonnances, est aussi efficace pour constater cette volonté & ce repentir, que le seroit un testament, un codicille, ou une autre donation à cause de mort, revêtue de toutes

les formalités de droit ; & c'est ainsi que la question a été jugée par deux Arrêts du Parlement de Paris, rapportés par *M. Bouguier, lett. R, ch. 18*, par lesquels Arrêts la révocation des legs faite par acte devant Notaire, sans forme de testament, fut déclarée valable ; à quoi est conforme le sentiment de *Schneidewin sur le titre de ademptione legatorum & translat. N. 16*, où cet Auteur enseigne que la révocation des legs peut se faire par simple acte, en présence de deux témoins, hors du testament ou du codicille ; & *Godefroi, sur le même Schneidewin, de donationib. caus. mortis, N. 22*, dit aussi que la donation à cause de mort peut être révoquée par un simple acte de déclaration faite devant un Notaire & deux témoins ; voilà pour ce qui concerne la première proposition.

À l'égard de la deuxième, la déclaration du donateur avoit fait revivre la première donation de deux manières ; savoir tacitement, *remotione impedimenti*, & par une disposition expresse.

La seconde donation se trouvant révoquée, ainsi que nous venons de le voir, comme c'étoit le seul obstacle qui s'opposoit à la validité de la première donation, du moment que l'obstacle fut emporté par la révocation de la deuxième, la première reprit sa force de plein droit, tout comme un premier testament, quoique révoqué de plein droit par un second, reprend sa force, lorsque le testateur vient à biffer & bâtonner le second ; *non secus ac si quis aliud testamentum fecisset, ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinqueret*, comme parle la loi 11, §. dernier, ff. de bonor. possess. secund. tabulas, qui est autorisée par les Arrêts rapportés par *M. Bouguier, lett. V, ch. 17* ; car si cela a lieu en matière de testament, à cause que, selon la remarque du Jurisconsulte Papinien, *non quaritur de jure testamenti, sed de viribus exceptionis*, quoiqu'à la rigueur il ne puisse point être rétabli ni révoqué par la seule volonté, comme le dit le même Jurisconsulte dans cette loi ; à plus forte raison doit-on l'observer en matière de donations à cause de mort, dont la révocation, & par conséquent le rétablissement dépendoit absolument de la simple volonté, & du seul repentir ; suivant les textes rapportés ci-dessus.

La déclaration du donateur avoit aussi rétabli la

37. Arrêts du Parlement de Paris conformes.

38. La révocation peut se faire par simple Acte en présence de deux Témoins.

39. Il en est de même de la Donation à cause de mort.

40. Preuves de la seconde proposition.

41. La déclaration du donateur avoit fait revivre la première Donation de deux manières.

42. La seconde Donation étant révoquée, elle ne faisoit plus d'obstacle à la première.

43. Un Testament révoqué par un second, reprend sa force, lorsque le second est biffé.

44. Autorité des Arrêts.

45. Rétablissement de la première Donation par une disposition expresse.

46. Quand la première Donation n'auroit pas été rétablie,

la seconde au-
roit été révo-
quée.

premiere donation , en ordonnant expreffément qu'elle feroit exécutée, voilà pourquoi il n'en falloit pas davantage pour la faire revivre , puisqu'une femblable déclaration a été jugée fuffifante pour faire valoir un premier testament , quoiqu'il eût été révoqué par un fecond , par un Arrêt rapporté par *Albert* , verb. *testament* , art. 7 ; & par *M. de Catellan* , liv. 2 , ch. 2.

47. Dispo-
sition de la Loi
36 , §. 3 , ff.
de *Testam. milit.*

A fuppofer pour un moment que la déclaration du donateur n'eût pas pu faire revivre la premiere donation ; le fecond donataire n'ayant pas pour lui la volonté du donateur , il ne pouvoit pas demander les biens en vertu de la seconde donation , fuyant la loi *Militis* 36 , §. *Veteranus* 3 , ff. de *testam. milit.* Pour l'intelligence de cette loi , v. *Cujas* , lib. 6 , resp. *Papiniani* , v. *contr. L. 18* , ff. de *leg. 3* , v. *Vinnius ad tit. instit. de adempt. legat.* qui décide que quand la déclaration du testateur ne fuffit pas pour révoquer le testament , quant à l'institution & aux substitutions , elle fuffit néanmoins pour exclure les légataires par

48. La feule
déclaration du
testateur fuffit
pour révoquer
les legs , quoi-
qu'elle ne fuffife
pas pour révo-
quer l'institu-
tion.

voie d'exception , *legata verò petentes exceptione doli mali secundum jus commune summoventi* , & comme ce qui se dit des legs , a lieu quant à la révocation , à l'égard des donations à cause de mort , puisqu'aux termes de la loi 15 , ff. de *mortis causâ donat. hoc & constitutum est & ad exemplum legatorum mortis causâ donationes revocatae sunt* ; il n'y avoit pas lieu de déposer le premier donataire , ni d'adjuger les biens au fecond donataire.

49. Résolu-
tion pour le pre-
mier donataire.

50. Réponse
aux raisons de
l'opinion con-
traire.

S'il nous est permis d'ouvrir notre avis sur cette question , il nous paroît que les raisons du premier donataire méritent la préférence , & qu'elles sont supérieures à celles de l'opinion contraire , auxquelles il est assez facile de répondre ; car , 1°. il est vrai que la premiere donation avoit été révoquée par la seconde ; mais celle-ci ayant été révoquée à son tour , elle n'a plus fait obstacle à la premiere , qui a repris sa force , dès aussi-tôt que rien n'a pu s'opposer à sa validité , & que le donateur en a ordonné l'exécution.

51. Il n'y a
point de Loi
qui exige une
troisieme Do-
nation pour ré-
tablir la pre-
miere.

2°. Il n'y a point de loi qui décide que , quand une donation à cause de mort a été révoquée par une seconde , il faille en faire une troisieme pour rétablir la disposition de la premiere ; les loix ont même décidé le contraire en fait de testament , qu'il est bien plus

plus difficile de révoquer ou de rétablir, qu'une donation à cause de mort; & d'ailleurs la seule volonté du donateur suffisant pour la révocation, elle doit donc suffire pareillement pour le rétablissement; & puisque la première donation auroit dû être exécutée, si elle n'avoit pas été révoquée par une seconde, dès que la seconde ne subsiste plus pour lui faire obstacle, on ne peut pas prétendre avec fondement, que ce soit le cas d'opposer que la seule volonté du donateur ne suffit pas pour gratifier, parce que la révocation de la seconde donation dépendant de la volonté du donateur, lorsqu'il use de cette liberté, il ne fait pas une nouvelle libéralité; mais il laisse subsister celle qu'il a déjà faite.

3°. Ce que nous venons de dire sert de réponse à la troisième raison de l'opinion contraire; & d'ailleurs ne s'agissant que de la preuve d'une volonté, le nombre de cinq témoins n'est point requis; mais il suffit que la volonté soit constatée par un acte revêtu des formalités nécessaires pour la rendre authentique; car il n'est point question de faire une nouvelle donation, mais simplement de lever les obstacles qui s'opposoient à la validité d'une donation déjà faite. Du reste, la loi 35, ff. de reg. jur. est mal appliquée, parce que la révocation des donations à cause de mort dépendant de la seule volonté, il n'est pas nécessaire d'y apporter les mêmes formalités qui sont nécessaires pour une donation valable.

4°. Les donations à cause de mort pouvant être révoquées par une volonté tacite, de même que par une volonté expresse, il n'étoit pas nécessaire que la déclaration portât une révocation expresse & individuelle de la seconde donation; mais il suffisoit que la seconde donation ne fût pas compatible avec la première, dont l'exécution avoit été ordonnée, & la loi 68, ff. de leg. 2, ne décide rien de contraire; car si elle dit que les biens donnés ne sont pas compris dans un fidéicommis vague, ce n'est pas à dire que si le fidéicommis s'y appliquoit d'une manière à faire comprendre que la volonté du testateur étoit d'y englober la donation à cause de mort, il ne dût sortir à effet, tout de même que s'il étoit fait mention expresse des biens donnés; or on ne peut pas douter que dans le cas que nous traitons, la révocation qui résulte de ce que le donateur veut

52. Si la seule volonté suffit pour révoquer une Donation à cause de mort, elle doit suffire pour en rétablir une qui avoit été révoquée.

53. Réponse à la troisième raison de l'opinion contraire.

54. Réponse à la Loi 35, ff. de reg. juris.

55. Réponse à la quatrième raison.

56. Réponse à la Loi 68, ff. de leg. 2.

370 QUESTION XLII.

que la premiere donation soit executée, ne soit aussi expresse que si elle étoit individuelle.

57. Réponse aux Loix qui disent que les Testamens ne peuvent pas être révoqués par la seule volonté.

5°. Le §. 7, aux *instit. quib. mod. testam. infirmantur*; ni la loi 27, *cod. de testamentis*, ne peuvent point recevoir une juste application au cas présent, parce que, comme nous l'avons déjà remarqué, le testament ne se révoque pas par la simple volonté; au lieu qu'il en est autrement des donations à cause de mort.

QUESTION XLII.

I. De l'origine du droit de reversion; de sa nature; s'il peut être considéré comme une condition tacite; s'il se fait de plein droit, & quels sont ses effets.

S O M M A I R E S.

1. *Le droit de retour est considéré différemment dans le Pays du Droit Ecrit, que dans le Pays Coutumier.*
2. *Droit de retour établi par la Loi pour la dot profectice.*
3. *Quelle dot est profectice.*
4. *Quelle est la dot adventitia.*
5. *Le droit de retour n'y avoit pas lieu sans convention.*
6. *Dos receptitia quæ dicatur.*
7. *Loix qui parlent du retour de la dot profectice.*
8. *S'il avoit lieu, indépendamment de la puissance paternelle.*
9. *C'est la qualité du pere, & non la puissance paternelle qui fait la dot profectice.*
10. *Si la Loi unique, §. 13, fait dépendre le retour de la dot de la puissance paternelle.*
11. *Disposition de ce §. 13.*
12. *La Loi répute étrangères toutes les personnes autres que le pere & les ascendans, per virilem sexum.*

13. Véritable sens de ce §. 13.
14. Qu'il ne corrige point les Loix du Digeste.
15. Sentiment de M. Cujas conforme à cette explication.
16. Conclusion que le retour de la dot n'est pas fondé sur la puissance paternelle.
17. Du retour des Donations.
18. Explication de la Loi 2, Cod. de bonis quæ lib.
19. Cette Loi ne parle que de la dot & de la Donation ante nuptias.
20. Le retour de la Donation ante nuptias étoit fondé sur la puissance paternelle.
21. La Loi dernière, Cod. communia utriusque judicii, ne parle que du retour de la dot & de la Donation ante nuptias.
22. Il ne reste point de Loi qui parle du retour des Donations simples.
23. La Nouvelle 25 de Leon, prouve qu'il y en avoit.
24. Elles ordonnoient le retour, en cas que le donataire n'eût point d'enfans.
25. Le droit de retour n'étoit pas accordé à la mere ni aux étrangers sans convention.
26. Les Loix dont la Nouvelle de Leon parle, ni la Nouvelle même, ne peuvent pas servir pour la décision.
27. Le retour des Donations simples n'est pas fondé sur le Droit Romain par disposition expresse.
28. Erreur des Auteurs qui ont cru que le retour des Donations simples étoit fondé sur le Droit Romain.
29. Faveur du droit de retour au Parlement de Toulouse.
30. A quelles personnes a-t-il été donné ?
31. Auteurs qui établissent cette extension.
32. De la nature, des motifs du droit de retour.
33. Opinion de M. Dolive.
34. Opinion de Lebrun contraire à celle de M. Dolive.
35. Premier motif.

36. *Deuxieme motif.*
37. *Troisieme motif.*
38. *On ne peut pas tirer du Droit Romain les motifs du retour des Donations simples.*
39. *Motifs du retour de la dot & de la Donation ante nuptias.*
40. *Il faut appliquer aux Donations simples les motifs particuliers du retour de la dot & de la Donation ante nuptias.*
41. *Que le retour est fondé sur une stipulation tacite suppléée par la Loi.*
42. *Preuve tirée de la Loi unique, §. 13, Cod. de rei uxor. actione.*
43. *Le sentiment de Lebrun est préférable à celui de M. Dolive.*
44. *L'opinion de M. Dolive ne convient pas avec la Jurisprudence du Parlement de Toulouse.*
45. *Effets du retour au Parlement de Toulouse.*
46. *Le retour résoud ex causa antiqua le droit du donataire.*
47. *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*
48. *Le retour est plus fort que le droit de succession.*
49. *Le retour exclud le droit de légitime des ascendans du donataire.*
50. *Les biens donnés reviennent de droit jure postliminii.*
51. *C'est un effet de la stipulation tacite.*
52. *Le retour n'est pas empêché par les dispositions entre-vifs ou testamentaires du donataire.*
53. *Les aliénations & les hypotheques sont résolues.*
54. *Cette Jurisprudence est plus conforme aux principes du Droit Romain, que celles des Parlemens qui en font un simple droit de succession.*
55. *La stipulation tacite affecte ex causa antiqua les biens donnés.*
56. *La Donation tacite du retour résoud la Donation, & la réduit ad non causam.*

57. Les conditions anéantissent de plein droit les dispositions qui en dépendent.
 58. Qu'à la rigueur, l'hypothèque de la dot devroit être résolue indistinctement.

C E qui nous oblige d'examiner cette matière, c'est que nous voyons que le droit de retour est considéré différemment dans le Pays coutumier, que dans celui du droit écrit, & ces différences produisent des effets tout opposés dans la décision des cas particuliers qui se présentent; d'autre part, nous voyons encore que les Auteurs sont partagés lorsqu'ils déterminent les motifs sur lesquels le droit de retour est fondé.

Plusieurs textes du droit Romain font mention du droit de reversion; mais dans le premier tems, nous ne le trouvons établi par la puissance de la loi, que pour la dot profectice; c'est-à-dire, *quæ à patre vel parente profecta est de bonis vel factis ejus*, comme l'explique la loi 5, ff. de jur. dotium; & pour y assujettir la dot appelée *adventitia*, c'est-à-dire, qui étoit constituée par toute autre personne que par le pere ou par l'ayeul paternel, suivant la remarque de Godefroi, sur la loi 5, ff. de jure dot. il falloit une convention expresse, laquelle convention faisoit appeler la dot *receptitia*; tout cela nous est enseigné par le Jurisconsulte Ulpien, dans ses fragmens, tit. 6, de dotib. §. 1 & 2, où il dit, *dos aut profectitia dicitur, id est, quam pater mulieris dedit, aut adventitia, id est, ea quæ à quovis alio data est, mortuâ in matrimonio muliere, dos à patre profecta ad patrem revertitur, quintis in singulos liberos in infinitum relictis penes virum; adventitia autem dos semper penes maritum remanet, præterquam si is qui dedit, ne sibi redderetur stipulatus fuit, quæ dos specialiter receptitia dicitur*. Le retour de la dot profectice est encore accordé au pere par la loi *jure succursum* 6, ff. de jur. dot. la loi 5, ff. de divortis; la loi 10; la loi 59, ff. solut. matrim. & la loi 4, cod. eod.

Comme le retour étoit attaché à la qualité de la dot profectice, le pere en profitoit indépendamment de la puissance paternelle; & quoique la fille à laquelle il avoit constitué la dot, fût émancipée: c'est ce qui résulte de la loi 5, §. 11, & de la loi 6, ff.

1. Le Droit de retour est considéré différemment dans le Pays Coutumier, que dans celui du Droit écrit.

2. Droit de retour établi par la Loi pour la dot profectice.

3. Quelle dot est profectice.

4. Quelle est la dot adventitia.

5. Le droit de retour n'y avoit pas lieu sans convention.

6. *Dos receptitia quæ dicitur.*

7. Loix qui parlent de la dot profectice.

8. S'il avoit lieu indépendamment de la puissance paternelle.

9. C'est la qualité de pere, &

non la puissance paternelle qui fait la dot profectice.

10. Si la Loi unique, §. 13, fait dépendre le retour de la dot de la puissance paternelle.

11. Disposition de ce §. 13.

12. La Loi répute étrangères toutes les personnes autres que le pere & les ascendants *per virilem sexum*.

13. Véritable sens de ce §. 13.

14. Qu'il ne corrige point les Loix du Digeste.

15. Sentiment de M. Cujas conforme à cette explication.

de jur. dot. car la premiere de ces deux loix déclare profectice la dot constituée par le pere à sa fille émancipée, *quia non jus potestatis, sed parentis nomen dotem profectitiam facit*, & la loi 6 accorde indéfiniment le retour de la dot profectice; cela est encore décidé; c'est-à-dire, que le retour appartenoit pour la dot profectice, indépendamment de la puissance paternelle, par la loi 5, *ff. de divort. & repud.* la loi 10, *ff. solut. matrimonio*, qui dit, *ut etiamsi in potestate non fuerit patris, dos ab eo profecta reverti ad eum debeat*, & par la loi 71, *ff. de evict.*

Cependant la loi unique, §. *accedit 13, cod. de rei uxor. actione*, semble avoir donné atteinte à la décision des loix qui accordent au pere le droit de retour pour la dot constituée à sa fille émancipée; car l'Empereur Justinien veut, que si les étrangers constituans n'ont pas stipulé le retour de la dot par eux constituée, elle ne revienne point après la dissolution du mariage; mais il veut qu'elle appartienne à la femme en vertu de la stipulation tacite que la loi supplée en sa faveur; & le même Empereur met au rang des étrangers toute sorte de personnes autres que le pere, ou les ascendants, *per virilem sexum*, qui ont en leur puissance la femme à laquelle la dot a été constituée; par où le retour de la dot semble être attachée présentement à la puissance paternelle, puisque l'Empereur le refuse à tous ceux qui n'ont pas le droit de puissance paternelle, *extraneum autem intelligimus omnem citra parentem per virilem sexum ascendentem, & in potestate dotatam personam habentem*.

Mais il faut prendre garde que dans le cas de ce §. 13, il ne s'agit pas du retour de la dot par le décès de la femme, mais bien de la répétition causée par le divorce fait entre mariés; ce qui fait que cette nouvelle loi ne peut pas corriger celles du digeste qui accordent le retour de la dot profectice au pere, par le décès de sa fille, quoiqu'elle fût émancipée; ainsi il est toujours vrai que le retour de la dot n'est pas fondé sur la puissance paternelle; & c'est ce que M. Cujas sur ce §. 13 a fort bien observé, en distinguant le cas de la répétition de la dot à cause du divorce, laquelle répétition étoit intentée par le pere, conjointement avec sa fille, d'avec le cas de la mort de sa fille, & *hoc quidem divorcio facto*, dit ce docteur, *nam mortuâ filiâ in matrimonio nihil interest*

quoad profectitiam dotem attinet, pater habeat filiam in potestate necne, nam si filia sit emancipata, dos profectitia revertitur ad patrem mortuâ filiâ in matrimonio, tamen si pater non fuerit stipulatus dotem sibi reddi in eum casum; ce qui découvre l'erreur des Auteurs qui ont pensé sur le fondement du §. 13 de la loi unique, *cod. de rei uxor. actione*, que le retour de la dot étoit fondé sur la puissance paternelle.

Pour ce qui est des donations, la loi la plus ancienne, qui parle du droit de retour, est celle des Empereurs Théodose & Valentinien, portée l'an 429, & qui est la seconde au code de Justinien, de *bonis quæ liberis*. Ces Empereurs voulant expliquer une loi qu'ils avoient faite auparavant, pour déclarer que les dons faits par le mari à sa femme non-émancipée, ou par la femme à son mari non-émancipé, n'appartiendroient pas au pere, quoique, suivant le droit ancien, tout ce qui étoit acquis par le fils de famille fût acquis de plein droit à son pere, *jure patriæ potestatis*, déclarent en même-tems qu'ils n'ont pas entendu comprendre dans cette nouvelle loi, ce qui a été donné par le pere ou par l'ayeul à titre de dot ou donation *ante nuptias*, en faveur de ses enfans, ou petits-enfans, voulant, que le cas arrivant, ces libéralités leur fassent retour: *Nullus ad id quoque pertinere existimet, quod ab ipso parente datum vel dotis, vel ante nuptias donationis causâ, pro una ex memoratis personis præstitum fuerat, ut minimè ad eum si casus tulerit revertatur.*

La même loi suppose que ce retour, du moins pour la donation *ante nuptias*, se faisoit par un effet particulier de la puissance paternelle, *sed ut his potestatis jure ad parentes reversis, &c.*

La loi dernière, *cod. communia utriusque judicii*, qui est de l'Empereur Justinien, suppose le retour en faveur du pere, de la dot, & de la donation *ante nuptias*, par stipulation, ou par la puissance de la loi, puisqu'elle regle de quelle maniere les biens qui ont fait retour doivent être partagés entre les enfans.

Quoique nous ne trouvions point de loi dans le digeste ni dans le code, qui parle du retour des autres donations, nous pouvons conjecturer néanmoins de ce qui est rapporté historiquement dans la *Novelle 25 de l'Empereur Leon*, qu'il y en avoit qui

16. Conclusion que le retour de la dot n'est pas fondé sur la puissance paternelle.

17. Retour des Donations.

18. Explication de la Loi 2, *cod. de bonis quæ liberis*.

19. Cette Loi ne parle que de la dot & de la Donation *ante nuptias*.

20. Le retour de la Donation *ante nuptias* étoit fondée sur la puissance paternelle.

21. La Loi dernière, *cod. communia utriusque judicii*, ne parle que du retour de la dot, & de la Donation *ante nuptias*.

22. Il ne reste point de Loi qui parle de retour des Donations simples.

23. La Nouvelle 25 de Leon prouve qu'il y en avoit.

24. Elles ordonnoient le retour, en cas que le donataire n'eût point d'enfans.

25. Le droit de retour n'étoit pas accordé à la mere ni aux étrangers, sans convention.

26. Les Loix dont la Nouvelle de Leon parle, ni la Nouvelle même, ne peuvent pas servir pour la décision.

27. Le retour des Donations simples n'est pas fondé sur le Droit Romain par disposition expresse.

28. Erreur des Auteurs qui ont cru que le retour des Donations simples étoit fondé sur le Droit Romain.

29. Faveur du droit de retour au Parlement de Toulouse.

accordoient au pere le droit de retour de toute sorte de donations, lorsque le fils donataire n'avoit point d'enfans; car en parlant de ces loix, qu'il suppose avoir été abrogées, & qu'il veut faire revivre, il dit : *Nos itaque pristinam legem hac de re auctoritatem renovantes statuimus, &c. At quid aiunt illæ? Si filius liberis orbetur donum quod illi à patre processerit ad donatorem oportere reverti; quod verò aut à matre aut ab extraneo copiam donatum filius habet, non item, nisi reverti debere ad donatores pacto complexi sint.*

Par où l'on voit que le droit de retour étoit accordé au pere pour toute sorte de dons; qu'il étoit refusé à la mere, & à tous les autres donateurs étrangers, à moins qu'il n'y eût convention expresse, que les biens leur feroient retour; mais ces loix dont l'Empereur Leon parle, & dont il renouvelle la disposition, avoient sans doute été supprimées par l'autorité de l'Empereur Justinien, qui ne voulut autoriser le droit de retour que pour la dot, suivant les loix du digeste, & pour la donation *ante nuptias*, suivant la loi 2, *cod. de bonis quæ liberis*, & la loi dernière, *cod. communia utriusque judicii*. Voilà pourquoi si l'on devoit s'en tenir au droit Romain, qui est parmi nous en vigueur (car les Nouvelles de l'Empereur Leon n'ont jamais eu force de loi, & n'ont pas été reçues; *Cujas, lib. 17, observat. cap. 31,*) il faudroit le borner à la dot & à la donation *ante nuptias*, avec cette même restriction pour la donation *ante nuptias*, qu'elle eût été faite pour un enfant en la puissance de son pere ou de son ayeul, aux termes de la loi 2, *cod. de bonis quæ liberis*, dont nous avons rapporté les propres termes; après quoi il est aisé de comprendre que *Me. Claude Henris, tom. 1, liv. 6, ch. 5, quest. 12,* & les autres Auteurs qui ont prétendu que le droit Romain avoit introduit le droit de reversion pour toute sorte de donations en faveur des ascendans de l'un & de l'autre sexe, n'avoient pas assez réfléchi sur les loix qui parlent du droit de retour, & que rapportant les loix à l'usage, ils avoient décidé la question sur ce qu'ils voyoient pratiquer, sans examiner à fonds la disposition des loix.

Cependant ce droit de retour a été considéré avec tant de faveur au Parlement de Toulouse, que non-seulement on l'a étendu à toute sorte de donations,

& en faveur de la mere & des autres ascendans , sans aucun égard à la puissance paternelle , mais encore en faveur des freres & sœurs , oncles & tantes de sang , & non par alliance , ni des autres parens plus éloignés , lorsque le donataire decede sans enfans , même s'il en laisse , le retour est accordé à toutes ces personnes , pourvu que les enfans decedent avant les donateurs ; sur quoi l'on peut voir ce qu'en ont écrit *M. Maynard* , liv. 2 , ch. 90 , & liv. 9 . ch. 16 ; *Ferrieres* , sur la question 148 de *Guipa-pe* , & sur la quest. 1 de *M. le Président Duranti* ; *M. de Cambolas* , liv. 1 , ch. 5 ; *M. Dolive* , liv. 4 , ch. 7 ; *M. Larroche* , liv. 6 , tit. 41 , art. 17 , 18 & 19 ; *Graverol* , sur *Larroche* , verb. retour , art. 1 , & liv. 6 , tit. 40 , art. 21 .

30. A quelles personnes a-t-il été étendu.

31. Auteurs qui établissent cette extension.

Les Auteurs ne sont pas d'accord , lorsqu'ils veulent régler la nature du droit de retour , & qu'ils expliquent les motifs qui l'ont fait introduire ; *M. Dolive* , liv. 4 , ch. 7 , dit qu'il n'est pas fondé comme dans le cas du retour , qui arrive par la survenance des enfans sur une raison essentielle , prise du défaut d'une condition tacitement inhérente à l'acte ; mais sur une raison tirée de la qualité du donateur , qui est grandement favorable , & qui est prise de l'inconvénient qui en arriveroit , si le retour n'avoit pas lieu , *ne hac injectâ formidine parentum circa liberos munificentia retardetur* , l. 2 , cod. de bonis quæ liber.

32. De la nature & des motifs du droit de retour.

33. Opinion de *M. Dolive*.

Au contraire , *Me. Denis Lebrun* , dans son traité des successions , liv. 1 , ch. 5 , sect. 2 , N. 1 , dit que le premier motif de l'établissement qu'il tire de la loi *jure succursum* 6 . ff. de jur. dot. a été de consoler le douleur d'un pere qui a vu troubler l'ordre naturel par le prédécès de sa fille ; le second a été d'encourager les peres à doter leurs enfans , en les assurant que si leurs enfans venoient à mourir , ils rentreroient en ce cas dans ce qu'ils leur auroient donné ; le troisieme enfin consiste à dire que le pere mariant son fils ou sa fille , est présumé avoir voulu pourvoir , non-seulement à son fils , mais encore à sa postérité ; en sorte que son fils mourant sans enfans , on lui doit restituer ce qu'il a donné dans cette vue , sur le fondement de la présomption de sa volonté.

34. Opinion de *Lebrun* , contraire à celle de *M. Dolive*.

35. Premier motif.

36. Deuxieme motif.

37. Troisieme motif.

Selon les observations que nous avons faites , le droit de retour pour les donations pures & simples

38. On ne peut pas tirer du Droit Ro-

main les motifs du retour des Donations simples.

39. Motifs du retour de la dot & de la Donation *ante nuptias*.

40. Il faut appliquer aux Donations simples les motifs particuliers au retour de la dot & de la Donation *ante nuptias*.

41. Que le retour est fondé sur une stipulation tacite suppléée par la Loi.

42. Preuve tirée de la Loi unique, §. 13, *Cod. de rei uxoris actione*.

43. Le sentiment de Lebrun est préférable à celui de M. Dolive.

44. L'Opinion de M. Dolive ne convient pas avec la Jurisprudence du Parlement de Toulouse.

n'ayant pas son fondement dans le droit Romain; nous ne pouvons pas y découvrir les motifs qui l'ont fait introduire : nous voyons bien que le retour de la dot a été introduit, afin que le pere ne fit pas une double perte; savoir, de sa fille, & de la dot qu'il lui avoit constituée, *ne & filia amissa & pecunia damnum sentiret*, comme dit la loi *jure succursum*. Nous voyons aussi que la loi 2, *cod. de bonis quæ liberis*, donne pour motif au retour de la dot & de la donation *ante nuptias*, *ne hac injecta formidine parentum circa liberos munificentia retardetur*; mais tout cela ne regarde que la dot & la donation *ante nuptias*.

Mais comme il est nécessaire de régler les effets du droit de retour, ce que l'on ne peut faire que sur la nature de ce droit, qui a été introduit à l'exemple du retour de la dot & de la donation *ante nuptias*, il n'y a point de doute qu'il ne faille emprunter de la dot & de la donation *ante nuptias*, les raisons & les motifs qui en ont fait introduire le droit, & ce seroit sans raison, à notre avis, qu'on se borneroit au seul motif marqué dans la loi 2, *cod. de bonis quæ liberis*; car ceux qui ont donné lieu au retour de la dot, peuvent également s'appliquer au retour des donations simples; & pour fixer plus particulièrement la nature & l'efficace de ce droit, nous pouvons ajouter qu'il procede d'une stipulation tacite que la loi supplée; ce qui est fondé sur la disposition expresse de la loi unique, §. *accedit 13, cod. de jur. dot.* ou après avoir réglé le retour accordé au pere, & l'avoir refusé aux étrangers, à moins qu'il n'y eût un pacte exprès, l'Empereur Justinien ajoute, *parenti enim tacitam ex stipulatu actionem damus*; ce qui prouve que le retour est fondé sur une convention tacite & légale; voilà pourquoi le sentiment de *Lebrun* nous paroît préférable à celui de *M. Dolive*, qui est trop resserré, & qui ne convient pas même avec la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, laquelle résoud toutes les aliénations, & fait revenir les biens francs & quittes de toutes les charges & hypotheques qui peuvent avoir été contractées par le donataire, sauf l'hypothèque de la dot & des conventions matrimoniales, en cas d'insuffisance des autres biens, quand c'est la femme même qui en demande la répétition; car si c'est un étranger héritier de la femme qui répete la dot &

les autres conventions matrimoniales, les biens donnés n'y font pas assujettis, même subsidiairement, comme le remarquent *M. Dolive, liv. 4, ch. 7 & 8, MM. Maynard; Larroche; Cambolas; Catellan*, & les autres Auteurs du même Parlement; ce qui ne peut se faire qu'en supposant une condition, ou une stipulation tacite en faveur du donateur, qui résoud *ex causa antiqua* le droit du donataire par son prédécès sans enfans, & qui par conséquent emporte tous les droits de ceux qui ont contracté avec le donataire, suivant cette maxime tirée de la loi *Lex vestigali 31, ff. de pignoribus, resolutio jure dantis resolvitur jus accipientis.*

45. Effets de retour au Parlement de Toulouse.

46. Le retour résoud *ex causa antiqua* le droit du donataire.

47. *Resolutio jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

De ce que nous venons de dire, que le retour est fondé sur une stipulation tacite & légale, inhérente à la donation, il s'ensuit; premièrement, que le retour n'est pas un droit de succession, mais il est au contraire plus fort que le droit de succession, comme le remarque *Graverol sur M. Larroche, liv. 6, tit. 40, article 21*; & par conséquent, quoique le donataire laisse des successeurs plus proches que le donateur, les biens donnés doivent néanmoins lui revenir, à l'exclusion de l'héritier; & qui plus est, si cet héritier est un ascendant qui eût droit de demander une légitime sur les biens du donataire, il ne pourroit pas la prendre sur les biens qui font retour, suivant *M. Dolive, au lieu préallégué, M. de Cambolas, liv. 1, ch. 5; M. Maynard, liv. 2, ch. 92.*

48. Le retour est plus fort que le droit de succession.

49. Le retour exclut le droit de légitime des ascendans du donataire.

En second lieu, que les biens donnés reviennent de plein droit *veluti quodam jure postliminii*, sans que le donateur ait besoin d'intenter son action, suivant *M. Dolive, au lieu préallégué; Ferrieres, sur la question première de M. le Président Duranti; M. Maynard, liv. 9, ch. 16; & M. de Catellan, liv. 5, ch. 8*; ce qui est un effet naturel de la stipulation tacite de retour que la loi supplée dans la constitution de dot; stipulation que la Jurisprudence des Arrêts étend & applique aux donations pures & simples, & qui doit opérer le même effet dans le retour des donations, qu'elle opere dans le retour de la dot.

50. Les biens donnés reviennent de plein droit *jure postliminii.*

51. C'est un effet de la stipulation tacite.

En troisième lieu, il s'ensuit encore que la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, qui accorde le retour au donateur, nonobstant toutes dispositions testamentaires ou entre-vifs, faites par le donataire, suivant *M. Maynard, liv. 2, ch. 91*, & qui de

52. Le retour n'est pas empêché par les dispositions entre-vifs ou testamentaires du donataire.

53. Les aliénations & les hypothèques sont résolues.

54. Cette Jurisprudence est plus conforme aux principes du Droit Romain, que celles des Parlemens qui en font un simple droit de succession.

55. La stipulation tacite affectée *ex causa antiqua* les biens donnés.

56. La condition tacite du retour, résoud la Donation & la réduit *ad non causam*.

57. Les conditions anéantissent de plein droit les dispositions qui en dépendent.

58. Qu'à la rigueur, l'hypothèque de la dot doit être résolue indistinctement.

plus résoud toutes les aliénations & hypothèques créées par le donataire, comme nous l'avons dit, est plus conforme aux regles générales du droit de retour établies par le droit Romain, que celles des autres Parlemens, qui ne l'accordent que dans le seul cas de la succession *ab intestat*, & qui laissent subsister les dispositions faites par le donataire, de même que les hypothèques par lui contractées; car la stipulation tacite que la loi unique, §. *accedit 13*, *cod. de rei uxor. aff.* supplée & sous-entend dans la constitution de la dot, & qui doit par identité de raison & de Jurisprudence, être étendue aux donations dans le cas où le retour est accordé, affectant les biens donnés *ex antiqua causa*, & cette affectation se fait *in traditione*, le droit du donateur est antérieur & préférable à tous ceux qui ont contracté avec le donataire, parce que la stipulation tacite, lorsqu'elle a lieu par l'événement de la condition; c'est-à-dire, par le décès du donataire sans enfans, remonte, & a un effet rétroactif au jour de la donation, & la fait considérer comme si elle n'avoit jamais été faite; car c'est l'effet des conditions de résoudre & d'anéantir de plein droit toutes les dispositions qui en dépendent, comme nous l'avons dit ailleurs.

Nous croyons même, qu'à suivre rigoureusement cette regle, il faudroit décider dans ce cas, comme nous l'avons fait dans la question onzieme, à l'égard du retour des biens par la survenance des enfans, en vertu de la loi *Si unquam*, *cod. de revocand. donationib.* que l'hypothèque de la femme pour sa dot & ses conventions matrimoniales, devoit être résolue indistinctement, quoique la femme même en intentât l'action; car les mêmes raisons militent dans le cas du droit de reversion, avec la même force que dans le cas du retour qui se fait par la loi *Si unquam*.



QUESTION XLIII.

- I. Si la renonciation à un fidéicommiss non échu , faite par celui qui devoit le recueillir immédiatement , en faveur de son fils , doit être considérée comme une Donation , ou comme une répudiation & abdication.
- II. Si le fils venant à prédécéder sans enfans , le pere reprend par droit de retour le fidéicommiss , auquel il avoit renoncé.
- III. Si la clause par laquelle le pere renonce au fidéicommiss en faveur de son fils & de ses enfans mâles , ne renferme pas une stipulation tacite de retour , en cas que le fils décede sans enfans mâles.
- IV. Si le pere faisant une élection anticipée du fidéicommiss , avant même qu'il ne soit sur sa tête , peut faire une nouvelle élection , après que son fils , qu'il avoit élu , & qui avoit recueilli le fidéicommiss en conséquence , est décédé sans enfans.
- V. Si le fidéicommiss remonte , lorsque celui qui devoit le recueillir immédiatement après l'héritier grevé , cede à son fils , & lui quitte la place , le fils qui n'étoit appelé qu'au second degré , venant à prédécéder sans enfans.
- VI. Quels sont les effets de la renonciation en faveur , & quelles sont ses différences avec la renonciation pure , privative & exclusive du droit du renonçant ?
- VII. Si celui qui est grevé de rendre à sa mort , restituant pendant sa vie , les actions passent sur la tête du fidéicommissaire , *ex Trebelliano* , ou si la restitution anticipée ne vaut que comme cession ou Donation pendant la vie du grevé.

S O M M A I R E S.

1. Hypothese sur laquelle a été rendu un Jugement souverain.
2. Testament de Claudè de Faure , Conseiller au Parlement.
3. Clause de la Substitution.
4. Suite.
5. Contrat de mariage sur lequel rouloit la difficulté principale.
6. Suite de la même clause.
7. Décès de l'héritier grévè.
8. Opposition au mariage.
9. Conventions qui terminerent le Procès de l'opposition.
10. Décès du fils , en faveur duquel la renonciation & l'élection anticipée avoient été faites.
11. Nom des Commissaires nommés.
12. Testament de M. de Saint Maurice.
13. Conclusion du fils , héritier & élu pour recevoir la Substitution de Claude de Faure.
14. Conclusion de l'aîné.
15. Moyens sur lesquels l'héritier fondoit l'élection de sa personne.
16. Premier moyen , retour légal.
17. Que le Contrat de mariage contenoit une élection & une renonciation translativè du droit , & une répudiation ou abdication.
18. Première circonstance.
19. La renonciation pure & simple est une répudiation.
20. La renonciation in favorem saisit le renonçant de son droit , & le transporte.
21. Preuves tirées de Dumoulin , d'Argentré , & autres Auteurs.
22. Deuxième circonstance.
23. Mettre quelqu'un à sa place , c'est le subroger , & lui transporter son droit.
24. Troisième circonstance.

QUESTION XLIII. 381

25. La répudiation est un Acte légitime , comme l'acceptation d'hérédité.
26. Les Actes légitimes ne souffrent ni jour ni condition.
27. Partem agnoscendo totum adire censetur.
28. L'acceptation s'induit , lorsque l'on touche aux choses héréditaires.
29. Quatrieme circonstance.
30. Cinquieme circonstance.
31. Sixieme circonstance.
32. Conclusion , que la renonciation en question est une cession gratuite & un transport des droits.
33. Que le fils élu par le Contrat n'a recueilli le fidéicommiss que du chef de son pere.
33. bis. On ne peut pas répudier une hérédité ou un fidéicommiss non-ouvert.
34. Que M. de Saint Maurice avoit été saisi & revêtu du fidéicommiss par le décès de l'héritier grevé.
35. Trois tems à considérer.
36. Que la chose doit être considérée , eu égard au tems de la célébration du mariage.
37. Les dispositions faites en faveur d'un mariage , prennent leur force de la célébration.
38. Pendet donatio in diem nuptiarum.
39. Tabulæ nuptiales ad tempus matrimonii referri debent.
40. L'élection seroit devenue inutile par le pré-décès du futur époux.
41. Raisons tirées de l'opposition & de la confirmation du Contrat de mariage.
42. Jus sumitur à confirmante , non à confirmato.
43. Conséquence qui résulte des deux propositions prouvées par l'héritier élu.
44. Le retour a lieu pour toute sorte de libéralités.
45. Il se fait de plein droit veluti quodam jure postliminii.
46. Donari videtur quod nullo jure cogente conceditur.

47. La renonciation in favorem étant libre , elle est donc une libéralité.
48. La restitution anticipée est regardée comme une Donation.
49. Arrêt du Parlement de Toulouse , qui la déclare comprise dans la prohibition de l'Ordonnance de 1539.
50. L'élection d'une personne qu'on pourroit exclure , est une véritable libéralité.
51. L'héritier grevé de rendre à l'un d'entre plusieurs , peut charger l'élu d'une nouvelle Substitution.
52. Définition.
53. Disposition de la Loi 77 , §. 10 , ff. de leg. 2.
54. La restitution anticipée ne transfere pas les actions ex Trebelliano.
55. Preuves tirées de la Loi & des Auteurs.
56. Elle ne vaut que comme une cession ou une Donation pendant la vie du grevé.
57. Explication de la Loi 12 , Cod. de fideicomm.
58. La restitution anticipée ne vaut qu'au préjudice du grevé qui l'a faite.
59. Objections.
60. Le retour n'a lieu que pour les profectifs , & qui procedent de la substance du donateur.
61. La restitution du fideicommiss ne procede pas de la substance du donateur.
62. Réponse.
63. On appelle profectifs les biens qui procedent du fait ou à l'occasion du pere , de même que ceux qui procedent de sa substance.
64. Preuves tirées des Loix.
65. La restitution anticipée procede du fait du grevé.
66. La renonciation à un droit non-acquis , est sujette au droit de retour.
67. On peut donner l'espérance d'un bien futur.
68. Explication de l'Arrêt rapporté par Maynard & Larroche.
69. Il ne s'agissoit pas du droit de retour , mais de la restitution en entier.

70. Si la qualité des personnes l'avoit comporté, on auroit accordé le droit de retour.
71. Réponse aux Auteurs.
72. La renonciation à une herédité ou à un legs en faveur d'un autre, est une Donation.
73. Explication du §. 15 de la Loi 5, ff. de donat. inter vir. & uxor.
74. Réponse à la Loi 67, §. 1, ff. de leg. 2.
75. Le legs de la créance fait en faveur du créancier, est une libéralité, quoad commodum repræsentationis.
76. Deuxieme moyen : retour conventionnel.
77. Disposition du Chapitre 6, extr. de donat. inter vir. & uxor.
78. Quand on borne la libéralité à un certain genre de personnes, lorsqu'elles manquent, les biens font retour au donateur.
79. Sentiment des Auteurs sur le même sujet.
80. Le retour conventionnel est plus favorable dans cette espece.
81. L'existence des filles n'empêche pas le retour de la Donation faite aux mâles taxativement.
82. Troisieme moyen : caducité de la premiere élection, & faculté de varier.
83. Droit d'élire accordé à tous les héritiers.
84. Celui qui est chargé de rendre à sa mort, peut varier, quoiqu'il ait élu par Contrat.
85. Preuves tirées de la Loi & des Auteurs.
86. Les élections faites en faveur de mariage, sont irrévocables, tandis que le mariage dure, ou s'il y a des enfans.
87. Elles sont irrévocables après la stipulation du mariage sans enfans.
88. Le Contrat de mariage contient une élection anticipée.
89. Elle est devenue caduque par le prédécès sans enfans de l'élu.
90. Le droit d'élire peut appartenir, sans avoir la propriété des biens.
91. La femme instituée par son mari, ne perd pas l'élection par le convol en secondes Nôces.

92. *Confirmation par les Arrêts.*
93. *La faculté d'élire est très-personnelle; on ne peut point y renoncer, ni le perdre par la mort civile.*
94. *Raisons contre la seconde élection.*
95. *Le droit d'élire n'est accordé qu'aux héritiers qui auront recueilli le fidéicommiss.*
96. *M. de Saint Maurice n'ayant jamais recueilli le fidéicommiss, ne pouvoit pas élire.*
97. *Preuves que M. de S. Maurice n'avoit pas recueilli.*
98. *Sa renonciation est une abdication qui pouvoit être valablement faite.*
99. *Sa renonciation le faisoit considérer pro non nato.*
100. *Celui qui renonce au fidéicommiss n'est pas compté pour remplir les degrés de substitution.*
101. *Remittentibus actiones suas non datur regressus.*
102. *Les renonciations privent le renonçant de son droit.*
103. *L'héritier qui répudie en faveur d'un autre, est censé n'avoir jamais été héritier.*
104. *La clause par laquelle M. de S. Maurice met son fils à sa place, n'ajoute rien à la renonciation.*
105. *L'élection est surabondante.*
106. *Elle n'est faite qu'en tant que de besoin.*
107. *Il n'y a point de cession ni d'élection anticipée.*
108. *Le fils n'avoit pas besoin d'une cession ou d'une élection.*
109. *La condition qui arrive, a un effet rétroactif.*
110. *M. de Saint Maurice ne pouvoit que renoncer, & faire place à son fils.*
111. *Comment doit-on entendre la regle, jus sumitur à confirmante?*
112. *Le retour légal ne peut pas avoir lieu dans ce cas.*
113. *Le retour n'a lieu que pour les libéralités faites des propres biens.*

114. Facultas necessariæ electionis propriæ liberalitatis beneficium non est.
115. *Autorité des Arrêts qui ont jugé que le retour n'a pas lieu dans la restitution anticipée du fidéicommiss.*
116. *Réponse à la Loi 10, ff. ad Senatusconsultum Trebell.*
117. *Réponse à la raison tirée des réservations.*
118. *Réponse aux moyens pris du retour conventionnel, & de la caducité de la première élection.*
119. *Celui qui renonce à une hérédité, est regardé comme étranger.*
120. *Ce n'est pas le cas de la caducité, ni de la faculté de varier.*
121. *La faculté d'élire ou de varier, n'est pas accordée à celui qui n'a jamais recueilli.*
122. *Jugement contre la seconde élection.*

Toutes ces difficultés ont été agitées avec beaucoup de chaleur dans un procès, qui a été jugé par sept Conseillers au Parlement de Toulouse, Commissaires nommés par le Roi, pour juger en dernier ressort toutes les contestations mues & à mouvoir entre Messire François de Faure de Saint Maurice, Conseiller & Doyen du Parlement de Toulouse, & ses enfans, dans cette hypothèse.

Messire Claude de Faure, Conseiller au Parlement de Toulouse, & Chambre de l'édit de Castres, avoit deux enfans mâles, Salomon qui étoit l'ainé, & François; Sieur de Saint Maurice, faisant son testament le 15 Juin 1652, institua son héritier en tous ses biens, Salomon son fils aîné; & après lui, toute sa postérité masculine habile à succéder, les uns après les autres, par ordre de primogéniture, en cas que son fils héritier, & ses descendans mourroient sans laisser aucuns de leurs enfans mâles habiles à succéder, & sans faire testament; voulant que l'institution d'héritier tienne lieu de nomination sans dispute; c'est-à-dire, que l'ordre de primogéniture ne fût suivi qu'en défaut d'élection expresse ou tacite par l'institution d'héritier.

1. Hypothèse sur laquelle a été rendu un Jugement souverain.

2. Testament de Claude de Faure, Conseiller au Parlement.

3. Clause de la substitution.

Par une autre clause, le testateur dit : *Et à lui &*

à sa postérité masculine, je substitue mes autres enfans mâles habiles à succéder, & leur postérité masculine, suivant l'ordre de primogéniture, & en la forme, maniere & condition susdite; c'est-à-dire, en cas de décès sans faire testament; auquel cas l'institution d'héritier devoit tenir lieu de nomination.

4. Suite.

Le testateur fit de plus divers autres degrés de substitution, & ajouta: *Prohibant à tous mes héritiers la distraction de la quarte Trébélianique, & l'aliénation de mes biens pour quelque cause que ce soit, voulant qu'ils demeurent unis dans ma famille, & que mes héritiers à qui j'ai laissé le droit d'élire un de leurs ascendans, ne puissent pas diviser mon héritage; & au cas qu'ils y contreviendroient, je veux que l'élection qu'ils feront ne sorte à effet que pour l'aîné des élus.*

5. Contrat de mariage, sur lequel rouloit la difficulté principale.

Salomon de Faure, héritier, recueillit la succession; & tandis qu'il en étoit encore revêtu, M. de S. Maurice, qui étoit appelé au fidéicommis, immédiatement après Salomon son frere, mariant autre Salomon de Faure son fils aîné avec la Dame de Bar, par le contrat de mariage du 17 Juillet 1704, après avoir rappelé les substitutions faites par son pere & son ayeul, parle en ces termes: *Et desirant exécuter de son chef la volonté de ses ancêtres, & conserver unis les biens de la famille, & desdits fidéicommis, en la personne dudit Salomon de Faure son fils aîné, & des enfans mâles de sondit fils, de son bon gré, pure & franche volonté, en faveur dudit mariage, & des enfans mâles qui en descendroient, a émancipé & émancipe ledit Seigneur Salomon de Faure son fils, l'a mis & met hors de sa puissance, consentant qu'il agisse & puisse agir, contracter & disposer, comme personne libre.*

6. Suite de la même clause.

Comme aussi, afin qu'il puisse plutôt jouir de l'effet desdits fidéicommis compris dans lesdits testamens du 15 Mars 1646, & 15 Juin 1652, ledit Seigneur de Saint Maurice a volontairement renoncé & renonce auxdits fidéicommis en faveur dudit Salomon de Faure son fils, & de ses enfans mâles; voulant que le cas arrivant, il en prenne la réelle & actuelle possession; & à son défaut, ses enfans mâles, comme il auroit pu faire, les mettant en son lieu & place, sauf de la terre de Saint Amauffet, dépendante dudit fidéicommis, & telle qu'elle étoit lors du décès dudit Seigneur Claude de Faure son pere; ensemble de la maison de Castres, dont ledit Seigneur de Saint Maurice se réserve, audit cas, la jouissance pendant sa vie tant

Seulement : Et en tant que de besoin , ledit Seigneur de Saint Maurice , dès-à-présent , comme pour lors , a élu & nommé ledit Seigneur Salomon de Faure son fils pour recueillir ledit fidéicommiss ; voulant qu'en faveur du présent mariage , ladite élection sortant son plein & entier effet , se départant & renonçant à tout droit , d'en faire aucune autre ; de laquelle émancipation , renonciation , & élection , ledit Seigneur de Faure , futur époux , icelles acceptant , a très-humblement remercié sondit pere.

Salomon , héritier de Claude , étant décédé avant la célébration du mariage de son neveu , sa mort donna lieu à l'ouverture du fidéicommiss ; & comme le traité de mariage ne devoit avoir son effet qu'après la célébration , il semble que M. de Saint Maurice fût revêtu de plein droit du fidéicommiss , parce que sa renonciation *in favorem* , & l'élection anticipée étoit suspendue , & que le droit du fidéicommiss , qui est transféré par la maxime *le mort saisit le vif* , ne pouvoit pas demeurer en suspens.

Salomon de Faure ne fut pas plutôt décédé , que M. de Saint Maurice forma opposition au mariage de son fils ; mais ayant été célébré , il interjeta appel comme d'abus , tant de la célébration , que de la fulmination de la dispense accordée par le Pape ; mais ces contestations furent terminées par des conventions du 6 Juin 1707 , par lesquelles M. de Saint Maurice confirma le contrat de mariage de son fils , moyennant la jouissance que M. de Saint Maurice se réserva de toutes les acquisitions des biens immeubles qui avoient été unies à la substitution de la terre de Saint Chamaux par Salomon , héritier grevé.

Le fils de M. de Saint Maurice , qui avoit recueilli le fidéicommiss , & qui en avoit joui pendant plus de vingt ans , étant décédé sans enfans , M. de St. Maurice prétendit être rentré dans tous ses droits , soit par le droit de reversion , soit par la caducité de l'élection anticipée , & il se mit en possession de tous les biens substitués ; cependant Messire Pierre de Faure , Commandant à Valenciennes , fils aîné , & les autres enfans de M. de Saint Maurice ayant fait ordonner le séquestre des biens , cela donna lieu à des contestations , pour la décision desquelles le Roi nomma Messieurs de Costa , de Vic , Mongassin , Pujol , Mariotte , Rey & Bastide , Conseillers

7. Décès de l'héritier grevé.

8. Opposition au mariage.

9. Conventions qui terminèrent le Procès de l'opposition.

10. Décès du fils en faveur duquel la renonciation & l'élection anticipée avoient été faites.

11. Nom des Commissaires nommés.

au Parlement de Toulouse, pour juger en dernier ressort toutes les contestations mues & à mouvoir.

12. Testament de M. de Saint Maurice,

M. de Saint de Maurice, Doyen, fit son testament, par lequel il institua Messire Joseph-Marie de Faure de Saint Chamaux, son fils puîné, & le nomma pour recueillir le fidéicommiss fait par Claude de Faure; ensemble les acquisitions faites par Salomon, héritier grevé; & qu'il avoit jointes à la substitution faite par son pere; ensuite il décéda le 18 Octobre 1728; après quoi le Sieur de Faure, Commandant, obtint un second Arrêt du Conseil, qui attribue à Messieurs les Commissaires déjà nommés, la connoissance de toutes les questions mues & à mouvoir, au sujet du testament, & de la succession de M. de Saint Maurice.

13. Conclusion du fils héritier & élu, pour recueillir la substitution de Claude de Faure.

Le Sieur de Saint Chamaux, héritier de M. de Saint Maurice son pere, demanda devant ces Commissaires, en conséquence de l'élection faite de sa personne, l'ouverture de la substitution apposée au testament de Claude de Faure; & au contraire, le Sieur de Faure de Saint Maurice, Commandant, demanda, que sans s'arrêter à l'élection, il fût maintenu aux biens substitués par ses ancêtres; par où toute la difficulté rouloit sur la validité de la seconde election faite par M. de Saint Maurice, Doyen.

14. Conclusions de l'ainé.

Raisons pour soutenir l'élection.

15. Moyens sur lesquels l'héritier fondeit l'élection de sa personne,

Le Sieur de Saint Chamaux, héritier, fondeit la validité de son election sur trois moyens: le premier étoit pris du retour légal; le second, du retour conventionnel; & le troisieme, de la caducité de la premiere election, & de la faculté de

16. Premier moyen; retour légal.

varier.

17. Que le Contrat de mariage contenoit une election & une renonciation translativ du droit, & non une répudiation ou abdication.

Pour faire voir que c'étoit le cas du retour légal, il disoit que M. de Saint Maurice n'avoit pas fait une renonciation extinctive du fidéicommiss, ni une répudiation, mais bien une renonciation *in favorem*, un transport de son droit, & une election anticipée de la personne de Salomon son fils aîné; ce qui se prouve par plusieurs circonstances prises du contrat de mariage: la premiere, que la renonciation étoit faite nommément en faveur de Salomon de Faure, & de ses enfans mâles; ce qui la distinguoit de la renonciation pure, simple & exclusive, qui

18. Premiere circonstance.

n'est, à proprement parler, qu'une répudiation, comme l'ont remarqué d'Argentré, sur la coutume de Bretagne, article 224, *Glof. 7, N. 6 & 12*; & Dumoulin, sur la coutume de Paris, §. 78, *Glof. 4, N. 38*, & dans son conseil 29, *N. 10, 12 & 15*; au lieu, que la renonciation *in favorem certæ personæ*, faist le renonçant de son propre droit, & le transporte sur la tête de la personne, en faveur de laquelle la renonciation est faite, suivant Dumoulin, au lieu préallégué; & d'Argentré, sur l'article 225, *Glof. 3, N. 4*, & sur l'article 551, *N. 2 & 3, col. 1989*: *Aliud est enim, dit Dumoulin, repudiatio, vel abdicatio. L. Fuit quæstionis, ff. de acquir. vel omitt. hæred. aliud remissio in favorem, quæ acceptationem implicat*; & dans son conseil 29, il dit: *Priore casu portio non deficit, sed agnoscitur & ceditur, idem de renuntiatione in favorem certæ personæ, quia implicat agnitionem sive acceptationem & cessionem ut in filia mediante dote renuntiante in favorem certæ personæ*; ce qui peut être encore appuyé par les Arrêts rapportés par Boerius, *décis. 104*; M. Bouguier, *lett. R, ch. 2*; Montolon, dans son recueil d'Arrêts prononcés en robes rouges, *ch. 133*; & Lebrun, des successions, *liv. 1, ch. 5, sect. 2, N. 41*.

Deuxieme circonstance: M. de Saint Maurice a mis son fils à son lieu & place; il n'a donc pas entendu abdiquer & s'exclure par pure privation; car mettre quelqu'un à sa place, n'est-ce pas le subroger & lui transporter son droit? Ainsi il n'a point fait une renonciation exclusive, & une pure abdicacion, mais bien une renonciation translativè.

Troisieme circonstance: M. de Saint Maurice a mis son fils à son lieu & place, sauf la terre de Saint Amauffet, & la maison de Castres; ce qui est incompatible avec une renonciation exclusive; car l'abdicacion ou la répudiation, sont comme l'adition ou l'acceptation des actes légitimes, qui ne reçoivent ni jour ni condition, & qui ne peuvent pas se diviser; *L. 77, ff. de reg. jur.* cependant, au lieu de répudier & d'abdiquer, M. de St. Maurice se réserve la terre de S. Amauffet, & la maison de Castres; par où il accepte le fideïcommis de deux manieres; c'est-à-dire, expressément en retenant, parce que *partem agnoscendo, totum adire centur. L. Si solus 80, ff. de acquir. vel omitt. hæred.* & tacitement en transportant son droit; car l'adition ou l'acceptation s'in-

19. La renonciation pure & simple, est une répudiation.

20. La renonciation *in favorem* faist le renonçant de son droit, & le transporte.

21. Preuves tirées de Dumoulin, d'Argentré, & autres Auteurs.

22. Deuxieme circonstance.

23. Mettre quelqu'un à sa place, c'est le subroger, & lui transporter son droit.

24. Troisieme circonstance.

25. La répudiation est un Acte légitime, comme l'acceptation d'hérité.

26. Les Actes légitimes ne souffrent ni jour ni condition.

27. *Partem agnoscendo, totum adire censetur.*

28. L'acceptation s'induit lorsque l'on touche aux choses héréditaires.

29. Quatrième circonstance.

30. Cinquième circonstance.

31. Sixième circonstance.

32. Conclusion que la renonciation en question est une cession gratuite & un transport de droits.

33. Que le fils élu par le Contrat n'a recueilli le fidéicommiss que du chef de son père.

33. *Bis.* On ne peut pas répudier une hérédité ou un fidéicommiss non ouvert.

34. Que M. de Saint Maurice avoit été saisi & revêtu du fidéicommiss, par le décès de l'héritier grevé.

35. Trois tems à considérer.

36. Que la

duite lorsque l'on touche à la moindre chose d'une hérédité; *L. Gerit 88, ff. de acquir. hæred. & Loiseau, du déguerpiſſ. liv. 4, ch. 1, N. 8.*

Quatrième circonstance : M. de Saint Maurice a élu Salomon de Faure son fils, pour recueillir le fidéicommiss lorsqu'il seroit ouvert; & cette élection est faite après la renonciation qui est dans la première clause; ce qui prouve que si M. de Saint Maurice a mis son fils à sa place; s'il l'a élu après la renonciation, cette renonciation doit être translatrice de son droit, & non pas exclusive, & ne peut pas opérer l'effet de la répudiation.

Cinquième circonstance : M. de Saint Maurice a renoncé au droit de faire aucune autre élection qui fût au préjudice de son aîné & de ses enfans mâles. Or se pourroit-il qu'on eût pris cette précaution, si on avoit eu en vue de faire faire à M. de Saint Maurice une renonciation exclusive, & une répudiation ?

Dernière circonstance : Salomon de Faure accepte la renonciation faite en sa faveur, & l'élection de sa personne; on n'en demeura donc pas aux termes d'une renonciation exclusive, ou d'une pure abdication; & par conséquent on ne peut pas douter que la renonciation en question ne soit translatrice, qu'elle ne contienne une cession gratuite du droit de M. de Saint Maurice, & un transport en faveur de son fils, qui a recueilli le fidéicommiss, non de son propre chef, mais bien du chef de M. de Saint Maurice, & en exerçant ses actions; d'autant mieux que la renonciation ne pouvoit pas valoir autrement, parce qu'on ne peut pas répudier une hérédité ou un fidéicommiss qui ne sont pas encore ouverts; *L. 13, ff. de acquir. vel omitt. hæred. & L. 45, §. 1, ff. de leg. 2.*

L'héritier s'outenoit encore comme une autre proposition fondamentale du droit de retour légal, que M. de Saint Maurice avoit été saisi & revêtu du fidéicommiss, avant que le droit fût acquis irrévocablement à Salomon son fils; & pour cet effet, il faut considérer la chose par rapport à trois tems; savoir, à la date du contrat de mariage, à la célébration, & à la mort de M. de Saint Maurice.

Il est vrai que l'héritier grevé vivant encore lors du contrat de mariage, le fidéicommiss n'étoit pas

ouvert; aussi M. de Saint Maurice ne fit-il pas la cession de son droit, que pour avoir son effet après l'ouverture.

Lorsque le mariage fut célébré, l'héritier grevé étant mort, M. de Saint Maurice se trouva revêtu du fidéicommiss, parce qu'il étoit le premier appelé, & que, suivant la maxime *le mort saisit le vif*, il fut saisi de plein droit du fidéicommiss, dès l'instant de la mort de l'héritier grevé.

Or ce n'est pas par rapport au tems du contrat de mariage qu'il faut examiner le droit de M. de Saint Maurice, mais bien par rapport à celui de la célébration, parce que les dispositions faites dans les contrats de mariage, ne prennent leur force que de la célébration, qui en est la condition & l'accomplissement; *L. 4, §. 2, ff. de pactis; L. 6, ff. de condit. causâ datâ, causâ non secutâ; L. 9, §. 1; L. 21; L. 37, & L. 48, ff. de jure dot. Dumoulin, sur l'article 305 de la coutume de Bourbonnois; Anne Robert, rerum judicat. lib. 2, cap. 4; & Brodeau, sur M. Louet, lett. R, somm. 18. Pendet donatio in diem nuptiarum, dit la loi 9, §. 1, ff. de jur. dot. ou, selon les expressions de Robert & de Brodeau, tabulæ nuptiales ad tempus matrimonii referri debent.*

Ce qui se confirme par cette réflexion, que si Salomon de Faure, futur époux, étoit mort après son oncle, toutefois avant la célébration du mariage, son élection & la renonciation faite par M. de Saint Maurice, ne seroit-elle pas devenue inutile, & M. de Saint Maurice n'auroit-il pas recueilli le fidéicommiss, tout comme s'il n'y avoit jamais eu de contrat de mariage, *conditione causâ datâ, causâ non secutâ?*

Il y a plus; c'est que M. de Saint Maurice ayant formé opposition au mariage, & interjetté appel comme d'abus de la fulmination de la dispense & de la célébration, il fut passé des conventions en 1707, par lesquelles M. de Saint Maurice confirma le contrat de mariage sous certaines réservations; or la validité du contrat de mariage étant en suspens avant la confirmation, & le fidéicommiss ne pouvant pas être sur la tête du fils, il falloit donc que M. de Saint Maurice en fût revêtu pendant l'espace de tems qui s'étoit écoulé, depuis la mort de l'héritier grevé, jusqu'au jour de ces conventions,

chose doit être considérée, eu égard au tems de la célébration du mariage.

37. Les dispositions faites en faveur d'un mariage, prennent leur force de la célébration.

38. Pendet donatio in diem nuptiarum.

39. Tabulæ nuptiales ad tempus matrimonii referri debent.

40. L'élection seroit devenue inutile par le prédécès du futur époux.

41. Raison tirée de l'opposition & de la confirmation du Contrat de mariage.

qui étoient le vrai titre de Salomon de Faure, parce que *jus sumitur à confirmante, non à confirmato*, suivant Chopin, sur la coutume d'Anjou, lib. 1, cap. 50, N. 3.

42. *Jus sumitur à confirmante, non à confirmato.*

43. Conséquence qui résulte des deux propositions prouvées par l'héritier élu.

44. Le retour a lieu pour toute sorte de libéralités.

45. Il se fait de plein droit *veluti quodam jure postliminii*.

46. *Donari videtur quod, nullo jure cogente, conceditur.*

47. La renonciation *in favorem* étant libre, elle est donc une libéralité.

48. La restitution anticipée est regardée comme une Donation.

46. Arrêt du Parlement de Toulouse, qui la déclare comprise dans la prohibition de l'Ordonnance de 1539.

50. L'élection d'une personne qu'on pourroit exclure, est une véritable libéralité.

51. L'héritier grevé de rendre à l'un d'en-

De ces deux propositions, que M. de Saint Maurice avoit été revêtu du fidéicommiss, & qu'il l'avoit transporté gratuitement à son fils, en faisant une renonciation ou un transport en sa faveur, on tiroit cette conséquence, que le retour légal devoit avoir refaisi M. de Saint Maurice du fidéicommiss, parce que suivant la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, attestée par M. Dolive, liv. 4, ch. 7, & par les autres Auteurs, le retour a lieu pour toute sorte de libéralités, & qu'il se fait de plein droit, *veluti quodam jure postliminii*, comme nous l'avons remarqué dans la question précédente.

Cela se prouve plus particulièrement en entrant dans le détail des regles. On appelle donation ce qui est cédé volontairement, & sans qu'on puisse y être forcé, *donari videtur quod nullo jure cogente conceditur*; L. 29, ff. de donat. & L. 82, ff. de reg. jur. Or M. de Saint Maurice ne pouvant pas être forcé de renoncer en faveur de son fils, & de l'élire au fidéicommiss; il a donc fait une libéralité en se dépouillant à l'avance.

La restitution anticipée du fidéicommiss est tellement considérée comme une donation, que le Parlement de Toulouse l'a jugé par un Arrêt du 28 Février 1664, rapporté par Albert, verb. (*Restitution*) article 2, en la déclarant comprise dans la prohibition de l'article CXXXI de l'ordonnance de 1531, qui défend aux tuteurs d'accepter des libéralités de la part de leurs adultes.

De plus, M. de Saint Maurice ayant le choix pour le fidéicommiss fait par Claude de Faure, il lui étoit libre d'en choisir un autre, à l'exclusion de Salomon qui fut élu; il a donc exercé une libéralité en sa faveur, en l'élisant au préjudice de ses freres; parce que, comme dit Fernand, de *Filiis natis ex matrimonio ad morganat. contracto*, part. 9, N. 4, *dùm eligit unum quem potuisset omittere & alium eligere, eum honorat, & in eum liberalitatem exercet.*

De-là vient que l'héritier grevé de rendre à l'un d'entre plusieurs éligibles, a la liberté de charger celui qu'il élit d'une nouvelle substitution en faveur

d'un autre éligible, comme l'enseigne *Fernand*, au lieu préallégué; *Ferrieres*, sur la question 184 de *Guipape*; & de *M. de Cambolas*, liv. 5, ch. 2; que si l'on ne considéroit pas l'élection comme une libéralité, l'héritier grevé n'auroit pas la liberté de lui imposer une nouvelle charge, parce que *quem non honoro gravare non possum*.

L'élection & la restitution anticipée du fidéicommissaire, est tellement une libéralité & une donation, que la loi 77, §. *A filia 10*, ff. de leg. 2, le décide textuellement: *Uni ex liberis*, dit la loi, *prædia fideicommissi viva donavit, non esse electionem propter incertum diem fideicommissi certæ donationis videbatur*. Cela est encore décidé de même par *M. Cujas*, sur cette loi.

D'autre part, le fidéicommissaire, auquel la restitution anticipée est faite, ne jouit pas des biens par la volonté & la disposition du substituant pendant la vie du grevé; mais uniquement par le bienfait du grevé, & en vertu du transport qu'il fait de ses droits sur la tête du fidéicommissaire, comme le déclare la loi 10, ff. *ad Senatusconsult. Trebell.* qui veut que quand le fidéicommissaire est à jour ou sous condition, la restitution anticipée ne transfère point les actions héréditaires sur la tête du fidéicommissaire: *Sed si ante diem, vel ante conditionem*, dit cette loi, *restituta sit hæreditas, non transferuntur actiones, quia non ita restituitur hæreditas ut testator rogavit*; *Peregrinus* du fideicomm. Article 2, N. 51; *Fusarius*, de substit. quest. 602, N. 2; & *Me. Eusebe de Lauriere*, des Institutions & Substitutions contractuelles, ch. 7, N. 272, le décident de même: *Eam restitutionem*, dit *Peregrinus*, *fieri non posse uti ex Trebelliano, sed tantum per viam cessionis & donationis in vita ipsius rogati*.

La loi *Post mortem 12*, cod. de fideicommissis, n'est pas contraire; car outre qu'elle ne s'entend que quand le fidéicommissaire est fait en faveur d'une personne certaine & nommée par le substituant, & nullement quand le fidéicommissaire a été fait en faveur d'une personne à élire entre plusieurs, suivant la glose d'*Accurse*, & la glose marginale de la loi 77, §. 10, ff. de leg. 2; *M. Cujas*, sur la même loi; & *M. le Président Faber*, de conjecturis, lib. 18, cap. 4 & 5.

D'ailleurs cette restitution anticipée est bien valable, au préjudice du grevé, qui est censé avoir

tre plusieurs, peut charger l'élu d'une nouvelle substitution.

52. L'élection est une libéralité.

53. Disposition de la Loi, 77, §. 10, ff. de leg. 2.

54. La restitution anticipée ne transfère pas les actions ex *Trebelliano*.

55. Preuves tirées de la Loi & des Auteurs.

56. Elle ne vaut que comme une cession ou une Donation pendant la vie du grevé.

57. Explication de la Loi 12, Cod. de fideicomm.

58. La restitution anticipée ne vaut

qu'au préjudice du grevé qui l'a faite.

59. Objection.

60. Le retour n'a lieu que pour les biens profectifs, & qui procedent de la substance du donateur.

61. La restitution du fidéicommissé ne procede pas de la substance du donateur.

62. Réponse.

63. On appelle profectifs les biens qui procedent du fait, ou à l'occasion du pere, de même que ceux qui procedent de sa substance.

64. Preuves tirées des Loix.

65. La restitution anticipée procede du fait du grevé.

66. La renonciation à un droit non acquis, est sujette au droit de retour.

67. On peut donner l'espérance d'un bien futur.

donné son droit ; mais elle ne fait pas que les actions passent sur la tête du fidéicommissaire en vertu du Sénatusconsulte Trebellien, ou par la volonté du substituant, selon la glose. Le *Président Faber*, aux lieux qu'on vient de citer ; *M. Cujas*, sur la loi *Filius-familias* 114, §. *Divi* 11, ff. de leg. 1 ; & *Pergrinus*, au lieu préallégué.

On oppose que le retour n'a lieu en faveur des peres, & autres personnes qui jouissent de ce droit, que quand ces donateurs ont donné quelque chose de leur patrimoine ; c'est-à-dire, un bien qui soit profectif, & qui procede de leur substance, suivant la loi 6, ff. de jur. dot. & la loi 2, cod. de bonis quæ liber. ce qu'on ne peut pas dire des peres qui restituent par anticipation le fidéicommissé, auquel le retour n'a pas lieu, suivant *Maynard*, liv. 8, ch. 81 ; *M. Larroche* ; *Papon* ; *Despeyffes* ; *Henris* ; *Ricard* ; & que la loi *Si sponsus* 5, §. penult. ff. de donationib. inter vir. & uxor. décide que la restitution du fidéicommissé ne peut pas être regardée comme une donation, parce que les biens ne viennent pas du chef de celui qui le restitue ; L. 67, §. 1, ff. de leg. 2.

On répond que le retour a lieu pour tout ce qui est profectif ; L. 6, ff. de jur. dot. & L. 2, cod. de bonis quæ liberis. Or l'on appelle profectifs, non-seulement les biens qui procedent de la propre substance ou du patrimoine du pere, mais encore ceux qui procedent de son fait, ou à son occasion, *profectitia dos est quæ à patre vel parente profecta est vel de bonis, vel facta ejus*, dit la loi 5, ff. de jure dot. Le §. 1, aux *Institutes*, *per quas personas cuique acquiritur, porte, quæ enim invidia est, quod ex patris occasione profectum est hoc ad eum reverti* ; & par conséquent, comme on ne peut pas contester que la restitution anticipée ne procede du fait du grevé, le fidéicommissé doit donc lui faire retour par le prédécès du fidéicommissaire, lorsque le grevé est du nombre des personnes qui jouissent du droit de retour, comme le Parlement de Toulouse l'a jugé dans le cas d'une renonciation à un droit de légitime non encore acquis, par un Arrêt rapporté par *M. de Catellan*, liv. 5, ch. 8 ; car on peut donner un bien à venir & une simple espérance, tout de même qu'un bien que l'on possède ; L. *Spem* 3, cod. de donat.

Dans l'espèce de l'Arrêt rapporté par *MM. Maynard & Larroche*, il ne s'agissoit pas du droit de retour, parce que l'héritière grevée n'étoit pas du nombre des personnes auxquelles ce droit est accordé, il n'en est pas dit un seul mot; on voit qu'il s'agissoit seulement de la restitution en entier qui fut refusée, parce que la femme qui avoit restitué le fidéicommiss par avance, n'avoit à accuser autre chose que sa libéralité, comme le dit *M. Maynard*; de-là vient que, suivant la raison de cet Auteur, s'il avoit été question du droit de retour, & que la qualité des personnes l'eût emporté, on l'auroit infailliblement accordé.

A l'égard de l'autorité d'*Henris, de Papon, de Ricard, & de Despeyffes*, outre que leur décision est contre les principes, comme on vient de le montrer, d'ailleurs *Me. Denis Lebrun, des Successions, liv. 1, ch. 5, sect. 2, N. 40 & 41*, décide le contraire dans le cas rapporté par *Henris*.

Bien-loin que la loi *Si sponsus 5, ff. de donat. inter vir. & uxor.* soit contraire, elle décide aux §§. 13 & 14, que la renonciation à une hérédité ou à un legs, afin que le substitué en profite, est une véritable donation; mais comme la même loi au §. 16, déclare que les donations entre mariés ne sont défendues que quand le donateur diminue son patrimoine, & non quand il néglige d'acquérir, quoique la renonciation faite par un mari à une hérédité, ou à un legs en faveur de la femme substituée, soit une véritable donation, de même que la restitution du fidéicommiss, sans user du droit de retenir une partie des biens dont il est parlé dans le §. 15, elle n'est pourtant pas prohibée; & c'est ainsi que *M. de Catellan* a fort bien expliqué ce §. 15 au *liv. 5, chap. 8*.

Pour ce qui est de la loi 67, §. 1, *ff. de leg. 2*, elle est mal appliquée; car elle ne décide pas que l'élection anticipée ne soit une véritable libéralité: elle dit seulement que quand il s'agit de faire le Règlement de la falcidie, on ne doit pas mettre au nombre des biens du défunt le fidéicommiss dont il étoit chargé, & qu'il a rendu à sa mort, parce qu'en mourant, il n'a pas pu en transmettre la propriété à ses héritiers; qu'il est vrai que n'ayant restitué le fidéicommiss qu'en mourant, il n'est pas censé avoir

68. Explication de l'Arrêt rapporté par *Maynard & Larroche*.

69. Il ne faisoit pas du droit de retour, mais de la restitution en entier.

70. Si la qualité des personnes l'avoit comporté, on auroit accordé le droit de retour.

71. Réponse aux Auteurs.

72. La renonciation à une hérédité, ou à un legs en faveur d'un autre, est une Donation.

73. Explication du §. 15 de la Loi 5. *ff. de donat. inter vir. & uxorem.*

74. Réponse à la Loi 67, §. 1, *ff. de leg. 2*.

fait une libéralité, parce qu'il y étoit forcé; raison qui cesse quand la restitution est faite par anticipation, qui est une véritable libéralité: comme le legs de la dette fait au créancier renferme une libéralité, quand le paiement doit être fait avant l'échéance du terme de la dette, *propter representationis commodum*, laquelle seroit sujette à la falcidie; L. 1, §. *Si quis* 10, ff. *ad leg. falcid.* & *M. Cujas*, sur la loi 5 du même titre, lib. 8, *respon. Papin.* Voilà pour ce qui concerne la première raison, prise du retour légal.

75. Le legs fait en faveur du créancier, est une libéralité *quoad commodum representationis.*

76. Deuxième moyen: retour conventionnel.

77. Disposition du Chapitre 6, *extr. de donat. inter vir. & uxor.*

78. Quand on borne la libéralité à un certain genre de personnes, lorsqu'elles manquent, les biens font retour au donateur.

79. Sentiment des Auteurs sur le même sujet.

80. Le retour conventionnel

Le retour conventionnel, qui étoit la deuxième raison sur laquelle l'héritier fonde la validité de son élection, paroît également certaine; en effet, on trouve dans le contrat de mariage, que M. de Saint Maurice a fait la renonciation & l'élection anticipée en faveur de son fils & de ses enfans mâles; ce qui renferme une convention tacite de retour dans le cas de prédécès de Salomon de Faure sans enfans mâles, suivant la décision du Chapitre *Nuper* 6, *extr. de donat. inter vir. & uxor.* où le Pape Innocent III décide qu'un homme auquel on avoit fait une donation, & à ses enfans héritiers, n'avoit pas pu faire une donation *ante nuptias* en faveur de sa femme sur les biens donnés, parce qu'ils ne lui appartenoient pas irrévocablement, à cause du retour implicitement compris dans la donation taxative faite à lui & à ses enfans héritiers, qui fait considérer le donataire comme s'il n'avoit eu qu'un simple usufruit, suivant la remarque de l'Abbé de Palerme, & de *M. Cujas*, sur ce Chapitre. La raison en est, selon *M. Cujas*: *quia satis apertè demonstrat Dominus nolle se jus quod cedit Lucio-Titio, Lucium-Titium transferre in hæredem quemlibet, sed in hæredem filium suum tantum, quem si nullum creaverit, consequens est morte ejus, jus quod in eo fundo habuit, vel per ipsum uxor dotaliu nomine, extingui.*

Cela est encore fondé sur l'avis de *Ricard*, des donations, tom. 1, part. 3, N. 797; & de *Duperier*, tom. 1, liv. 1, quest. 15, qui rapporte la décision de *M. Marion*, Avocat-Général au Parlement de Paris, lequel a soutenu le retour conventionnel dans un cas tout semblable.

Le retour conventionnel étoit même beaucoup plus favorable dans cette espece, que dans le cas

décidé par le Pape Innocent III, puisque la renonciation & l'élection anticipée avoit été faite taxativement en faveur de Salomon de Faure, & de ses enfans mâles; qu'ainsi les filles de Salomon de Faure n'auroient pas pu même empêcher le retour conventionnel, parce qu'elles n'étoient pas comprises dans la disposition; à plus forte raison le retour devoit-il avoir lieu, Salomon étant décédé sans enfans mâles ni filles.

Pour établir la troisieme raison, tirée de la caducité de la premiere élection, & de la faculté de varier, qui appartenoit à M. de Saint Maurice, l'héritier disoit que M. de Saint Maurice étoit appelé immédiatement après Salomon de Faure son frere, héritier grevé; & que par le décès de celui-ci, arrivé avant la célébration du mariage, M. de Saint Maurice avoit été revêtu du fidéicommiss; que le droit d'élire a été accordé à tous les héritiers; que ceux qui sont appellés au fidéicommiss, ne sont chargés de rendre qu'à leur mort; que M. de Saint Maurice a fait une élection anticipée en faveur de son fils & de ses enfans mâles, & non pas une renonciation extinctive, ou une répudiation du fidéicommiss, & que le fidéicommissaire élu par anticipation est prédécédé sans enfans.

Or c'est une maxime indubitable, que celui qui est chargé de rendre à sa mort, avec pouvoir d'élire un d'entre plusieurs fidéicommissaires, ne peut point faire d'élection irrévocable pendant sa vie, même par contrat entre-vifs; mais ces sortes d'élections ne sont considérées que comme des destinations révocables à volonté, & qui ne sont confirmées que par la mort du grevé, qui a persévéré dans la même volonté; *L. Cum pater 77, §. A filia 10, ff. de leg. 2; M. Cujas sur cette loi; M. Dolive, liv. 5, ch. 25; Cambolas, liv. 6, ch. 20; Catellan, liv. 2, ch. 58; & Albert, verb. (Variation) article 1;* & quoique la faveur du mariage rende ces sortes d'élections irrévocables, tandis que le mariage dure, ou s'il y a des enfans, elles deviennent révocables d'abord après la dissolution du mariage, par le décès de l'un ou de l'autre des conjoints sans laisser des enfans, suivant les Arrêts rapportés par *MM. Dolive, Cambolas & Catellan.*

A supposer que M. de Saint Maurice n'eût pas été

est plus favorable dans cette espece.

81. L'existence des filles n'empêche pas le retour de la Donation faite aux mâles taxativement.

82. Troisieme moyen: caducité de la premiere élection & faculté de varier.

83. Droit d'élire accordé à tous les héritiers.

84. Celui qui est chargé de rendre à sa mort, peut varier, quoiqu'il ait élu par Contrat.

85. Preuves tirées de la Loi & des Auteurs.

86. Les élections faites en faveur de mariage sont irrévocables, tandis que le mariage dure, ou s'il y a des enfans.

87. Elles sont révocables après la dissolution du mariage sans enfans.

88. Le Contrat de mariage contient une élection anticipée.

89. Elle est devenue caduque par le prédécès sans enfans de l'élu.

90. Le droit d'élire peut appartenir, sans avoir la propriété des biens.

91. La femme instituée par son mari ne perd pas l'élection par le convol en secondes Noces.

92. Confirmation par les Arrêts.

93. La faculté d'élire est très-personnelle ; on ne peut point y renoncer, ni la perdre par la mort civile.

94. Raifons contre la feconde élection.

95. Le droit d'élire n'est ac-

revêtu du fidéicommiss, la chose seroit indifférente ; parce qu'il est certain qu'il a fait une élection anticipée ; le contrat de mariage le porte par exprès, & qu'on a reconnu son pouvoir à cet égard ; or la première élection se trouvant révoquée de plein droit par la caducité, M. de Saint Maurice avoit conservé le droit de faire une nouvelle élection, quand même il auroit été dépouillé réellement des biens, & qu'ils ne lui auroient pas fait retour, parce que le droit d'élire qui se borne à une simple faculté, n'a rien de commun avec la propriété des biens. En effet, la femme instituée par son mari, & grevée de rendre à l'un de leurs enfans communs, quoiqu'elle perde la propriété en convolant à des secondes Noces, ne laisse pas de conserver la faculté d'élire, comme l'enseignent Fernand, *de filiis natis ex matrim. ad Morganat. contrat. part. 9, N. 10 ; M. Maynard, liv. 3, ch. 80 ; & liv. 6, ch. 9 ; M. de Catellan, liv. 4, ch. 14 ; & Albert, verb. (Election) article 1.*

D'autre part, les Arrêts rapportés par MM. *Dolive, liv. 5, ch. 25 ; & Cambolas, liv. 6, ch. 20*, ayant jugé qu'un pere grevé de rendre à l'un de ses enfans, tel qu'il éliroit, ayant élu sa fille en contrat de mariage, avoit pu varier après la dissolution du mariage par la mort du mari de cette fille, ont décidé formellement, qu'encore que les biens ne fussent pas revenus au pere, puisque sa fille vivoit encore, il avoit conservé la faculté de varier, & de faire une nouvelle élection ; ainsi que le fidéicommiss eût fait retour ou non, M. de Saint Maurice avoit toujours conservé la faculté d'élire, laquelle est tellement personnelle, qu'on ne peut point y renoncer par contrat entre-vifs ; *L. Cùm pater 77, §. 10, de leg. 2*, ni la perdre, quoiqu'on souffre la mort civile, suivant le §. 4 de la même loi 77, & la loi 17, §. 6, ff. *ad Senatusconsult. Trebell.*

Raifons contre l'élection.

Le Sieur de Saint Maurice, Commandant à Valenciennes, aîné des enfans survivans à M. de Saint Maurice, disoit au contraire pour détruire l'élection faite en la personne du Sieur de Saint Chaux, qu'il demuroit d'accord que le droit d'élection est d'accorder à l'héritier grevé, & à tous les descendans

descendans fidéicommissaires, dans le testament de Claude de Faure, du 15 Juin 1652, pourvu qu'ils eussent recueilli le fidéicommis. Or. M. de Saint Maurice n'ayant jamais recueilli le fidéicommis, il n'a pas pu élire; d'ailleurs quand le testament ne porteroit pas nommément que les héritiers devoient avoir recueilli pour pouvoir élire, la droite raison suffit pour le faire penser de même; car seroit-il possible que celui qui n'a jamais eu un fidéicommis sur sa tête, pût valablement faire une élection, qui est un droit attaché au fidéicommis?

Pour se convaincre que M. de Saint Maurice n'a jamais recueilli le fidéicommis en question, on n'a qu'à réfléchir que par le contrat de mariage de Salomon, son fils aîné, M. de Saint Maurice renonça expressément au fidéicommis, qui n'étoit pas échu, puisque le premier héritier grevé vivoit encore, & jouissoit de tous les biens; en sorte que cet héritier grevé étant décédé dans la suite, le fidéicommis fut restitué, & passa directement sur la tête de Salomon de Faure, fils aîné de M. de Saint Maurice, parce que celui-ci ayant renoncé, comme il le pouvoit faire valablement; *L. 1, & L. 16, cod. de pactis; L. 11, cod. de Transact. Boër. Décis. 147; Guipape, quest. 142; & Benedicti, de fideicomm. subst. N. 94*, il avoit fait place à son fils aîné, appelé immédiatement après lui, de la même manière que si M. de Saint Maurice n'avoit jamais existé, ou qu'il fût mort avant l'ouverture, parce que sa renonciation doit le faire considérer à cet égard, *pro non nato. Si filius emancipatus non petierit bonorum possessionem, ita integra sunt omnia nepotibus, atque si filius non fuisset; L. 5, §. 2, ff. si tab. testam. null. extab. undè liberi*; & par conséquent ce fidéicommis qui a toujours dû descendre, parce qu'il n'est fait qu'en faveur des descendans, n'a pas pu rétrograder.

C'est sur ce principe qu'on juge que celui qui a renoncé à un fidéicommis, n'est pas compté pour remplir les degrés marqués par les ordonnances d'Orléans & de Moulins, suivant Ricard, *des substitutions, part. 1, ch. 9, sect. 6, N. 781; Chopin, sur la coutume de Paris, liv. 2, tit. 4, N. 17; Henrys, tom. 2, liv. 6, quest. 9; M. de Catellan, liv. 2, ch. 74*; la raison est parce que celui qui renonce *pro non nato habetur*.

cordé qu'aux héritiers qui auront recueilli le fidéicommis. 96. M. de Saint Maurice n'ayant jamais recueilli, ne pouvoit pas élire.

97. Preuves que M. de Saint Maurice n'avoit pas recueilli.

98. Sa renonciation est une abdication qui pouvoit être valablement faite.

99. Sa renonciation le faisoit considérer *pro non nato*.

100. Celui qui renonce au fidéicommis, n'est pas compté pour remplir les degrés de substitution.

Il est inutile d'avoir ramassé plusieurs circonstances pour persuader que la renonciation faite par M. de Saint Maurice, n'est pas une abdication & une répudiation, pour faire place simplement à son fils; car la renonciation est une privation absolue du droit auquel on a renoncé, *remittentibus actiones suas non est regressus dandus*; L. 14, §. 9, ff. de *edil. edict.*

101. *Remittentibus actiones suas non datur regressus.*

102. Les renonciations privent le renonçant de son droit.

103. L'héritier qui répudie en faveur d'un autre, est censé n'avoir jamais été héritier.

104. La clause par laquelle M. de Saint Maurice met son fils à sa place, n'ajoute rien à la renonciation.

105. L'élection est surabondante.

106. Elle n'est faite qu'en tant que de besoin.

107. Il n'y a point d'élection anticipée.

108. Le fils n'avait pas besoin d'une cession ou d'une élection.

Toutes les renonciations qui se font dans un contrat, sont toujours faites en faveur de ceux qui les acceptent; ce qui les rend valables & plus assurées; de sorte qu'il seroit absurde de prétendre sur cette circonstance que ces renonciations ne privent pas le renonçant du droit auquel il renonce, puisque l'héritier même qui répudie en faveur d'un autre appelé après lui, ou comme substitué par le testament, ou comme successeur *ab intestat*, n'est point héritier, soit que la répudiation ait été faite gratuitement, *aut acceptâ pecuniâ*; L. *Fuit quæstionis* 24, ff. de *acquir. hered.* L. 2, 3 & 4, ff. *si quis omisâ causâ testam.*

La clause par laquelle M. de Saint Maurice met son fils à sa place, & l'élit en tant que de besoin, n'ajoute rien à la renonciation, mais elle en est la suite ou l'effet; car quand elle auroit été supprimée, dès-là que M. de Saint Maurice qui étoit le premier appelé, avoit renoncé au fidéicommiss, Salomon son fils prenoit sa place; c'est-à-dire, qu'il entroit dans le premier degré, & que le cas du fidéicommiss arrivant, il en devoit prendre la réelle & actuelle possession, comme M. de Saint Maurice auroit pu faire, s'il n'avoit pas renoncé.

Pour ce qui est de l'élection, elle est surabondante & inutile; aussi le contrat de mariage portait-il qu'elle est faite, *en tant que de besoin*; la renonciation étoit la seule voie efficace qui devoit exclure M. de Saint Maurice, parce que le fidéicommiss n'étant pas ouvert, il ne pouvoit pas faire une élection valable ni une restitution anticipée.

Il n'est donc pas question de cession ni de transport, ni d'élection anticipée, mais uniquement d'une renonciation qui devoit tirer M. de Saint Maurice du degré immédiat, pour y placer son fils aîné; c'est de la renonciation qu'il avoit besoin, & non pas d'une cession ni d'une élection qui ne pouvoient

pas être faites ; car pour restituer un fidéicommissé, il faut nécessairement l'avoir recueilli, & en être actuellement revêtu : or le fidéicommissé n'étoit pas encore échu, il n'étoit pas sur la tête de M. de Saint Maurice : il étoit donc impossible qu'il le restituât ; mais il avoit seulement une espérance à laquelle il pouvoit renoncer ; & c'est précisément ce qu'il a fait.

Que les dispositions contenues dans un contrat de mariage, dépendent de l'accomplissement & de la célébration, comme d'une condition tacite & inhérente, peu importe, parce que le mariage fut célébré, & que la condition ayant été accomplie, elle a eu un effet rétroactif, parce que *ea est natura conditionum ut retrotrahantur* ; ainsi il ne faut considérer les choses que par rapport à l'état où elles étoient lors de la date du contrat de mariage, auquel tems M. de Saint Maurice n'étant pas revêtu du fidéicommissé, ne pouvoit point le restituer ni élire, ni en transporter le droit qui n'en étoit pas formé ; mais il pouvoit seulement renoncer, & par-là faire place à son fils, & le mettre au premier degré ; ce qui sert de réponse à la distinction des renonciations & aux autorités employées à cet effet.

La confirmation du contrat de mariage par les conventions de 1707, n'est d'aucune considération, parce que la maxime rapportée par Chopin, *jus sumitur à confirmante, non à confirmato*, n'a son application que dans le cas de la confirmation d'un contrat nul dans son principe ; mais quand on ne fait que se départir d'une injuste prétention, on suit la maxime opposée *non à confirmante, sed à confirmato*.

Cela posé, le décès de Salomon de Fauré, premier fidéicommissaire, n'a pas donné lieu au droit de retour en faveur de M. de Saint Maurice, parce que le droit de retour n'a lieu qu'à l'égard des donations & des libéralités que les pères font à leurs enfans de leurs propres biens ; *L. 6, ff. de jur. dot. L. 4, cod. soluto matrimon.* mais la renonciation à un fidéicommissé, que le renonçant auroit été obligé lui-même de rendre, n'est pas assurément une libéralité de ses propres biens, puisque par-là un pere ne fait que mieux se conformer à l'intention de ses ancêtres, en faisant passer un peu plutôt les biens substitués sur la tête du fidéicommissaire, dont il avance

109. La condition qui arrive, a un effet rétroactif.

110. M. de Saint Maurice ne pouvoit que renoncer, & faire place à son fils.

111. Comment doit-on entendre la règle *jus sumitur à confirmato, non à confirmante* ?

112. Le retour légal ne peut pas avoir lieu dans ce cas.

113. Le retour n'a lieu que pour les libéralités faites des propres biens.

les degrés pour porter plus loin le fidéicommiss; ce qui n'est pas réputé libéralité, puisqu'on ne regarde pas même dans ce sens la restitution effective que le pere fait d'un fidéicommiss, *non enim facultas necessaria electionis propriae liberalitatis beneficium est, quid enim de suo videtur reliquisse, qui quod relinquit omnimodò reddere debuit?* L. 67, §. 1, ff. de leg. 2; de sorte que le droit de retour ne peut jamais avoir lieu dans ce cas, suivant les Arrêts rapportés par M. Maynard, liv. 8, ch. 81; M. Larroche, liv. 6, tit. 75, Art. 3; Ricard, des substitutions, part. 2; Henris & Bretonnier, tom. 1, liv. 6, quest. 28; & Despeyffès, des donations, sect. 4, N. 6, versic. quinto; ce qui est fondé sur la loi *Si sponsus* 5, §. 15, ff. de donat. inter vir. & uxor. A plus forte raison le droit de retour pouvoit-il moins avoir lieu au cas présent, que M. de Saint Maurice n'avoit fait autre chose que renoncer à la simple espérance d'un fidéicommiss non acquis ni ouvert.

Du reste, ne s'agissant point d'une restitution ni d'une élection anticipée, ni d'une cession des droits que M. de Saint Maurice eût sur sa tête, mais bien d'une renonciation pure, la loi 10, ff. ad Trebell. & les autres autorités citées, pour prouver qu'on ne peut pas restituer un fidéicommiss avant le jour ou la condition, afin que les actions soient transférées en vertu du Sénatusconsulte Trébellien, sont étrangères & mal appliquées.

116. Réponse à la Loi 10, ff. ad Senatusconsult. Trebell.

117. Réponse à la raison tirée des réservations.

Pour ce qui est des réservations faites par M. de Saint Maurice, comme elles ne consistent qu'en simple usufruit, qui suppose que la propriété appartient à un autre, elles ne peuvent pas induire que M. de Saint Maurice eût retenu le droit & les actions du fidéicommiss; car cette retention est incompatible avec la renonciation, de même qu'avec l'usufruit.

118. Réponse aux moyens pris du retour conventionnel, & de la première élection.

Pour toute réponse aux deux autres raisons de l'héritier, prises du retour conventionnel, de la caducité de la première élection, & de la faculté de varier, il suffit d'observer que M. de Saint Maurice n'ayant fait ni pu faire qu'une renonciation, & une abdication de l'espérance qu'il avoit de recueillir un jour le fidéicommiss pour faire place à son fils, & le mettre au premier degré, il ne peut point être question de retour conventionnel, quoique la renoncia-

tion soit faite en faveur de Salomon de Faure, & des enfans qui naîtroient de son mariage; car cette clause ne fut pas ainsi conçue pour faire rétrograder le fidéicommiss, ni pour établir un droit de retour tacite, en cas qu'il n'y eût point d'enfans mâles; mais bien parce que le fidéicommiss étoit masculin & graduel, & que M. de Saint Maurice n'avoit autre vue que de remplir plus exactement la volonté de son pere, comme il le témoigne par ces paroles: *Et desirant exécuter de son chef la volonté de ses ancêtres, & conserver unis les biens de sa famille, &c.* en quittant sa place à son fils par une renonciation, qui aux termes de la loi 22, §. 1, *cod. de jure deliberandi*, le rendoit étranger à l'hérédité ou au fidéicommiss. Voilà pourquoi le Chapitre 6, *extra, de donationib. inter vir. & uxor.* & les autres autorités qui pouvoient être de quelque considération dans le cas d'une donation actuelle & réelle, sont inutiles & mal appliquées à l'espece présente; d'ailleurs *Charondas, liv. 11, Rép. 64*, décide dans un pareil cas contre le prétendu retour conventionnel.

119. Celui qui renonce à une hérédité, est regardé comme étranger.

Il en est de même de la caducité & de la faculté de varier; car il est bien vrai que quand le fidéicommiss a trait de tems, l'héritier grevé qui est revêtu de l'hérédité, ou qui l'a été avant la restitution anticipée faite par contrat de mariage, peut élire de nouveau après la dissolution du mariage sans enfans, suivant *MM. de Cambolas & Dolive*; mais une pareille faculté d'élire ou de varier, ne peut pas être accordée à une personne appelée, qui n'a jamais été revêtue du fidéicommiss, & qui s'en est excluse par renonciation & abdication expresse avant l'échéance; d'autant mieux que Claude de Faure, en accordant le droit d'élire, ne parle que de ses descendans héritiers, ou qui auront recueilli; ce qui rend inutiles les loix, les autorités, & les réflexions de l'héritier à cet égard, parce que M. de Saint Maurice n'a jamais été héritier, & n'a jamais recueilli le fidéicommiss de Claude de Faure son pere; qu'ainsi il n'a jamais eu le droit d'élire, ni par conséquent celui de varier.

120. Ce n'est pas le cas de la caducité de l'élection ni de la faculté de varier.

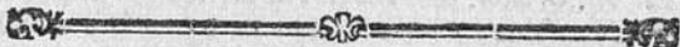
121. La faculté d'élire ou de varier n'est pas accordée à celui qui n'a jamais recueilli.

Décision.

Sur ces raisons, & plusieurs autres moyens dé-

122, Jugement
contre la secon-
de élection,

cififs que les Parties avoient alléguées réciproquement, il intervint Jugement au rapport de M. de Vic, le 27 Mai 1729, dont la teneur est telle: *Nous Commissaires susdits, disant droit aux parties, avons déclaré & déclarons les substitutions apposées aux testamens de Salomon I de Faure, & de Claude de Faure, ouvertes au profit de Pierre de Faure, Lieutenant de Roi de Valenciennes; ce faisant, l'avons maintenu aux biens dépendans desdites substitutions, & à ceux joints à icelles par Salomon II de Faure, avec restitution des fruits depuis le décès de François de Faure de Saint Maurice, Doyen du Parlement, sauf les imputations & distractions telles que de droit, auxquelles il sera procédé dans le mois sur les demandes & défenses des parties, demeurant les choses en l'état, dépens compensés.*



QUESTION XLIV.

I. Si l'enfant qui n'est point né ni conçu au tems de la mort de son ayeul, est capable de recueillir sa succession, qui est vacante lors de sa naissance, & lorsqu'il veut l'accepter.

S O M M A I R E S.

1. Décision des Docteurs & Arrêts pour l'affirmative.
2. Textes pour appuyer cette opinion.
3. Que ces Textes sont corrigés par la Nouvelle 118.
4. La Nouvelle 118 abroge toutes les Loix précédentes en matiere de succession ab intestat.
5. Cette Nouvelle doit être la seule regle.
6. Que les Docteurs ne s'étoient pas aperçus de cette correction.
7. Suivant cette Nouvelle, le petit-fils est capable de recueillir la succession de l'ayeul mort avant la conception.
8. Par le droit ancien, la succession n'étoit fondée que sur la puissance paternelle.
9. Textes qui prouvent cette proposition,

10. Les enfans émancipés étoient exclus de la succession.
11. Par le Droit des Nouvelles, la succession n'est fondée que sur le lien du sang.
12. La distinction du sexe, de l'agnation, ou cognition, est abrogée.
13. Remarque de Gudelinus.
14. Conséquence à tirer de la différence des motifs du droit ancien, & du droit nouveau.
15. Suite.
16. Par le droit ancien, on distinguoit les droits attribués au sang, d'avec ceux qui dépendoient de la puissance paternelle.
17. Le petit-fils, quoique né & conçu après la mort de son ayeul, avoit part aux droits déferés au sang.
18. Preuve tirée de la Loi 47, §. 3, ff. de bonis libert.
19. Le droit de Patronat sur les affranchis, étoit déferé aux descendans par droit de sang.
20. Conséquence tirée de cette distinction.
21. Arrêts qui ont déferé au petit-fils la succession de l'ayeul mort avant la conception du petit-fils.
22. Cette opinion est fondée sur l'équité naturelle, & sur le sentiment de Corvinus.
23. Objection prise de ce que le Prêteur accordoit la possession des biens aux enfans émancipés.
24. Le Prêteur ne pouvoit pas faire des héritiers.
25. Le Prêteur refusoit au petit-fils la possession des biens, tout de même que la Loi, qui refusoit la succession.
26. Le Prêteur ne se fondoit pas sur la puissance paternelle, mais sur la filiation.
27. Le petit-fils conçu après la mort de l'ayeul, n'a jamais été parent de son ayeul.
28. Si le tems de la mort est le point fixe qui détermine la capacité de recueillir les biens du défunt.
29. Première réponse.
30. La Nouvelle 118 a corrigé l'Edit du Prêteur.

31. Le Prêteur accorderoit la possession des biens de la même manière que la Loi déféroit la succession aux enfans non émancipés.
32. Le Prêteur ne faisoit qu'effacer les effets de l'émancipation.
33. Preuves que le Prêteur en déférant la possession des biens, s'est moulé sur la Loi des douze Tables.
34. Le motif de la puissance paternelle, qui déféroit la succession & la possession des biens, ayant été subrogé, toutes les décisions du Droit ancien sont abrogées.
35. Troisième réponse.
36. Quatrième réponse : la succession ab intestat est déférée aux plus proches existans lors du décès.
37. La survenance d'un petit-fils n'ôte pas une succession déjà acquise.
38. Mais cela ne fait rien pour exclure le petit-fils, quand la succession vague.
39. Le curateur à une hérédité vacante en est le dépositaire.
40. Tous les descendans, à quelque degré qu'ils soient, sont capables de succéder.
41. Cinquième réponse.
42. Cognatus quis dicatur.
43. Sixième réponse.
44. Explication de la Maxime le mort fait le vif.
45. Nul n'est héritier, s'il ne veut.
46. Lorsque les plus proches répudient, ils font place à ceux qui viennent après.
47. Le petit-fils peut succéder par représentation.
48. Qu'est-ce que la représentation ?
49. Quels sont les effets de la représentation ?
50. Le représentant vient ex propria persona.
51. Tantum operatur fictio in casu ficto, quantum veritas in casu vero.
52. Si le petit-fils doit être conçu avant la mort de l'ayeul, pour pouvoir représenter son père.
53. Auteurs pour l'affirmative.
54. Résolution au contraire.

§5. Le petit-fils représentant son pere, est considéré comme s'il étoit né au moment que son pere est venu au monde.

CETTE question est décidée par une foule d'Auteurs; mais pas un ne s'est donné la peine de l'approfondir. Tous ceux qui l'ont agitée ont tenu la négative; les Cours supérieures ont même jugé conformément à cette opinion. On peut voir là-dessus ce qu'en ont dit les Commentateurs des Institutes, sur le §. *Et licet 8, Instit. de hæred. quæ ab intestat deferuntur*; Brodeau, sur *M. Louet, lett. R, somm. 38*; *Benedicti*, sur le Chapitre *Raynutius, verb. (Et soboles quam gestabat in utero)*; *Henry Zoësius*, sur le titre du ff. de suis & legitimis; *M. Denis Lebrun*, dans son traité des Successions, liv. 1, ch. 3; l'Auteur du *Journal des Audiences*, tom. 5, liv. 8, ch. 5: *Claude de Ferrieres*, sur la coutume de Paris, art. 318, glose 1, §. 2, & les Docteurs sur la loi 6, ff. de suis & legitimis hæred. & sur les autres textes que nous allons rapporter.

Ces Auteurs se sont fondés sur la loi *Si quis filio 6, versic. sed hæc ita, ff. de injusto rupto & irrito fact. testam.* la loi 6, ff. de suis & legitimis hæredibus; le §. *Et licet 8, Instit. de hæred. quæ ab intestat, deferuntur*, & plusieurs autres textes qui sont à la vérité exprès & formels.

Cependant si l'on examine la chose avec attention, il est aisé de s'appercevoir que ces textes sont corrigés par la *Novelle 118* de l'Empereur Justinien, & que les principes de la nouvelle Jurisprudence établie par cet Empereur, doivent faire décider le contraire dans le cas proposé.

En effet, 1°. la *Novelle 118*, dont nous venons de parler, abroge en termes exprès toutes les loix qui avoient été faites auparavant, pour régler la succession *ab intestat*, & veut que cette nouvelle loi soit la seule regle sur cette matiere. Voici de quelle maniere elle s'explique dans la Préface: *Plurimas & diversas leges veteribus temporibus prolatas invenientes, per quas non justè differentia ab intestato successionis inter cognatos ex masculis, & feminis introducta est, necessarium esse perspeximus, omnes simul ab intestato cognationum successiones per præsentem legem clarâ compendiosâque divisione disponere; itaque prioribus legibus pro hæc*

1. Décisions des Docteurs & Arrêts pour l'affirmative.

2. Textes pour appuyer cette opinion.

3. Que ces Textes sont corrigés par la *Novelle 118*.

4. La *Novelle 118* abroge toutes les Loix précédentes en matiere de succession *ab intestat*.

5. Cette *Novelle* doit être la seule regle.

causa positus vacantibus, de cætero ea sola servari quæ nunc constituimus.

6. Que les Docteurs ne s'étoient pas aperçus de cette correction.

Cette correction, qui est expresse dans la *Novelle 118*, avoit échappé à tous les Auteurs, même à *M. Cujas*, qui dans son Commentaire sur cette *Novelle*, a soutenu que l'Édit de *conjungendis cum emancipato liberis*, & plusieurs autres loix du code & du digeste, subsistoient encore, & n'avoient pas été corrigées, & nous ne connoissons qu'un seul Auteur qui s'en soit aperçu; c'est le *Président Faber*, in *disputatione Forensi*, qui est à la fin de son traité de *re Nummaria*, page 347; il est vrai que la glose & *Vinnius*, sur le §. *Et licet 8, Instit. de hæred. quæ ab intestato deferuntur*, rapportent les opinions de *Pileus* & de *Joannes*, anciens Interprètes, dont l'un a tenu pour la correction, & l'autre le contraire; mais ils ne se font fondés que sur le Chapitre 1 de la *Novelle 118*, où la correction ne paroît pas en termes formels, & nullement sur qui est dans la Préface, qui contient la correction expresse & littéraire.

7. Suivant cette *Novelle*, le petit-fils est capable de recueillir la succession de l'ayeul mort avant la conception.

Or puisque la *Novelle 118* veut par exprès que cette loi soit la seule règle de la succession *ab intestat*; dès-là qu'elle n'exclut pas de la succession de l'ayeul l'enfant conçu après la mort du même ayeul, il est clair qu'il est capable de la recueillir, si elle se trouve vacante, & sur la tête d'un curateur au tems de sa naissance, ou lorsqu'il demande d'être reçu à l'accepter.

8. Par le Droit ancien, la succession n'étoit fondée que sur la puissance paternelle.

2°. La correction du droit ancien se recueille de la *Novelle 118* encore d'une autre manière; c'est-à-dire, en ce que, selon le droit du digeste, du code, & des institutes, la succession des descendans n'étoit pas fondée sur les liens du sang, mais uniquement sur le lien civil de la puissance paternelle, conformément à la loi des douze Tables. Cette proposition se prouve avec évidence par les textes qui servent de fondement à l'opinion contraire, & par le §. 1 aux *Institutes de hæred. quæ ab intestato deferuntur*, il en résulte que les enfans n'étoient appelés à la succession *ab intestat* de leur pere, ou de leurs ayeux paternels, qu'autant qu'ils étoient en la puissance du défunt; en sorte que les enfans émancipés ne succédoient point, suivant le §. *Emancipati 9, instit. de hæredib. quæ ab intestato deferuntur*.

9. Textes qui prouvent cette proposition.

10. Les enfans émancipés étoient exclus de la succession.

Au lieu que par le droit des Nouvelles, on ne considère plus le lien civil de la puissance paternelle, ni l'agnation, ni la différence du sexe, tout cela ayant été abrogé & retranché, quant à la succession *ab intestat*, par la Nouvelle 118, où l'Empereur Justinien n'a donné d'autre fondement à la succession *ab intestat* dans les degrés des descendans, des ascendans, & des collatéraux, que les liens du sang & de la parenté: *Non distinguendo sexum, vel jura potestatis, sed solâ naturali causâ inspectâ*, dit l'Authentique, *in successione, cod. de suis & legitimis liberis.*

Cette différence des motifs ou des fondemens de la succession *ab intestat*, qui se trouve entre le droit ancien & le nouveau, a été fort judicieusement remarquée par *Gudelinus, de jure novissimo, lib. 2, cap. 13*, en ces termes: *Præsens constitutio*, dit cet Auteur, en parlant de la Nouvelle 118, *declarat non haberi hîc rationem patriæ potestatis; ac solùm causam naturalis vinculi respici: certè olim secùs se res habuit, cùm lex duodecim tabularum propinquitatem civili ratione metiens, eos tantùm liberos agnosceret qui erant in potestate morientis, & sui hæredes vocantur.*

De cette différence de motifs, nous tirons cette conséquence, que tandis que la loi des douze tables a été en vigueur; c'est-à-dire, jusqu'à ce que la Nouvelle 118 a été faite, il falloit nécessairement décider la difficulté de la manière que les Jurisconsultes l'ont résolue dans la loi 6, *ff. de injusto rupto*, & dans la loi *Titius 6, ff. de suis & legitimis liberis*, parce que la puissance paternelle étant le seul fondement qui donnoit droit aux enfans sur la succession de leur pere ou de leurs ayeux paternels, l'enfant qui avoit été conçu après la mort de son ayeul, n'ayant jamais été sous la puissance du défunt, n'avoit jamais eu la qualité nécessaire pour le faire admettre à la succession *ab intestat*.

Mais depuis que le fondement a été changé, & qu'au lieu de la puissance paternelle, l'Empereur a fait dépendre du lien de la nature & du sang le droit de succéder *ab intestat*, le petit-fils, quoique conçu après la mort de son ayeul, a la qualité nécessaire pour lui succéder; c'est-à-dire, la proximité & la parenté, qui est ce qui regle présentement la succession *ab intestat*; & de-là il s'ensuit que la

11. Par le droit des Nouvelles, la succession n'est fondée que sur le lien du sang.

12. La distinction du sexe, de l'agnation, ou cognation, est abrogée.

13. Remarque de *Gudelinus*.

14. Conséquence à tirer de la différence des motifs du Droit ancien & du Droit nouveau.

15. Suite.

conception, après la mort de l'ayeul, n'est pas un obstacle pour le petit-fils, qui trouve au tems de sa conception, ou de sa naissance, la succession de son ayeul vacante par l'abstention ou la répudiation des héritiers testamentaires, ou de ceux qui se trouvoient les plus proches au tems de la mort du défunt.

16. Par le droit ancien, on distinguoit les droits attribués au sang, d'avec ceux qui dépendoient de la puissance paternelle.

17. Le petit-fils, quoique né & conçu après la mort de son ayeul, avoit part aux droits déferés au sang.

18. Preuve tirée de la Loi 47, §. 3, ff. de bonis libert.

19. Le droit de Patronat sur les affranchis, étoit déferé aux descendans par droit de sang.

20. Conséquence tirée de cette distinction.

21. Arrêt qui a déferé au petit-fils la succession de l'ayeul mort avant la conception du petit-fils.

Cela se confirme même par les regles qui s'observoient, tandis que la loi des douze tables étoit en vigueur, & qu'elle régloit les successions *ab intestat*; car on distinguoit les droits qui étoient attribués au sang & à la parenté, d'avec ceux qui dépendoient du lien civil de la puissance paternelle: on accordoit les premiers aux descendans, quoiqu'ils n'eussent été conçus qu'après la mort de leurs ascendans, comme n'ayant besoin que de la seule qualité de descendans pour les acquérir, au lieu qu'on leur refusoit les premiers.

C'est sur le fondement de cette distinction que le Jurisconsulte *Paul* décide dans la loi 47, §. 3, ff. de bonis libertorum, qu'un petit-fils avoit le droit de Patronat sur l'esclave qui avoit été affranchi par son ayeul, quoiqu'il n'eût été conçu qu'après la mort de son ayeul; mais il décide en même tems qu'il ne peut avoir aucune part à la succession du même ayeul.

La raison de cette diversité de décision à l'égard de la même personne, est, selon les Interprètes, parce que le droit de Patronat étoit déferé à cause du sang, au lieu que la succession n'étoit déferée qu'à cause de la puissance paternelle.

De cette distinction, nous tirons cette conséquence, que si, selon les principes du droit ancien, le petit-fils qui n'avoit été conçu qu'après la mort de son ayeul, avoit part aux droits qui étoient attachés au sang, il doit être capable de succéder à son ayeul, présentement que le droit de succéder n'est plus attaché à la puissance paternelle, mais uniquement au lien du sang, & de la nature.

C'est sans doute sur ces raisons que le Parlement de Paris a jugé la Question en faveur du petit-fils, par un Arrêt rapporté par *Charondas*, liv. 5, rép. 63. quoique cet Auteur n'ait relevé aucune des réflexions que nous avons faites, qu'il n'ait allégué que des raisons & des autorités étrangères.

Cette opinion est même fondée sur l'équité naturelle; car le petit-fils n'ayant à combattre que contre des créanciers ou des possesseurs injustes, sa qualité de descendant devoit toujours faire pencher la balance de son côté, parce que, comme le dit également le Jurisconsulte *Papinien* dans la *Loi Scripto 7, ff. si tabula Testamenti nulla extabunt, ab bona parentum admittit liberos naturæ simul, & parentum commune votum*. Il y a même des Auteurs, en petit nombre à la vérité, qui ont ainsi décidé la Question: *Jure tamen novo quo non suitatis jus, sed sanguinis virtus spectatur, admitti potest*, dit *Corvinus, in Enarrat. in cod. Ad tit. de suis & legitimis liberis*, en parlant du petit-fils conçu après la mort de l'ayeul.

Il reste à résoudre une objection, qui semble faire obstacle à notre décision: elle consiste à dire que le Prêteur par son édit, avoit admis l'enfant émancipé, non pas à la succession de celui qui l'avoit tiré de sa puissance par l'émancipation, parce qu'il n'y avoit que la loi qui pût faire des héritiers légitimes; mais la possession des biens, appellés *undè liberi*: cependant il refusoit ce secours au petit-fils qui avoit été conçu après la mort de son ayeul, §. *Emancipati 9, instit. de hæred. quæ ab intestat deferuntur; L. 6, ff. de injusto rupto; & L. 6, ff. de suis & legitimis hæredibus*; d'où il semble qu'on puisse conclure que le petit-fils, conçu après la mort de l'ayeul, n'est pas capable de lui succéder, parce que le Prêteur l'excluoit de la possession des biens, quoiqu'il n'eût aucun égard au lien de la puissance paternelle, & que la possession des biens ne fût fondée que sur la qualité d'enfant; étant toujours vrai de dire que le petit-fils n'a jamais été parent de l'ayeul décédé avant sa conception: *Qui nullo jure cognationis patrem sui patris attigit*, comme dit l'Empereur Justinien au §. 8, *instit. hæred. quæ ab intestat deferuntur*; & que par son édit, le Prêteur n'accorde la possession des biens qu'à ceux qui se trouvent les plus proches parens au tems de la mort du défunt; *L. 8, de suis & legitimis*. Ce tems est donc le point fixe qui détermine la capacité de ceux qui doivent recueillir les biens du défunt; à quoi est conforme la maxime de France, *le mort saisit le vif*.

A tout cela, nous répondons en premier lieu, que l'Empereur Justinien a corrigé par sa *Novelle*

22. Cette opinion est fondée sur l'équité naturelle, & sur le sentiment de *Corvinus*.

23. Objection, prise de ce que le Prêteur accordoit la possession des biens aux enfans émancipés.

24. Le Prêteur ne pouvoit pas faire des héritiers.

25. Le Prêteur refusoit au petit-fils la possession des biens, tout de même que la Loi qui refuse la succession.

26. Le prêteur ne se fondeoit pas sur la puissance paternelle, mais sur la filiation.

27. Le petit-fils conçu après la mort de l'ayeul, n'a jamais été parent de son ayeul.

28. Si le tems de la mort est le point fixe qui détermine la capacité de recueillir les biens du défunt,

29. Première réponse.

30. La Nouvelle 118 a corrigé l'Édit du Prêtreur.

31. Le Prêtreur accordoit la possession des biens, de la même manière que la Loi déferoit la succession aux enfans non émancipés.

32. Le Prêtreur ne faisoit qu'effacer les effets de l'émancipation.

33. Preuves que le Prêtreur en déferant la possession des biens, s'est moulé sur la Loi des douze Tables.

118, non-seulement la loi des douze Tables, comme nous l'avons prouvé ci-dessus, mais encore l'Édit du Prêtreur, puisqu'il avoit force de loi pour déferer la possession des biens, & que la Nouvelle a abrogé toutes les loix précédentes sur cette matiere; ainsi il ne peut plus servir d'argument.

En deuxième lieu, le Prêtreur accorde aux enfans émancipés la possession des biens par un mouvement d'équité, de la même manière que s'ils avoient toujours resté en la puissance du défunt: *Prætor naturali æquitate motus dat eis bonorum possessionem undè liberi, perindè ac si in potestate parentis tempore mortis fuissent*, dit l'Empereur Justinien, au §. *Emancipati* 9, *instit. de hæred. quæ ab intestat. deferuntur*, ou comme parle la loi 5, ff. *si tabulæ testam. nullæ extab. undè liberi, bonorum possessio ejus partis datur quæ ad eum pertineret, si in potestate permansisset*; de ces paroles, il résulte clairement que le bénéfice accordé par le Prêtreur aux enfans émancipés, consistoit à effacer les traces ou les effets de l'émancipation, & de les faire considérer par une fiction à-peu-près semblable à celle de la loi *Cornelia*, comme s'ils n'avoient jamais été émancipés; & par conséquent bien loin que l'Édit du Prêtreur détruisît les principes établis par la loi des douze Tables, au contraire il les adoptoit avec une modification que l'équité naturelle lui avoit inspirée; car considérant que l'enfant émancipé avoit avant l'émancipation la qualité nécessaire pour prendre part à la succession de son pere, ou de son ayeul; c'est-à-dire, la proximité civile de la puissance paternelle, sans donner atteinte à la loi, il rétablissoit les choses dans leur premier état, & se conformoit à l'esprit de la loi, en considérant par une fiction favorable, l'enfant émancipé, de la même manière que s'il avoit été en la puissance de son pere ou de son ayeul au tems de sa mort.

Que le Prêtreur se soit moulé sur la loi des douze Tables, & qu'il ait suivi les principes établis par cette loi, la chose se prouve clairement, en ce que la modification près, il avoit suivi le même ordre, & adopté les motifs de la loi *des douze Tables*; c'est-à-dire, que la possession des biens n'étoit accordée qu'à ceux auxquels la succession auroit été déferée par la loi des douze Tables, si l'émancipation n'avoit fait obstacle; c'est ce qui résulte non-seulement

de la loi 6, ff. de suis & legitimis hæred. où le Juris-consulte Julien, après avoir décidé que le petit-fils, conçu après la mort de son ayeul, n'étoit pas admis à la succession, ni à la possession des biens, n'en donne que cette seule raison: *Quia lex duodecim tabularum eum vocat ad hæreditatem qui moriente eo de cujus bonis quæritur in rerum natura fuerit*, mais encore du §. 8, *instit. de hæred. quæ ab intestat. deferuntur*, où l'Empereur dit, que puisque les petits-fils conçus après la mort de l'ayeul ne sont pas héritiers siens, & que par-là ils sont incapables de la succession, ils ne peuvent pas demander la possession des biens, comme plus proches cognats: *Hi autem cum non sint sui, quantum ad hæreditatem, liberi, neque bonorum possessionem petere possunt quasi proximi cognati*; ce qui prouve manifestement que la possession des biens devoit être réglée de la même maniere, & sur les mêmes motifs que la succession légitime déferée par la loi des douze Tables; ainsi il n'est pas merveilleux que le Prêteur refusât la possession des biens à l'enfant qui n'ayant été conçu qu'après la mort de l'ayeul, n'avoit jamais été capable de la succession, parce qu'il n'avoit point été en la puissance de l'ayeul; il étoit donc également incapable de la possession des biens, à laquelle l'ancienne puissance paternelle devoit servir de fondement, afin que par la fiction favorable, le Prêteur pût le considérer de la même maniere que s'il avoit été en la puissance de l'ayeul au tems de sa mort.

Or le motif de la puissance paternelle qui servoit de fondement à la loi des douze Tables, & à l'Édit du Prêteur, pour déferer la succession & la possession des biens, ayant été corrigé & changé, il est clair que quand l'Empereur Justinien a fait dépendre la succession du droit de la nature & du sang, il a abrogé l'Édit du Prêteur, & les loix qui étoient fondées sur cet Edit, de la même maniere qu'il a abrogé la loi des douze Tables.

En troisieme lieu, les textes opposés ne font rien à la question que nous traitons, parce qu'ils supposent que des parens plus proches lors de la mort du défunt, demandent la succession ou la possession des biens; auquel cas ils décident que les enfans conçus après la mort de l'ayeul, ne font pas obstacle aux autres parens, & ne sont pas admis en concours:

34. Le motif de la puissance paternelle, qui déferoit la succession & la possession des biens, ayant été abrogé, toutes les décisions du droit ancien sont abrogées.

35. Troisieme réponse.

Hi autem cum non sint sui, quantum ad hereditatem liberi, neque bonorum possessionem petere possunt quasi proximi cognati, dit le §, & licet 8, *instit. de hered. quæ ab intestat deferuntur*, ou suivant les expressions de la loi 1, §. *Si quis proximior 8, ff. undè cognati, neque obstabit alii, neque ipse admittitur*; ce qui ne convient pas à notre cas, puisqu'on suppose la succession vacante par la répudiation, & qu'elle est encore sur la tête d'un curateur, sans qu'aucun des autres successeurs la réclame; ainsi à supposer que ces textes n'eussent pas été corrigés par le droit nouveau, ils ne seroient pas contraires à notre décision.

36. Quatrième réponse: la succession *ab intestat* est déterinée aux plus proches existans lors du décès.

37. La survenance d'un petit-fils n'ôte pas une succession déjà acquise.

38. Mais cela ne fait rien pour exclure le petit-fils, quand la succession vague.

39. Le curateur à une hérédité vacante, en est le dépositaire.

40. Tous les descendans, à quelque degré qu'ils soient, sont capables de succéder.

41. Cinquième réponse.

En quatrième lieu, nous convenons que la succession *ab intestat* doit être déferée aux plus proches existans lors du décès du défunt, suivant le droit Romain, & la maxime *le mort saisit le vif*; mais cela est fort bon pour faire conclure, que quand une fois la succession a été déferée à ceux qui étoient les plus proches au tems de la mort, la survenance d'un petit-fils conçu après la mort du défunt, ne peut pas priver les héritiers de la succession à eux acquise, ce qui est vrai; mais non pas pour en conclure rien pour notre cas, parce que le droit n'étant acquis à personne, puisque la succession est encore vacante, & se trouve sur la tête d'un curateur, qui n'est qu'un dépositaire de Justice, il suffit que le petit-fils trouve la succession vacante, pour qu'il puisse l'accepter, parce qu'elle lui est déferée *jure sanguinis*, & que la Nouvelle 118 appelle tous les descendans, de quelque sexe, & à quelque degré qu'ils soient, *cujuslibet naturæ aut gradûs*, sans se borner aux seuls descendans existans au tems de la mort; & comme l'a fort bien remarqué *Gudelinus*, au lieu préallégué, *non solum filii & filia, sed etiam nepotes & neptes, caterique utriusvis sexûs & per utrumvis sexum descendentes in infinitum ad hereditatem vocantur*.

En cinquième lieu, il est vrai que le petit-fils conçu après la mort de son ayeul, ne peut pas être appelé proprement cognat de cet ayeul, parce que, selon la loi 1, §. 1, *ff. undè cognati appellati sunt quasi ex uno nati aut, ut Labeo ait, quasi commune nascendi initium habuerint*, ce qui suppose la naissance de l'un avant la mort de l'autre; & c'est dans ce

sens

Tens seulement que le petit-fils conçu après la mort de l'ayeul, n'est pas son cognat; car à prendre la cognation dans sa signification la plus étendue, puisque le petit-fils est descendant, il est du nombre de ceux qui sont unis à l'ayeul par les liens du sang & de la cognation; de-là vient que par la loi 8, ff. de suis & legitimis, le petit-fils conçu après la mort de l'ayeul, est appelé *cognat*, eu égard à ce qu'il l'auroit été réellement, si l'ayeul avoit vécu jusqu'à la naissance de son petit-fils; mais cela est superflu, parce que la succession ne se défere pas présentement par le droit d'agnation ou de cognation, de la manière qu'on le pratiquoit anciennement, ni par la puissance paternelle, ou à raison de la masculinité, tout cela ayant été abrogé; mais uniquement à cause de la descendance & du lien du sang, qui unit le petit-fils à l'ayeul par le moyen de son pere.

En sixieme lieu, pour ce qui est de la maxime *le mort saisit le vif*, elle est également mal appliquée au cas présent; car il est bien vrai qu'elle saisit ceux qui se trouvent les plus proches au tems de la mort du défunt; mais lorsque ceux-ci ont répudié, l'effet de la maxime cesse, parce que ne déférant pas la succession, de manière que les plus proches soient obligés de l'accepter malgré eux, puisqu'on observe cette autre maxime, *que nul n'est héritier, s'il ne veut*, dès que les plus proches au tems de la mort du défunt ont répudié, ils font place au petit-fils qui devient capable de recueillir la succession en vertu de la *Novelle 118*, par la seule qualité de descendant du défunt, pourvu qu'il la trouve vacante au moment de sa conception, & lorsqu'il veut se porter pour héritier.

3°. Nous pouvons encore appuyer notre décision sur la raison prise de la représentation, laquelle unit le petit-fils à son ayeul par le moyen de son pere, dont il représente le degré. La représentation est un bénéfice de la loi, qui par une fiction favorable, fait entrer le petit-fils dans le degré qui étoit occupé par son pere avant sa mort naturelle ou civile; elle a son fondement dans la nature, qui fait une subrogation perpétuelle des enfans au pere, à cause de la liaison intime, ou pour mieux dire, de l'identité de la personne du fils avec celle du pere.

42. Cognatus quis dicatur.

43. Sixieme réponse.

44. Explication de la Maxime *le mort saisit le vif*.

45. Nul n'est héritier, s'il ne veut.

46. Lorsque les plus proches répudient, ils font place à ceux qui viennent après.

47. Le petit-fils peut succéder par représentation.

48. Qu'est-ce que la représentation?

49. Quels sont les effets de la représentation ?

50. Le représentant vient *ex propria persona*.

Elle opere deux effets; le premier est de placer au premier degré les enfans, qui par leur naissance, sont à un degré plus éloigné; & le deuxième, d'admettre le représentant *ex propria persona*, & non du chef de la personne représentée, comme le prouvent fort bien Ricard, de la Représentation, ch. 1; Denis Lebrun, dans son traité des Successions, liv. 3, ch. 5, sect. 1, N. 10; & Dumoulin, sur la coutume de Paris, §. 33, gloss. 2, N. 103; en sorte que venant de son propre chef, on ne peut pas lui opposer les renonciations & les autres exceptions qui auroient pu exclure la personne représentée, suivant les mêmes Auteurs; M. le Président Faber, en son code, lib. 2, tit. 3, déf. 1; Mornac, sur la loi un. cod. *se adversus dot.* & M. de Catellan, liv. 2, chap. 42.

51. *Tantum operatur fictio in casu ficto, quantum veritas in casu vero.*

Or si le petit-fils entre dans le degré que son pere occupoit, s'il vient *ex propria persona*, il est clair qu'il est capable de recueillir la succession de l'ayeul lorsqu'elle est vacante, tout de même que son pere, au degré duquel il monte, auroit pu la recueillir, s'il ne l'avoit pas répudiée, parce que *tantum operatur fictio in casu ficto, quantum veritas in casu vero*, & que le petit-fils entre dans les avantages que le degré que son pere occupoit, lui attribue, sans avoir à craindre les exclusions qu'on auroit pu opposer au pere, & que, selon Ricard de la Représentation, ch. 7, N. 53; & Lebrun, liv. 2, ch. 2, sect. 2, N. 22, le représentant doit avoir nécessairement les avantages du représenté.

52. Si le petit-fils doit être conçu avant la mort de l'ayeul pour pouvoir représenter son pere.

Il est vrai, que Jean Faber, sur le §. *Cum autem*; aux Institutes, de *hæred. quæ ab intestat. deferuntur*; & Lebrun, liv. 1, ch. 3, N. 1, ont cru que le petit-fils, pour pouvoir venir par droit de représentation, doit être conçu lors de la mort de son ayeul, suivant la loi 1, §. *Sciendum*, la loi 6, ff. de *suis & legitim. hæred.* & le §. 8, *Instit. de hæred. quæ ab intestat. deferuntur*.

53. Auteurs pour l'affirmative.

54. Résolution au contraire.

Mais outre que ces Auteurs ne se fondent que sur des loix, qui sont abrogées par la Nouvelle 118, comme nous l'avons établi; d'ailleurs il semble que Lebrun ait changé de sentiment; car après avoir promis de traiter cette question au liv. 3, ch. 5 de la Représentation, sect. 2, où il renvoie, il ne l'a pourtant pas fait: mais il en traite une autre au

QUESTION XLIV. 519

liv. 1, ch. 3, N. 11 ; favoir , si celui qui veut succéder par représentation , doit être conçu du vivant de celui qu'il veut représenter , & la décide en faveur du représentant ; & *Ricard , de la Représentation , ch. 8 , N. 61* , la décide de même , & avec raison sans doute , parce que dès-là que le petit-fils entre dans le degré de son pere , & profite de ses avantages , il doit être considéré tout de même que s'il étoit né dans le même instant que son pere a été conçu ; en sorte qu'il n'y a pas apparence que le défaut de naissance ou de conception , lors de la mort de l'ayeul , puisse être un obstacle qui empêche le petit-fils de venir par représentation en la succession de son ayeul.

55. Le petit-fils représentant son pere , est considéré comme s'il étoit né au moment que son pere est venu au monde.

La question a été jugée pour le petit-fils par Arrêt du Parlement de Toulouse , rendu au rapport de M. de Comere le 14 Août 1725 , en faveur de Demoiselle Anne Martin , contre Jacques Sales , Lautié , Roques , la Demoiselle Verdery , & la Demoiselle Lautié , par lequel Arrêt la Demoiselle Anne Martin , après avoir répudié l'hérédité de Jean Martin II son pere , fut reçue à accepter celle de Jean Martin I , son ayeul paternel , décédé en 1694 , laquelle succession avoit été répudiée par Jean Martin II le 15 Juillet 1701 , long-tems avant la naissance d'Anne Martin ; par où l'on a jugé que le petit-fils peut recueillir de son chef la succession de son ayeul décédé avant la conception. *V. Auzanet en ses Arrêts , liv. 2 , ch. 61.*

QUESTION XLV.

I. Si le légataire de l'usufruit d'une maison peut contraindre le propriétaire à faire les grosses réparations , ou s'il est lui-même obligé de les faire à ses frais , sauf à les répéter après la fin de l'usufruit.

S O M M A I R E S.

1. Deux cas à distinguer dans cette Question.
2. Décision du premier cas.

3. Le propriétaire n'est pas tenu de faire les réparations qu'il convenoit faire, lorsque le testateur est décédé.
4. Exception, lorsque le testateur l'en a chargé expressément.
5. Répétition des réparations permanentes faites par l'usufruitier.
6. Deuxieme cas des grosses réparations qui deviennent nécessaires pendant l'usufruit.
7. L'usufruitier est tenu des menues réparations.
8. Qu'est-ce qu'on entend par menues réparations?
9. Usufruitier dispensé des grosses réparations.
10. Qui est-ce qui doit prendre le soin, & faire les avances des grosses réparations devenues nécessaires pendant l'usufruit?
11. Sentiment de Barthole.
12. Sentiment d'Alexandre.
13. Sentiment de Balde & de Paul de Castro.
14. Raisons pour appuyer le sentiment de Barthole.
15. Raisons du sentiment d'Alexandre.
16. Premiere raison.
17. Deuxieme raison.
18. Troisieme raison.
19. Quatrieme raison.
20. Résolution, que c'est au propriétaire à prendre soin, & faire l'avance des grosses réparations, devenues nécessaires pendant l'usufruit.
21. L'usufruitier doit en faire la dénoncé.
22. Si l'usufruitier les fait, il pourra les répéter sans délai.
23. Quotiens tempus non adjicitur, præsens intelligitur.
24. L'usufruitier peut demander les dommages & intérêts au propriétaire qui n'a pas fait les réparations.
25. La douairiere peut contraindre le propriétaire à faire les réparations qui le regardent.
26. Réponse aux raisons des opinions contraires.
27. Réponse à la raison alléguée par Barthole.
28. Réponse à la premiere raison d'Alexandre.

- 29. Réponse à la deuxième raison.
- 30. Réponse à la troisième raison.
- 31. Différence entre l'usufruitier & l'héritier grevé.
- 32. Réponse à la quatrième raison.

Il faut distinguer deux cas pour l'éclaircissement de cette question. Le premier, regarde les réparations qu'il convenoit de faire lors du décès du testateur, & quand l'usufruit a été ouvert; mais il ne renferme aucune difficulté, parce qu'il a été nettement décidé par la loi 65, §. 1, ff. de usufructu, qui porte, *non magis hæres reficere debet quod vetustate jam deterius factum reliquisset testator, quam si proprietatem alicui testator legasset.* L'héritier ou propriétaire de la maison n'est donc pas tenu de faire ces réparations; il lui suffit de délivrer la maison telle que le testateur l'a laissée, à moins que le testateur ne l'ait chargé par exprès des réparations. L. 46, §. 1, ff. eod. & si l'usufruitier veut en jouir, ce sera à lui à la faire réparer, sauf à répéter les réparations permanentes qu'il aura faites, suivant la loi 7, cod. de usufructu: & comme le propriétaire ne peut pas être forcé de faire ces réparations, il ne pourra pas non-plus être contraint d'en payer le montant, tandis que l'usufruit durera, l'un étant une suite de l'autre; & ce seroit les lui faire faire indirectement, si l'usufruitier pouvoit en demander d'abord la répétition, & par ce moyen on éluderoit la disposition de la loi, qui dispense le propriétaire de faire ces réparations.

Le deuxième cas est, lorsque les grosses réparations ne sont devenues nécessaires que pendant l'usufruit, le testateur ayant laissé la maison en bon état. Il faut d'abord observer, que suivant la loi 7, §. 2, ff. de usufructu, l'usufruitier d'une maison est tenu de faire les réparations, *reficere quoque eum aedes per arbitrium Celsus scribit*; mais il n'est pas tenu généralement à toute sorte de réparations; il doit faire seulement les menues: *modica refectio ad eum pertinet*, dit la même loi, & *ut facta testa habeat*; & dans l'usage, on entend par menues réparations celles qu'on appelle réparations d'entretien, par l'argument pris de la loi 44, ff. de usufructu.

La loi 7, §. 2, ff. de usufructu, décidant que l'u-

1. Deux cas à distinguer dans cette question.

2. Décision du premier cas.

3. Le propriétaire n'est pas tenu de faire les réparations qu'il convenoit faire lorsque le testateur est décédé.

4. Exception lorsque le testateur l'en a chargé expressément.

5. Répétition des réparations permanentes faites par l'usufruitier.

6. Deuxième cas, des grosses réparations qui deviennent nécessaires pendant l'usufruit.

7. L'usufruitier est tenu des menues réparations.

8. Qu'est-ce qu'on entend par menues réparations?

9. Usufruitier dispensé des grosses réparations.

10. Qui est-ce qui doit prendre le soin, & faire les avances des grosses réparations venues nécessaires pendant l'usufruit ?

11. Sentiment de Barthole.

12. Sentiment d'Alexandre.

13. Sentiment de Balde & de Paul de Castro.

14. Raisons pour appuyer le sentiment de Barthole.

15. Raisons du sentiment d'Alexandre.

16. Première raison.

usufruitier n'est tenu que des menues réparations qu'il convient faire pendant l'usufruit, le dispense donc des grosses & des permanentes; mais elle ne dit pas que le propriétaire soit tenu de les faire, & il n'y a aucune autre loi qui l'y assujettisse; c'est ce qui rend le cas douteux, & fait que les Interprètes l'ont décidé diversement. *Barthole*, sur la loi *Dotem*, §. *Qui maximos fructus*, N. 15, ff. de publicanis & vectigalib. soutient que l'usufruitier doit faire faire les grandes réparations, quoiqu'elles ne regardent que le propriétaire; mais à même-tems il peut demander que le propriétaire fournisse aux frais, l'usufruitier n'étant pas tenu d'en faire l'avance.

Alexandre, dans ses notes sur *Barthole*, au lieu préallégué, dit au contraire que l'usufruitier doit faire faire les grandes réparations, & fournir aux frais, qu'il ne pourra répéter que quand l'usufruit sera fini: *Quod impensas quas repetit fructuarius, non repetit nisi finito usufructu.*

Mais *Balde* & *Paul de Castro*, sur la loi *Eum ad quem* 7, cod. de usufructu, tiennent indistinctement que l'usufruitier n'est point chargé de faire faire les grandes réparations, ni d'en avancer les frais. *Paul de Castro* exige seulement qu'il avertisse le propriétaire des réparations qu'il convient de faire; autrement il est responsable des dommages & intérêts, à cause des détériorations survenues.

Pour soutenir son opinion, *Barthole* dit que, suivant la loi 1, §. dernier, ff. usufructuarius quemadmodum caveat, l'usufruitier est chargé du soin de la chose sur laquelle il a l'usufruit: *Omni enim rei curam suscipit*, dit ce §, & par conséquent il doit être chargé du soin & de l'embaras de faire faire les réparations; mais comme l'usufruitier n'est que Procureur *in rem*, il n'est pas obligé de faire l'avance des frais pour les répéter ensuite; mais il peut contraindre le propriétaire de les fournir.

Pour appuyer le sentiment de ceux qui croient que l'usufruitier est non-seulement chargé de faire faire les réparations, mais encore d'en faire l'avance; sauf à les répéter seulement après que l'usufruit sera fini, on peut dire, 1°. qu'il n'y a aucune différence à faire entre les détériorations arrivées pendant la vie du testateur, & celles qui arrivent pendant l'usufruit; voilà pourquoi si le pro-

priétaire n'est pas tenu de réparer les détériorations arrivées pendant la vie du testateur, comme le décide la loi 65, §. 1, ff. de usufruct. il ne doit pas non-plus réparer celles qui sont arrivées pendant l'usufruit, la même raison militante dans l'un & l'autre cas. 2°. Que si la loi 7, §. 2, ff. de usufructu, avoit entendu assujettir le propriétaire à faire les grosses réparations, qui deviennent nécessaires durant l'usufruit, elle n'auroit pas manqué de l'exprimer. 3°. Que les réparations regardent l'usufruitier; de-là vient qu'il est obligé d'en faire l'avance; que s'il a droit d'en répéter la valeur, suivant la loi 7, cod. de usufructu, ce ne peut être que quand l'usufruit a pris fin, auquel tems le propriétaire doit en profiter; & c'est ce qui est décidé de même à l'égard de l'héritier grevé, dans la loi Domus 58, ff. de leg. 1°; & s'il en étoit autrement, le propriétaire souffriroit une perte considérable, en ce qu'il seroit obligé de payer les réparations au-delà de ce qu'elles valent lorsqu'il en profite; ce qui seroit contraire à cette regle qui a été reçue par les Auteurs & entre autres, par Dumoulin, sur la coutume de Paris, §. 1, gloss. 5, N. 113; que celui dans le fonds duquel on a fait des réparations, ne doit en rembourser la valeur, qu'autant qu'elles rendent le fonds plus précieux lorsqu'il est délaissé au propriétaire, & non selon qu'elles coutent. 4°. Que l'usufruit est une servitude, & que la nature des servitudes n'est pas d'obliger le propriétaire du fonds servant à faire quelque chose, mais seulement de souffrir, *servitutum non ea natura est ut aliquid faciat quis, sed ut aliquid patiatut aut non faciat*, dit la loi 15, §. 1, ff. de servitutibus.

17. Deuxième raison.

18. Troisième raison.

19. Quatrième raison.

Toutes ces raisons, & plusieurs autres qu'on pourroit alléguer, ne doivent pas empêcher qu'on ne décide indistinctement, conformément à l'opinion de Balde & de Paul de Castro, que le propriétaire est obligé de faire les grosses réparations, dont la nécessité est survenue pendant l'usufruit, lorsqu'elles lui ont été dénoncées par l'usufruitier, & que celui-ci n'est point obligé ni de donner ses soins pour les faire faire, ni d'en faire l'avance; que s'il en fait les frais, il pourra les répéter sans délai, & avant la fin de l'usufruit: en effet, la loi 7, §. 2, ff. de usufructu, en ne chargeant l'usufruitier que des réparations

20. Résolution, que c'est au propriétaire à prendre soin, & faire l'avance des grosses réparations devenues nécessaires pendant l'usufruit.

21. L'usufruitier doit en faire la dénonce.

22. Si l'usufruitier les fait,

il pourra les ré- d'entretien, rejette bien clairement les grosses sur le pérer sans délai. propriétaire; c'est de quoi *Barthole*, & tous les autres Auteurs conviennent, & avec raison sans doute; puisque d'un côté la loi 20, ff. de danno infecto, décide que la charge de faire les grosses réparations ne regarde pas l'usufruitier, mais bien le propriétaire: *Fruftuarius idèò*, dit la loi, *quia refectio ædium ad ejus ipsius onus non pertinet*; & que d'autre part, lorsque l'usufruitier en fait l'avance, la loi 7, cod. de usufructu, lui en accorde la répétition contre le propriétaire: répétition qui n'a point de terme ni de délai; & par conséquent elle peut être demandée quand les frais en sont faits, & que la preuve en est

23. Quotiens rapportée, parce que *quotiens tempus non adjicitur, prætempus non adjicitur, præsens intelligitur*. L. 41, §. 1, ff. de verb. oblig. §. 14, instit. cod. & L. 14, ff. de reg. jur. Or si la loi accorde à l'usufruitier la répétition sans délai, ni remise des grosses réparations qu'il a faites, il n'y a point de doute, que pour éviter le circuit, il ne puisse contraindre le propriétaire à les faire lui-même à ses frais & dépens; autrement il peut le faire condamner aux dommages & intérêts, à raison des non-jouissances causées par le défaut des réparations qui lui ont été dénoncées, par l'argument tiré de la loi 47, ff. de usufructu; & c'est sur ces principes que *Charondas*, sur l'art. 262 de la coutume de Paris, décide que la douairière qui n'a qu'un simple usufruit, peut contraindre le propriétaire à faire les réparations qui le regardent.

24. Usufruitier peut demander les dommages & intérêts au propriétaire qui n'a pas fait les réparations.

25. La douairière peut contraindre le propriétaire à faire les réparations qui le regardent.

26. Réponse aux raisons des opinions contraires.

27. Réponse à la raison alléguée par *Barthole*.

On répond facilement aux fondemens des opinions de *Barthole* & d'*Alexandre*: à commencer par celui que *Barthole* tire de la loi 1, §. dernier, ff. usufructuarius quemadmod. caveat, il est vrai que l'usufruitier est chargé du soin de la chose dont il a l'usufruit, & qu'il doit veiller à sa conservation, *custodiam præstare debet*, comme dit la loi 2, ff. eod. mais cela ne peut aboutir qu'à le charger du soin d'avertir le propriétaire des grosses réparations qu'il convient faire, comme l'a remarqué *Paul de Castro* sur la loi *Eum ad quem* 7, cod. de usufructu; & après lui *Ferrières*, sur la question 477 de *Guipape*; & *Argenté*, sur l'art. 442, gloss. 5 de la coutume de Bretagne; mais non pas à le charger du soin de faire faire les grosses réparations qui regardent le propriétaire, & qui ne sont point une charge de l'usufruitier, comme

le dit la loi 20, ff. de damno infecto, & que les mêmes Auteurs le décident.

Pour ce qui est des raisons employées pour soutenir l'opinion d'*Alexandre*, on répond à la première, en observant qu'il y a une grande différence à faire entre les détériorations arrivées pendant la vie du testateur, & celles qui sont survenues pendant l'usufruit, le propriétaire est déchargé expressément des premières, au lieu qu'il est chargé des autres; ainsi ce qui est décidé pour les unes, ne peut pas être appliqué aux autres.

28. Réponse à la première raison d'*Alexandre*.

La deuxième, tirée de la loi 7, §. 2, ff. de usufructu, se renverse contre le propriétaire, parce que, comme nous l'avons observé, dès-là que l'usufruitier est déchargé des grosses réparations, le propriétaire en est chargé lui-même; car il n'y a point d'apparence que la loi veuille qu'on lui laisse tomber la maison, faute de réparations; & puisqu'il faut que quelqu'un les fasse, dès-là que l'usufruitier en est dispensé, il faut nécessairement que le propriétaire soit obligé de les faire, afin que la maison soit entretenue dans le même état où le testateur l'a laissée; & comme la loi veut que l'usufruitier puisse être contraint de faire les menues réparations, elle veut aussi par la raison des contraires, que l'usufruitier puisse contraindre le propriétaire à faire les grosses, afin que l'usufruit ne soit pas inutile.

29. Réponse à la deuxième raison.

Il importe peu de dire que les réparations regardent l'utilité présente de l'usufruitier, & que les réparations ne doivent être remboursées que suivant leur valeur au tems que la chose est rendue; car le propriétaire étant chargé des grosses réparations, de l'aveu de tous les Auteurs, il doit les faire, afin que la maison soit entretenue dans un état suffisant, & que l'usufruit puisse être perçu, sans qu'on doive examiner si la valeur des réparations sera diminuée par l'usufruit.

30. Réponse à la troisième raison.

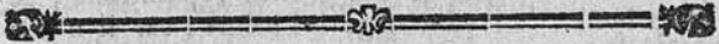
La loi 58, ff. de leg. 1^o. est étrangère & mal appliquée, parce qu'il y a une grande différence entre l'usufruitier & l'héritier grevé, qui est vrai propriétaire avant l'événement du fidéicommissaire; voilà pourquoi les réparations qu'il fait le regardent jusqu'à ce que le fidéicommissaire soit ou-

31. Différence entre l'usufruitier & l'héritier grevé.

vert, au lieu que l'usufruitier n'a qu'une simple servitude, & que les grosses réparations ne le regardent pas, mais bien le propriétaire qui en est chargé.

32. Réponse
à la quatrième
raison.

Enfin, il n'est pas vrai indistinctement que celui qui doit une servitude ne soit pas obligé de faire quelque chose, puisque la loi 6, §. 2, ff. *si servitus vindicetur*, décide que celui qui doit la servitude *oneris ferendi*, doit réparer le mur sujet à la servitude; & d'ailleurs l'usufruit ne se règle pas en tout comme les autres servitudes, puisque les loix & les Auteurs ont marqué & distingué les réparations qui regardent l'usufruitier, d'avec celles qui sont une charge du propriétaire.



QUESTION XLVI.

- I. De quelle manière doit-on entendre la règle établie par les Loix, que les dispositions du testateur doivent dépendre de sa volonté, & non de celle d'autrui?
- II. Si le mari peut donner à sa femme ou à un tiers, le pouvoir d'augmenter les legs qu'il a fait à ses enfans, ou à d'autres personnes.
- III. Si la femme, ou le tiers auxquels ce pouvoir a été accordé, peuvent augmenter les legs au-delà de la légitime, & quelle doit être la règle & la mesure de cette augmentation?

S O M M A I R E S.

1. D'où vient que la première difficulté est intriquée?
2. Contrariété dans les Loix.
3. La conciliation des Interprètes est mauvaise.
4. *Leges legibus concordare promptum est.*
5. Distinctions faites par Ricard.

6. *Quatre choses à considérer pour l'éclaircissement de la matiere.*
7. *Le testateur peut commettre à un tiers le choix d'une personne entre plusieurs qui sont certaines.*
8. *La disposition vaut, quoiqu'elle dépende de la volonté d'autrui par forme de condition.*
9. *La disposition vaut, quand elle est laissée à l'héritier ou à untiers, tanquam arbitrio boni viri.*
10. *Recours à un autre estimateur.*
11. *Réfutation de l'opinion de Ricard.*
12. *De la disposition qui dépend de la volonté du légataire par forme de condition.*
13. *De la volonté par forme de condition négative.*
14. *De la disposition faite cum hæres voluerit.*
15. *Si l'héritier peut varier, après avoir déclaré sa volonté.*
16. *Différence entre les commis à la pure volonté de l'héritier, ou d'un tiers, & ceux qui sont commis à volonté comme condition.*
17. *Conciliation des Loix opposées.*
18. *La regle générale ne doit pas être confondue avec les décisions particulieres qui servent d'explication.*
19. *Examen de l'opinion commune des Docteurs.*
20. *Elle est contraire aux termes des Loix.*
21. *En conciliant les Loix, il faut conserver le sens que les termes exigent.*
22. *Suite de la réfutation de l'opinion des Docteurs.*
22. bis. *Les termes in aliena voluntate, ne se restreignent pas à la volonté du légataire.*
23. *Preuve.*
24. *Explication de la Loi 43, §. 3, ff. de leg. 1.*
25. *Le testateur peut s'en remettre à la pure volonté de l'héritier pour le terme du paiement.*
26. *Il n'y a point de différence en la disposition qui porte hæredis vel Titii arbitrio, ou bien si hæres vel Titius arbitrati fuerint.*
27. *S'il faut faire différence entre la volonté de*

l'héritier & celle du tiers, pour savoir si elle est considérée comme condition.

28. *La volonté du tiers est considérée comme plenum & liberum arbitrium, s'il n'appert du contraire.*
29. *Quand le testateur commet à un tiers la substance de la disposition, elle est nulle.*
30. *Testamentorum jura per se firma esse oportet.*
31. *Quid si le testateur donne pouvoir de nommer pour héritier un de ses enfans.*
32. *Cas où l'incertitude ne vicie pas la disposition.*
33. *Décision de la deuxième difficulté.*
34. *Examen de la troisième difficulté.*
35. *Deux manières de s'en remettre à la volonté d'autrui. Voluntas libera. Arbitrium boni viri.*
36. *Plenum arbitrium. Arbitrium boni viri.*
37. *Distinction entre liberum arbitrium pour la substance du legs, ou pour la mesure du legs.*
38. *Le liberum arbitrium sur la qualité du legs, est fondé sur la volonté du testateur, la personne choisie est nudus minister.*
39. *De la distribution des biens, suivant la volonté d'un ami du testateur.*
40. *Comment peut-on connoître si le tuteur a commis liberum arbitrium, ou arbitrium boni viri?*
41. *Dans quel cas le testateur est censé s'en être remis au plein arbitre?*
42. *Quelles sont les paroles qui confèrent le libre arbitre?*
43. *Quel est le pouvoir de celui qui doit régler arbitrio boni viri?*
44. *Circonstances à examiner.*
45. *Recours à un autre estimateur.*
46. *La légitime n'est pas la règle de ce pouvoir.*
47. *Quel est le pouvoir de celui qui a un plein & libre arbitre?*
48. *Quels sont les motifs qui engagent à accorder le plein pouvoir?*
49. *Quelle est l'étendue du libre arbitre?*
50. *Restriction ajoutée au sentiment de Menochius.*

§ 1. Explication du sentiment d'Henris, & de l'Ar-
rêt qu'il rapporte.

Il n'y a point dans tout le droit de difficulté plus
intriquée que la premiere de celles que nous
avons proposées dans cette question ; cela vient de
ce que les loix qui se contredisent, se servent des
mêmes paroles pour décider l'affirmative & la négative.
En effet, la loi *Nonnumquam* 52, ff. de condit.
& demonstrat. dit, *in alienam voluntatem conferri legatum
non potest*, & la loi *Senatus* 43, §. 2, ff. de leg. 1, dit
au contraire, *legatum in aliena voluntate poni potest*,
in hæredis non potest ; dans l'une & l'autre de ces loix,
les mots *aliena voluntas* ont sans doute la même si-
gnification, & se rapportent clairement à la volonté
d'autrui indéfiniment ; & par conséquent on ne peut
pas concilier ces loix en restreignant, comme ont
voulu faire les Interprètes, les mots *in aliena volun-
tate* qui se trouvent dans la loi 43, §. 2, ff. de leg.
1, & les appliquant à la volonté du légataire, parce
qu'ils ne sont pas susceptibles de cette restriction,
sans faire violence aux paroles, & à l'esprit du Ju-
risconsulte, qui a décidé en général que le legs ne
devoit pas dépendre de la volonté de tout autre,
in aliena voluntate poni potest. Il faut donc en chercher
la conciliation ailleurs, & les expliquer par d'autres
loix, parce que *Leges legibus concordare promptum est*,
aux termes de la loi *un. cod. de inoff. dot.*

Ricard, dans son traité des donations, tom. 1, part.
1, ch. 3, sect. 12, a fait plusieurs distinctions, & a
posé trois exemples qui sont très-propres pour ap-
pliquer la matiere, & faire connoître le véritable
esprit des loix qui paroissent opposées. Nous adop-
tons volontiers ces trois exemples, parce qu'ils sont
très-bien fondés sur les loix qu'il rapporte ; mais nous
croyons que cet Auteur s'est écarté de la vérité,
lorsqu'il a voulu combattre l'opinion de M. Cujas,
& qu'il a voulu donner à la loi 1, ff. de leg. 2, &
aux autres loix, une explication différente de celle
que ce Docteur leur a donné ; ainsi nous croyons
qu'il faut considérer quatre choses dans la matiere
des dispositions renvoyées à la volonté d'autrui.
La premiere, est la pure & libre volonté qui rend
la disposition nulle. La deuxieme, est la volonté con-
sidérée comme condition, qui la rend condition-

1. D'où vient
que la premiere
difficulté est in-
triquée ?

2. Contrariété
dans les Loix.

3. La conci-
liation des In-
terprètes est
mauvaise.

4. *Leges legi-
bus concordare
promptum est.*

5. Distinctions
faites par Ri-
card.

6. Quatre
choses à consi-
dérer pour l'é-
claircissement
de la matiere.

nelle. La troisieme, est la volonté réglée *arbitrio boni viri*, qui la rend bonne & sans complication de condition. Et la quatrieme, la volonté apposée pour condition résolutive de la disposition. Tout cela sera éclairci par les différens cas dont nous allons faire le détail.

7. Le testateur peut commettre à un tiers le choix d'une personne entre plusieurs qui sont certaines.

Premièrement, il est certain que quand le legs est déterminé, & que le testateur n'a fait que commettre à l'héritier, ou à un tiers, l'élection de la personne du légataire parmi un certain nombre de personnes éligibles, ou le choix de la chose léguée entre plusieurs qui sont désignés, ou du tems, la disposition est valable; cela est expressément décidé par la loi 7, §. 1, *ff. de reb. dubiis*, & par les autres textes rapportés par Ricard, au lieu préallégué, N^o. 572.

8. La disposition vaut, quoiqu'elle dépende de la volonté d'autrui par forme de condition.

En deuxieme lieu, il n'y a pas non-plus de doute que la disposition ne soit valable, lorsqu'elle est faite sous une condition, quoiqu'elle dépende absolument de la volonté d'un tiers; comme par exemple, *Titio decem do, lego, si Mævius in Capitolium ascenderit*, & quoiqu'il dépende de la volonté de Mævius de monter ou de ne pas monter au Capitole, & de rendre la disposition inutile: comme ce n'est pas sa volonté qu'on considère, mais seulement la condition, la disposition doit être exécutée, si la condition arrive; *L. Nonnumquam 52, ff. de condit. & demonstrat. l. 60, ff. de hæred. instit. & l. 3, ff. de leg. 2*; ce qui a lieu, quoique la condition dépende de la volonté de l'héritier, comme dans le cas de la loi 3, *ff. de leg. 2*.

9. La disposition vaut, quand elle est laissée à l'héritier ou à un tiers, *tamquam arbitrio boni viri*.

En troisieme lieu, la disposition est encore valable, lorsqu'elle est laissée à la volonté d'une tierce personne, ou même de l'héritier, lorsqu'il paroît que la pensée du testateur a été de s'en rapporter à eux, *tamquam in arbitrium boni viri*, auquel cas, si l'avis du tiers ou de l'héritier n'est pas conforme à la raison & à l'équité, le légataire pourra faire ordonner qu'il sera convenu d'un autre Prud'homme pour arbitrer ou estimer, conformément à la volonté du testateur; *l. 22, §. 1, ff. de reg. jur.* On voit des exemples de ces sortes de dispositions dans la loi 75, *ff. de leg. 1*, dans la loi 1, §. 1, *ff. de leg. 2*, & dans les autres rapportées par Ricard, au lieu préallégué, N^o. 575; & M. Dufaur de S. Jory, sur la loi

10. Recours à une autre estimateur.

22, ff. de reg. jur. a pris soin de ramasser tous les termes dont les loix font mention, lorsque le testateur s'en est remis à la volonté de l'héritier, *tantum in arbitrio boni viri*, comme s'il dit: *Si fueris arbitratus, si putaveris, si existimaveris, si comprobaveris, si aestimaveris, si justum putaveris, si utile tibi fuerit visum, vel videbitur, si te non offenderit, si meruerit.*

Voilà les trois exemples auxquels Ricard s'est borné: il croit au N^o. 576, que dans tous les autres cas, les dispositions testamentaires ne peuvent avoir aucun effet, si le testateur s'en est rapporté à la volonté d'un tiers, ou de l'héritier, suivant la décision de la loi 32, de la loi 68, ff. de hæred. instit. de la loi 23, ff. de Testam. tut. de la loi 11, §. 5, ff. de leg. 3, & de la loi 52, ff. de condit. & demonstrat. mais ces trois exemples ne comprennent pas tous les différens cas que les loix ont décidés; voilà pourquoi nous allons rapporter & expliquer les autres.

11. Réfutation de l'opinion de Ricard.

En quatrieme lieu, la disposition peut être faite, de maniere qu'elle dépende de la volonté de celui en faveur duquel elle est faite par maniere de condition, comme s'il est dit: je legue à Titius cent écus, ou je l'institue héritier, s'il le veut; l. 86, ff. de hæred. instit. l. 12, ff. de condit. instit. l. 69, ff. de leg. 1, auquel cas la disposition est bonne, lorsque l'héritier ou le légataire auront déclaré leur volonté; & s'ils ne la déclarent point, elle est nulle, faute d'accomplissement de la condition.

12. De la disposition qui dépend de la volonté du légataire par forme de condition.

En cinquieme lieu, si le legs est fait en cette forme, *nisi hæres meus noluerit, illi decem dari volo*, les fideïcommis ou legs valent comme faits sous la condition que l'héritier ne les désapprouve pas; & il suffit qu'il ait une fois déclaré sa volonté & donné son consentement, pour que la disposition doive sortir son effet, sans qu'il dépende de l'héritier de se retracter, ni de se repentir en changeant de volonté; l. Fideicommissa 11, §. 5, ff. de leg. 3, la raison est, parce que la disposition n'est pas conférée à la pure volonté de l'héritier quant à la substance, mais par forme de condition, selon M. Dufaur, au lieu préallégué, ou, comme dit M. Cujas sur la loi 1, ff. de leg. 2: *Quia scilicet non in dando legato, sed post datum legatum mera voluntas hæredis inseritur.*

13. De la volonté par forme de condition négative.

En fixieme lieu, il en est de même, si le legs est fait avec cette addition *cùm voluerit hæres*; car il n'est

14. De la disposition faite *cùm hæres voluerit.*

pas nul, mais il est censé fait sous condition : toute fois l'héritier ne pourra point être forcé d'en faire le paiement pendant sa vie, parce que *tractum habet*; & que d'ailleurs il dépend de lui de le rendre inutile en déclarant sa volonté; mais s'il décède sans avoir payé le legs, après l'avoir approuvé, son héritier devra le payer; que si le légataire meurt avant que l'héritier déclare sa volonté, il ne transmettra point le legs à ses héritiers, parce qu'il est conditionnel; *l. fideicommissa* 11, §. 6, *ff. de leg. 3*, suivant l'explication de la Glose sur cette loi; & de *M. Cujas* sur la loi 1, *ff. de leg. 2*. Mais, selon ce dernier Docteur, l'héritier peut dans ce cas varier pendant toute sa vie, à la différence du précédent. Le cas que nous venons de poser est particulier, & il ne faut pas le confondre avec la règle générale, qui veut que le legs soit nul, lorsqu'il dépend absolument de la volonté pure de l'héritier, comme s'il est dit, *se voluerit*; ainsi que le décide la même loi, §. 7.

15. Si l'héritier peut varier, après avoir déclaré sa volonté.

16. Différence entre les legs commis à la pure volonté de l'héritier ou d'un tiers, & ceux qui sont commis à leur volonté comme condition.

Des deux derniers cas que nous venons de rapporter, & qui sont décidés par la loi 11, §§. 5, 6 & 7, *ff. de leg. 3*, il résulte clairement qu'il y a une grande différence à faire entre les dispositions qui sont commises à la pure volonté de l'héritier, ou d'un tiers, & celles qui sont commises à leur volonté comme condition; la même distinction est autorisée encore plus précisément par la loi 1, *ff. de leg. 2*; distinction qui a été fort judicieusement observée par *M. Cujas* sur cette loi 1, en ces termes: *Aut principalis origo & constitutio legati ponitur in mera voluntate alterius, ut is sit autor, & dandi legati, & hoc si sensit is qui mihi sic legavit, si Caius voluerit, is si totum posuit in voluntate Caii inutile legatum est. dict. L. nonnumquam; quia cum testamentum sit voluntatis nostrae testatio, quæ in eo scripta sunt non aliter rata testamentove scripta videntur, quam si ex nostra voluntate originem capiant; aut his verbis, si Caius voluerit, injicere testator conditionem voluit legato, & hoc casu valebit legatum: legatum enim non tantum eam conditionem recipit, quæ in casum confertur, & vulgò casualis appellatur; sed etiam quæ confertur in factum alterius, vel quæ in voluntatem alterius, & conditionem facit voluntas defuncti soli, non figura verborum. L. In conditionibus, §. 1, infra de condit. & demonstrat. Nam non ad verba, sed ad ea quæ ex verbis testator intelligi voluit testatori obtemperandum est.* Ainsi toute

la

La difficulté consiste à démêler par les paroles du testament & par les circonstances, quels sont les cas où le testateur s'en est remis à la pure volonté de l'héritier ou d'un tiers, d'avec ceux auxquels leur volonté doit être prise comme une condition; c'est de cette manière, selon ce Docteur, au lieu préalégué, & dans ses *Observations*, lib. 2, cap. 2, qu'il faut concilier la loi 43, §. 2, ff. de leg. 1, avec la loi 52, ff. de condit. & demonstrat. & son sentiment, qui est approuvé par M. Dufaur de Saint Jory sur la loi 22, ff. de regulis jur. mérite la préférence, parce qu'il est fondé sur les loix précises; & qu'en suivant l'avis d'Accurse, & des Interprètes, qui a été embrassé par Ricard, les cas particuliers décidés par la loi 11, §§. 5, 6 & 7, se trouvent confondus avec la regle générale; cependant c'est une maxime reçue parmi les Interprètes, & dans l'usage, qu'il faut distinguer les décisions particulieres qui doivent servir d'exception ou d'explication aux regles générales, lesquelles ne peuvent point être appliquées aux cas particuliers, quand la loi y a pourvu spécialement.

Voyons présentement si l'opinion commune des Docteurs est fondée. Ils veulent que la loi 43, §. 2, ff. de leg. 1, en disant, *legatum in aliena voluntate poni potest*, ne doit être entendue que de la volonté du légataire, qui est étranger par rapport à l'héritier; que cette loi ainsi expliquée correspond à la loi 68, ff. de hered. instit. & à la loi 65, §. 1, ff. de leg. 1, & que le §. 3, de la loi 43, de leg. 1, convient à cette explication, en enseignant de quelle façon on peut être légué à soi-même, *qui ab hostibus redemptus est legari sibi potest*.

Mais ¶ cela est absurde, parce que le légataire n'est pas étranger à la disposition qui est faite en sa faveur; d'ailleurs le mot *aliena* n'a jamais pu être entendu que d'une personne absolument étrangere & non intéressée à la disposition, comme le remarque fort bien *Donellus in commentar. Juris civilis*, lib. 8, cap. 15; ¶ & il est facile de s'appercevoir qu'une telle explication donne atteinte, non seulement aux termes, mais encore à l'esprit de la loi; car, comme nous l'avons déjà observé ci-dessus, les mots *in aliena voluntate*, qui se trouvent dans les deux loix contraires, signifient la même chose; c'est-à-dire, la volonté d'autrui, & doivent avoir la même étendue.

17. Conciliation des Loix opposées.

18. La regle générale ne doit pas être confondue avec les décisions particulieres qui servent d'exception ou d'explication.

19. Examen de l'opinion commune des Docteurs.

20. Elle est contraire aux termes des loix.

due ; d'autant mieux que la loi 43, §. 2, déclare qu'on ne peut pas s'en remettre de la même manière à la volonté de l'héritier, *in hæredis non potest* : il n'y a donc que la volonté pure & libre de l'héritier qui soit exceptée.

21. En conciliant les Loix, il faut conserver les sens que les termes exigent.

Or étant indispensable de concilier ces deux loix opposées, il faut le faire de manière qu'on conserve les sens que les termes desirent ; & par conséquent la conciliation de *M. Cujas* est plus naturelle & plus raisonnable, parce qu'elle conserve à la loi 43, §. 2, ff. de leg. 1, toute l'étendue que les termes *in aliena voluntate* exigent, & qu'elle ne lui donne point une restriction forcée & contraire au sens de ses paroles.

22. Suite de la réfutation de l'opinion des Docteurs.

D'ailleurs la loi 1, ff. de leg. 2, détruit visiblement l'opinion commune des Interprètes : elle porte *in arbitrium alterius conferri legatum veluti conditio, potest ; quid enim interest si Titius in Capitolium ascenderit mihi legetur, an si voluerit ?* Il paroît de ces termes, que les mots *arbitrium alterius*, ne signifient autre chose que la volonté d'un autre, que *M. Cujas* appelle *liberum arbitrium* ; & ce qui le prouve, c'est que le Jurisconsulte ajoute qu'il n'y a aucune différence à faire entre le legs fait sous cette condition : Si Titius monte au Capitole, ou s'il veut que le legs soit fait, *si voluerit*. Or ces derniers mots ne signifient pas l'arbitrage ou la volonté réglée, *arbitrio boni viri*, comme le prouvent les §§. 5, 6 & 7 de la loi 11, ff. de leg. 3, qui est du même Jurisconsulte Ulpien, Auteur de la loi 1, ff. de leg. 2, & la différence que l'on découvre dans les termes dont est conçu le commencement de la loi 1, ff. de leg. 2, & ceux du §. 1 de la même loi ; mais la seule volonté *liberum arbitrium*.

22. bis. Les termes *in aliena voluntate*, ne se restreignent pas à la volonté du légataire.

23. Preuves.

Cette volonté d'un autre, de laquelle le legs peut dépendre, n'est pas la volonté du légataire, comme certains Auteurs l'ont cru mal-à-propos, mais bien la volonté d'un tiers ; la preuve en est dans la même loi 1, ff. de leg. 2, lorsqu'elle dit : *Quid enim interest si Titius in Capitolium ascenderit mihi legetur ? An si voluerit ?* D'où il paroît clairement que la personne du légataire, & celle à la volonté de laquelle le legs a été remis comme condition, sont différentes ; car aux termes de la loi : Je suis le légataire, *mihi legetur*, & Titius doit témoigner sa volonté, *si voluerit* ; il doit la témoigner par forme de condition, *veluti conditio* ; ainsi il est clair qu'il y a différence entre la

volonté d'une tierce personne, de laquelle le testateur fait dépendre le legs comme d'une condition, & la volonté absolue du tiers, & sans condition, *tanquam principalis origo, & constitutio legati*: celle-ci annulle la disposition, & celle-là ne la rend que conditionnelle; & par conséquent la solution des Interprètes qui n'admet pas cette distinction, est visiblement fautive.

Cela est encore confirmé par la loi 46, §. 2, ff. de fideicommiss. libert. où le même Jurisconsulte Ulpien décide que le legs de la liberté fait à l'Esclavage, si Titius le veut, est bon, parce que la volonté de Titius doit être considérée comme une condition, *mihî videtur, dit la loi, posse dici valere libertatem, quia conditio potius est.*

Enfin, c'est pour n'avoir pas pris garde à cette distinction, que les Interprètes se sont mis dans l'impossibilité de concilier les loix qui semblent se contrarier, qu'ils se sont jettés dans des embarras inextricables, & qu'ils ont formé une foule de décisions, & de distinctions fausses & erronnées.

Du reste, le §. 3 de la loi 43, ff. de leg. 1, ne fait rien à la question, parce qu'il n'a aucune liaison avec le §. précédent. Ce §. 3 décide que celui qui a racheté un prisonnier de guerre, peut le léguer à lui-même; c'est-à-dire, qu'il peut lui léguer le prix qu'il a payé pour le rachat; ce qui n'a rien de commun avec les dispositions remises à la volonté d'un tiers.

En septieme lieu, quoique le testateur ne puisse pas s'en rapporter à la volonté absolue de son héritier pour la substance du legs; c'est-à-dire, *an debeatur, l. 46, §. 4, ff. de fideicommiss. libert. l. 32, l. 68, ff. de hered. instit. l. 7, §. 7, ff. de leg. 3*, & plusieurs autres: toutefois il peut s'en rapporter à la volonté de l'héritier pour le tems auquel le legs pourra être dû: *Quando tamen debeatur conferri potest, dit la loi 46, §. 4, ff. de fideic. libert.*

En huitieme lieu: il est indifférent quand le testateur s'en est remis au jugement ou à l'arbitrage d'un tiers, ou de son héritier, qu'il ait dit, *arbitrio hæredis, vel Titii*, ou bien *si hæres vel Titius fuerint*; car dans l'un & l'autre cas, la disposition est pure, & ne renferme point de condition; mais elle se réduit *ad arbitrium boni viri*; en sorte que si Titius ou l'héritier n'ont pas arbitré, on peut recourir à d'au-

24. Explication de la Loi 43, §. 3, ff. de leg. 1.

25. Le testateur peut remettre à la pure volonté de l'héritier pour le terme du paiement.

26. Il n'y a point de différence entre la disposition qui porte *hæredis vel Titii arbitrio*, ou bien *si hæres vel Titius arbitrio fuerint*,

tres Prud'hommes ou Experts, pour exécuter la volonté du défunt; c'est ce qui résulte de la loi 11, §. *Quamquam* 7, ff. de leg. 3, comme l'a fort bien remarqué *M. Cujas* sur la loi 1, ff. de leg. 2, où il réfute le sentiment d'*Accursè*, qui a cru que quand le testateur a dit, *si arbitratus fuerit*, la disposition est conditionnelle.

27. S'il faut faire différence entre la volonté de l'héritier & celle du tiers, pour savoir si elle est considérée comme condition.

28. La volonté du tiers est considérée comme *plenum & liberum arbitrium*, s'il n'appert du contraire.

29. Quand le testateur commet à un tiers la substance de la disposition, elle est nulle.

30. *Testamentorum jura per se firma esse oportet.*

31. *Quid si le testateur donne pouvoir de nommer pour héritier un de ses enfans,*

En neuvieme lieu : selon *M. Cujas* sur la loi 43, §. 2, ff. de leg. 1, & dans ses observations, lib. 2, cap. 2; & *M. Dufaur*, sur la loi 22, ff. de reg. jur. il faut faire différence entre la volonté de l'héritier & celle d'un tiers, lorsque le testateur dit : Je legue, si mon héritier le veut, *si voluerit hæres* : dans ce cas la volonté de l'héritier ne peut jamais être prise pour condition, excepté en faveur de la liberté, à cause de sa faveur spéciale. l. 46, ff. de fideicommiss. libert. Mais il en est autrement à l'égard de la volonté du tiers, qui peut être considérée *tanquam plenum & liberum arbitrium*, ou comme condition, selon les circonstances, & la présumée volonté du testateur; que si la volonté n'est pas claire, il faut croire que le testateur s'en est remis à la volonté absolue du tiers, & déclarer nulle la disposition; car dans le doute, on ne doit pas présumer qu'il s'en est rapporté à la volonté comme condition, ou *tanquam in arbitrium boni viri*, selon *M. Dufaur*, au lieu préallégué, qui dit : *Itemque ut quod extraneum attinet non aliter valeat quod relictum est, nisi manifesta sit voluntas testatoris, ea formula totum non ponentis in extranei arbitrio, sed quasi in conditione, & boni viri voluntate.*

En dixieme lieu : il résulte de ce que nous avons dit ci-dessus, que si le testateur commet à un tiers la substance de sa disposition, comme parlent les Docteurs, & lui donne vaguement le pouvoir de nommer son héritier, ou s'il dit qu'il institue celui qu'un tiers choisira pour son héritier, la disposition est nulle & inutile, parce que *Testamentorum jura per se firma esse oportet, non ex alieno arbitrio pendere*; l. 32 & 68, ff. de hæred. instituendis, & d'ailleurs à cause de l'incertitude absolue de la personne de l'héritier, §. 26, instit. de leg. C'est ainsi que le Parlement de Toulouse l'a jugé par un Arrêt du mois de Mars 1645, rapporté par *Albert*, verb. (Testament) Art. 15.

Mais si le testateur donne pouvoir à sa femme, ou à un tiers, de nommer pour héritier un de leurs enfans communs, ou une personne qui sera choisie parmi un certain nombre, la disposition sera bonne

& valable, parce qu'alors il n'y a pas une incertitude absolue, que la disposition est dirigée en faveur d'une personne incertaine à la vérité; mais elle doit être choisie parmi le nombre de quelques personnes certaines, *ex certo genere*, & que la substance de la disposition & de l'institution ne dépend pas de la volonté de la personne à laquelle le pouvoir a été donné; mais elle n'a que le choix de la personne. *L. Utrum 7, §. 1, ff. de reb. dub. Nec enim*, dit cette loi, *in arbitrio ejus qui rogatus est positum est, an animo velit restituere, sed cui potius restituas: plurimum enim interest, utrum in potestate ejus quem testator obligari cogitat, faciat si velit dare, an post necessitatem dandi, solius distribuendi liberum arbitrium concedit.* C'est ainsi que le décide *Me. Claude Henrys*, tom. 1, liv. 5, quest. 15; & *Ricard*, tom. 1, des donations, part. 1, N. 586, 587 & 588, le confirme par des exemples anciens, & par des Arrêts. C'est aussi le sentiment de *Grassus* & des Docteurs par lui cités, §. *Instituto*, quæst. 18, N. 6. ¶ Enfin, nous observons qu'il peut arriver que la disposition sera conférée, ou à la volonté de l'héritier, ou à celle du légataire, ou à celle d'un tiers.

Si elle est remise à la pure volonté de l'héritier, comme s'il dit, *si voluerit hæres*, la disposition est nulle, parce qu'elle est inefficace, & qu'il dépend de lui d'être obligé ou non, tout comme l'obligation est nulle, lorsqu'elle est conférée à la pure volonté du débiteur; *L. 8, ff. de oblig. & act.* C'est ce qui est nettement décidé dans le cas d'un legs ou d'un fidéicommissé laissé, *si voluerit hæres*, par la loi 11, §. 7, *ff. de leg. 3*; la loi 46, §. 3, *ff. de fideicomm. libert.* & la loi 43, §. 2, *de leg. 1*, & l'on ne peut excepter de cette règle que le seul cas du fidéicommissé de la liberté dont l'héritier est chargé, *si voluerit*; & cela à cause de la faveur de la liberté; car toute autre disposition ainsi conçue, même le legs de la liberté fait *jure directo*, est nulle; & c'est ainsi qu'il faut concilier la loi 46, *in princ. ff. de fideicomm. libert.* avec le §. 3 de la même loi; mais elle n'est pas nulle, si elle est conférée à la volonté de l'héritier ou du légataire, pour savoir s'il veut accepter l'institution ou le legs; *L. 86, ff. de hæred. instit. L. 12, ff. de condit. instit. & L. 65, §. 1. ff. de leg. 1.*

Que si la disposition est laissée, non à la pure

volonté de l'héritier, mais à son arbitre, *si aestimaverit, si justum putaverit*, & autres expressions rapportées ci-dessus, elle sera efficace: elle ne sera pas même conditionnelle, comme nous l'avons dit ci-dessus; & cela est fondé sur la loi 75, ff. de leg. 1; la loi 11, §. 7, ff. de leg. 3, & la loi 46, §. 3, ff. de fideicomm. libert. A l'égard de la disposition conférée à la volonté d'un tiers, si cette volonté est pure & libre, la disposition est nulle; L. 52, ff. de condict. & demonstr. suivant la commune opinion des Auteurs; mais elle est efficace: elle n'est pas même conditionnelle quand elle est conférée à la volonté d'un tiers, comme Arbitrateur, aiasi que nous l'avons dit. Du reste, Ricard confond mal-à-propos les termes *si voluerit, si ei habuerit*, qui marquent une volonté pure & libre, avec les mots *si aestimaverit, si justum putaverit*, & autres semblables, qui marquent une volonté réglée, *arbitrio boni viri*, vu que cette confusion blesse visiblement la loi 11, §. 7, ff. de leg. 3; & la loi 46, §. 3, ff. de fideicomm. & fortalib. qui ont fort bien distingué ces différens termes ¶. Voilà pour ce qui regarde notre première difficulté, que nous croyons avoir suffisamment éclaircie.

33. Décision de la deuxième difficulté.

Venons à la deuxième. Ce que nous avons dit ci-dessus en rend la décision facile, ou pour mieux dire, la décide nettement; car s'il est permis à un testateur de commettre à un tiers la libre distribution de ses biens en faveur d'un certain nombre de personnes, *ex certa genere*, comme le décide textuellement la loi 7, §. 1, ff. de rebus dubiis; & si les loix lui permettent encore de s'en remettre à la volonté d'un tiers par forme de condition, ou bien *tantum in arbitrium boni viri*, il est clair qu'il peut donner à sa femme, ou à toute autre personne qu'il lui plaira, le pouvoir d'augmenter ou de diminuer les legs qu'il a faits dans son testament.

34. Examen de la troisième difficulté.

35. Deux manières de s'en remettre à la volonté d'autrui. *Voluntas libera. Arbitrium boni viri.*

A l'égard de la troisième difficulté, il faut observer que le testateur peut, pour l'augmentation des legs, s'en remettre à la libre volonté de sa femme, ou de toute autre personne, ou bien à leur volonté réglée *arbitrio boni viri*; car, comme l'a fort bien remarqué M. Cujas sur la loi 43, §. 2, ff. de leg. 1, sur le fondement de la loi *Hæc venditio 7, ff. de contrahend. emptione, est arbitrium liberum, est & arbitrium*

Boni viri ; il enseigne la même chose au *Liv. 2 de ses observations*, chap. 2, après la loi 11, §. *Quanquam* 7, ff. de leg. 3, qui distingue *plenum arbitrium*, avec *arbitrium boni viri*.

Pour parvenir à un parfait éclaircissement, il ne faut pas omettre la différence qu'on doit faire dans cette matière, entre la substance du legs renvoyée au plein & libre arbitre d'une tierce personne ; ce qui le rend nul. *L. 32, ff. de hæred. instit. L. Nonnumquam 52, ff. de condit. & demonstrat. & Godefroy sur la loi 7, §. 1, ff. de reb. dub.* d'avec le plein & libre arbitre du tiers, non pour la substance du legs, mais pour la fixation de la quantité ou de la mesure, ou pour la distribution qui laisse subsister la disposition, suivant la décision de la loi 7, §. 1, ff. de reb. dub. & Godefroy sur cette loi, parce qu'elle prend son fondement dans la volonté du défunt, & que la personne de confiance à laquelle il en a commis l'exécution, n'est qu'un simple Ministre qu'il doit avoir instruit de ses intentions les plus secrètes ; aussi Godefroy sur la loi *Theopompus 14, ff. de dote prælegata*, a fort judicieusement observé, *aliud est in alterius voluntatem aliquid conferre, aliud alicui amico mandare tanquam mentis suæ instructo, ut cum usus venerit fidem faciat* ; ce qui est autorisé par un Arrêt du Parlement de Paris du 27 Janvier 1684, rapporté au *Journal du Palais*, tom. 2, pag. 491, qui a confirmé la disposition d'un testateur qui avoit ordonné que ses biens seroient distribués suivant la volonté d'un de ses amis qu'il avoit nommé exécuteur de son testament.

Pour savoir dans quel cas le testateur accorde un plein & libre arbitre, ou bien une simple commission réglée *arbitrio boni viri*, il faut consulter les termes du testament, parce que c'est la loi domestique qui doit régler l'étendue & la mesure du pouvoir ; mais il faut sur-tout considérer la volonté qui se recueille des circonstances, parce que c'est la volonté du testateur qui doit tenir le haut bout. *L. Cum virum 16, cod. de fideicom. L. 52, §. 4, ff. de leg. 3.* Si par exemple le testateur donne pouvoir d'augmenter le legs de la manière que son épouse, ou un tiers voudront, il est censé leur avoir donné un libre & plein pouvoir, parce que *verbum, velle, liberam potestatem confert*, selon Godefroy, sur la loi 7, §. 1, ff. de reb. dub. ou, comme dit M. le Président Dufaur de

36. *Plenum arbitrium, arbitrium boni viri.*

37. Distinction entre *liberum arbitrium* pour la substance du legs, ou pour la mesure du legs.

38. Le *liberum arbitrium* sur la quantité du legs est fondé sur la volonté du testateur ; la personne choisie est *nudus minister*.

39. De la distribution des biens, suivant la volonté d'un ami du testateur.

40. Comment peut-on connoître si le testateur a commis *liberum arbitrium*, ou *arbitrium boni viri* ?

41. Dans quel cas le testateur est censé s'en être remis au plein arbitre ?

42. Quelles font les paroles qui conferent le libre arbitre ?

Saint Jory, au lieu préallégué, *hæc verba nutum & meram voluntatem, non viri boni arbitrium significant* : on peut voir dans *Menochius*, de *arbitrariis*, lib. 1, *quæst.* 6, 7 & 8, quelles font les différentes expressions qui conferent un plein pouvoir, ou bien un pouvoir réglé *arbitrio boni viri*.

43. Quel est le pouvoir de celui qui doit régler *arbitrio boni viri* ?

Il nous reste à voir quelle est l'étendue, & quels font les effets de ces différens pouvoirs. Commençons par celui qui est réglé *arbitrio boni viri*. La loi 1, §. 1, *ff. deleg.* 1, le regle nettement par ces paroles : *boni viri arbitrio quod injectum legato, certam quantitatem exprimit pro viribus patrimonii* : la même décision se trouve dans la loi 22, *ff. de alim. & cibar. leg.* qui ajoute qu'il faut avoir aussi égard à l'affection que le testateur avoit pour son légataire, & *charitate ejus cui fideicommissum datum erit modus status debebit*, & la loi 14, *ff. de annuis leg.* veut encore qu'on ait égard à la qualité de la personne que le testateur a entendu gratifier : *ex dignitate personæ statui oportebit*, dit cette loi. La Glose sur la loi 1, *ff. de leg.* 2, décide qu'il faut avoir égard à ces trois choses.

44. Circonstances à examiner.

Que si la fixation faite par la femme ou par le tiers commis pour arbitrer, est excessive, ou trop modique, eu égard aux forces du patrimoine, à l'affection du testateur, & à la dignité de la personne gratifiée, l'héritier ou le légataire qui souffrent du préjudice à cause de l'estimation qui les greve, pourront demander qu'elle soit réglée par Experts ou Prud'hommes *ex æquitate*, en la forme pratiquée dans les matieres qui sont renvoyées à l'estimation d'Experts, suivant la loi 22, §. 1. *de regulis jur.* & la Glose sur la loi 1, *ff. de leg.* 2 ; & de là il s'ensuit que ce n'est pas précisément sur la légitime que l'augmentation des legs doit être fixée ; quand il s'agit d'une permission accordée par le pere ou la mere pour augmenter les legs faits aux enfans, parce que la quotité de la légitime étant fixée & réglée par la loi, si elle devoit servir de regle, il ne resteroit plus aucune fonction ni aucun pouvoir à la personne commise, ni aux Experts ; ce qui ne peut pas être pensé : car il ne faut pas que la disposition du testateur soit oiseuse & inutile ; mais il faut qu'elle puisse produire quelque avantage, soit à la personne que le testateur a choisie pour l'exécution de sa volonté, soit aux légataires qui

45. Recours à un autre estimateur.

46. La légitime n'est pas la regle de ce pouvoir.

ont été l'objet de la libéralité du testateur, parce que ce n'est pas sans dessein, comme nous le verrons bientôt, que le testateur en a usé ainsi.

Le pouvoir de celui qui a un plein & libre arbitre, ne doit pas sans doute être resserré dans des bornes si étroites; car autrement il n'y auroit aucune différence entre le pouvoir libre, & celui qui doit être réglé *arbitrio boni viri*. Mais avant d'entrer dans cette discussion, il importe de savoir quelles peuvent être les vues du testateur en accordant un tel pouvoir à sa femme, ou à toute autre personne de confiance: il est facile de comprendre que ce ne peut être que par une sage politique, afin de tenir les enfans ou les autres personnes, qui sont l'objet de la disposition, dans une espèce de dépendance, & dans les bornes du respect, pour leur faire une douce violence, & leur imposer la nécessité de tenir une conduite louable, afin de mériter l'amitié, l'affection & l'estime de la personne dépositaire du pouvoir du testateur, & afin qu'on puisse leur procurer des établissemens avantageux, qui pourroient manquer sans cette ressource & cette sage précaution: toutes lesquelles vues sont très-bonnes & très-louables; & par conséquent elles sont dignes de toute sorte de faveur.

Selon *Menochius*, de *arbitrariis*, lib. 1, quæst. 6, N. 3, le libre arbitre n'a d'autres bornes que la volonté de celui auquel il est donné, pourvu qu'elle soit exempte de dol: *Plenum autem arbitrium*, dit cet Auteur; *arbitror sic intelligi, ut sit concessio à lege vel homine facta, quâ possit is Judex, semoto jure, ratione, ac æquitate, sed proprio ductus appetitu, à dolo tamen alieno, quod plenam placuerit statuere.*

A suivre cette définition, la personne à laquelle le testateur auroit donné le pouvoir absolu d'augmenter le legs, pourroit l'augmenter de la même manière que le testateur l'auroit pu lui-même; c'est-à-dire, en laissant le quart à l'héritier pour la faculté; cependant il n'y a point de raison de lui donner une telle extension; mais il faut le régler *ex æquo & bono*; de manière que le patrimoine ne soit pas épuisé, ni l'institution héréditaire évacuée; en sorte que l'héritier soit forcé de demander la *falcidie*; car, selon *Menochius*, au lieu préallégué, N. 4, celui qui dispose librement de son bien, peut le faire à son gré;

47. Quel est le pouvoir de celui qui a un plein & libre arbitre ?

48. Quels sont les motifs qui engagent à accorder le plein pouvoir ?

49. Quelle est l'étendue du libre arbitre ?

50. Restriction ajoutée au sentiment de *Menochius*.

442 QUESTION XLVI.

en préférant l'injuste au juste; ce qu'il faut entendre de l'injustice, qui ne tend pas à ôter un droit acquis; mais celui qui dispense le bien d'autrui ne peut pas préférer l'injuste au juste; car aux termes de la Glose sur la loi 11, §. *Quamquam* 7, ff. de leg. 3, ce feroit une chose absurde.

51. Explication du sentiment d'Henrys, & de l'Arrêt qu'il rapporte.

L'Arrêt rapporté par *Me. Claude Henrys*, tome 1, liv. 4, ch. 3, quest. 12, ni les raisonnemens de cet Auteur, ne sont pas contraires à notre sentiment; car l'Arrêt juge seulement que dans son espece le testateur avoit rappelé sa fille qui avoit renoncé, non à concurrence du legs ou de l'augmentation faite par sa femme, mais bien à concurrence de sa légitime, parce que ni le legs ni l'augmentation ne la remplissoient pas; & les raisonnemens que cet Auteur fait de son propre chef, se rapportent à l'espece particuliere du Procès, & à un pouvoir réglé *arbitrio boni viri*. Ainsi il n'est pas merveilleux que cet Auteur dise que la quotité de l'augmentation ne dépendoit pas entièrement de la volonté de la femme pour la faire moindre, ou plus grande; mais qu'elle étoit obligée de la faire *arbitrio boni viri*; c'est-à-dire, à proportion des biens de la succession, *pro viribus patrimonii*; ce qui convient à ce que nous avons dit en parlant de la volonté réglée *arbitrio boni viri*, à cela près que nous avons ajouté sur le fondement de deux loix, qu'il falloit avoir aussi égard à l'affection du testateur & à la condition du légataire.

QUESTION XLVII.

I. Si l'acceptation est nécessaire pour les Donations à cause de mort, selon le Droit Romain.

S O M M A I R E S.

1. Combien de sortes de Donations il y avoit avant Justinien.
2. Que les Donations entre-vifs, & celles qui étoient faites à cause de mort, se régloient sur les mêmes principes.

3. Tradition ou mancipation.
4. Les Donations en faveur des enfans valent par le seul consentement.
5. Mancipation ou vente imaginaire abrogée.
6. Les Donations n'étoient valables, s'il n'y avoit tradition ou stipulation.
7. Quelles sont les Loix qui parlent de la stipulation dans les Donations?
8. Que la stipulation a été retranchée dans les Donations entre-vifs.
9. La Donation à cause de mort se fait entre personnes présentes.
10. Il n'y a point de Donation à cause de mort, lorsque le donataire n'est point présent.
11. La stipulation ne peut être faite qu'entre présens.
12. Si la nécessité de la stipulation a été retranchée dans les Donations à cause de mort, de même qu'à celles qui sont faites entre-vifs.
13. La Donation à cause de mort est nulle, si le donateur n'est pas présent.
14. Argument de l'opinion contraire.
15. La Donation à cause de mort est comparée au legs.
16. Que les legs n'ont pas besoin de la présence du légataire.
17. Que les Donations à cause de mort ne sont pas comparées en tout au legs.
18. Convenances entre la Donation à cause de mort, & les legs.
19. Différence entre les Donations à cause de mort, & les legs.
20. Conclusion.
21. Deuxieme argument : que la Donation à cause de mort faite à un enfant, vaut comme legs.
22. Réponse.
23. Explication des Loix opposées.
24. La Donation à cause de mort est nulle, si elle n'est pas faite à une personne présente, ou du moins si elle n'a été acceptée.
25. Origine de l'acceptation des Donations.

J'AVOIS jugé l'examen de cette question inutile ; J'd'abord après avoir lu l'Article III de l'ordonnance du mois de Février 1731, qui met les donations à cause de mort au niveau des codicilles, quant à la forme ; & comme l'acceptation n'est pas nécessaire pour la validité des dispositions contenues dans les codicilles, il faut aussi que celles qui sont faites par donation à cause de mort, n'aient pas non plus besoin de cette formalité ; mais comme j'ai vu des personnes fort éclairées traiter d'erreur le sentiment des Auteurs, qui ont cru que l'acceptation de la donation à cause de mort est nécessaire, selon le droit Romain ; que d'ailleurs l'ordonnance de 1731 ne doit avoir lieu que du jour de son enrégistrement, il m'a paru nécessaire de discuter cette difficulté, selon ses véritables principes.

1. Combien desortes de Donations il y a voit avant Justinien ?

Avant l'Empereur Justinien on reconnoissoit chez les Romains deux sortes de donations ; l'une appelée directe ou entre-vifs ; l'autre à cause de mort ; *L. 1, cod. Theod. de donat.* laquelle loi a été inférée avec quelque altération dans le code de Justinien, & se trouve la 25e. du titre *de donat.*

2. Que les Donations entre-vifs, & celles qui étoient faites à cause de mort, se régloient sur les mêmes principes.

Ces deux especes de donations (quoique leurs effets fussent différens) se régloient néanmoins sur les mêmes principes, elles devoient être infinuées ; ce qui a été changé depuis à l'égard des donations à cause de mort : il falloit les mêmes formalités pour leur validité ; elles devoient être accompagnées de la tradition ou de la mancipation, qui étoit une es-

3. Tradition ou mancipation.

pece 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 ; *L. 4, & L. 7, cod. Theodos. de donat.* ce qui suppose bien clairement la nécessité de l'acceptation de la part du donataire, qui ne pouvoit devenir le maître des biens donnés qu'en consentant à la vente imaginaire qui en étoit faite par la donation entre-vifs, ou à cause de mort.

4. Les Donations en faveur des enfans valoient par le seul consentement.

5. Mancipation ou vente imaginaire abrogée.

Dans la suite, cette mancipation ou vente imaginaire ayant été abrogée ; comme le simple pacte ne produisoit point d'action, *L. 7, §. 4, ff. de pactis*, les donations entre-vifs & à cause de mort ne pouvoient être valables, à moins que la tradition n'eût été faite, ou que la stipulation ne fût intervenue, de quoi les Interprètes demeurent d'accord ; de-là vient que l'on

6. Les Donations n'étoient valables, s'il n'y avoit tradition ou stipulation.

trouve plusieurs loix dans le Digeste qui font mention de la stipulation en matiere de donations, & entr'autres, la loi 23, la loi 33, ff. de donat. inter vir. & uxor. la loi 33, le §. 3 de la même loi, ff. de donat. la loi 34, la loi 35, §. 7, ff. de mortis causâ donat. & la loi Sancimus 34, §. Si quis 4, cod. de donat. Il est vrai que la nécessité de la tradition ou de la stipulation, a été retranchée à l'égard de la donation entre-vifs par la loi 35, §. 5, cod. de donat. qui vaut présentement par simple pacte, de l'aveu de tous les Auteurs.

A ces observations, il faut ajouter que la loi 38, ff. de mortis causâ donat. voulant distinguer la donation à cause de mort, d'avec ce qui est pris à cause de mort, appellé *mortis causâ capio*, dit en propres termes: *Mortis causâ donatur quo præsens præsentî dat; at mortis causâ capi intelligitur & quod non cadit in speciem donationis.*

De la disposition de cette loi, & des autres observations que nous avons faites, il résulte qu'il n'y a point de donation à cause de mort, lorsque le donataire n'est point présent, & que sa présence constitue la véritable essence de la donation à cause de mort; la raison en est parce que, suivant le droit ancien, la donation n'étoit parfaite que par la tradition ou par la stipulation, laquelle ne pouvoit être faite qu'entre présens; L. 1, de verb. oblig. L. 3, cod. de inutil. stipul. & §. Item. 12, instit. eod.

Julius-Clarus, §. donatio, quæst. 14, & les Interprètes conviennent de cela; mais ils prétendent qu'il a été dérogé au droit ancien par la loi 35, §. 5, cod. de donat. même pour la donation à cause de mort; mais c'est une erreur qui a été fort bien réfutée par le Président Faber, de Error. Pragmat. Decade 44, Error. 3; car la loi 35, §. 5, cod. de donat. ne déroge au droit ancien, & ne retranche la tradition ou la stipulation, qu'à l'égard de la donation entre-vifs, & non pour la donation à cause de mort, dont cette loi ne parle point; & par conséquent elle laisse cette espèce de donation sous la disposition du droit ancien; & quand il faudroit la mettre au niveau de la donation entre-vifs, l'acceptation seroit nécessaire. Ainsi s'il faut décider la question sur les principes de la loi Romaine, la donation à cause de mort fera nulle, si elle n'est faite au donataire présent.

On peut opposer à cette décision deux argumens,

7. Quelles sont les Loix qui parlent de la stipulation dans les Donations?

8. Que la stipulation a été retranchée dans les Donations entre-vifs.

9. La Donation à cause de mort se fait entre personnes présentes.

10. Il n'y a point de Donation à cause de mort, lorsque le donataire n'est point présent.

11. La stipulation ne peut être faite qu'entre présens.

12. Si la nécessité de la stipulation a été retranchée dans les Donations à cause de mort, de même qu'à celles qui sont faites entre-vifs.

13. La Donation à cause de mort est nulle, si le donataire n'est pas présent.

14. Argumens de l'opinion contraire.

15. La Donation à cause de mort est comparée au legs.

16. Que les legs n'ont pas besoin de la présence du légataire.

17. Que les Donations à cause de mort ne sont pas comparées en tout aux legs.

18. Convenances entre la Donation à cause de mort, & les legs.

19. Différences entre les Donations à cause de mort, & les legs.

qui ont attiré beaucoup d'Auteurs pour l'opinion contraire. Et premièrement, on dit que la donation à cause de mort a été comparée au legs; & que tout ce qui convient au legs peut être appliqué à la donation à cause de mort; *L. 15, L. 17, L. 37, ff. de mortis causâ donat. L. 4, cod. eod. & §. 1, Instit. de donat.*

Or on n'a jamais prétendu que le legs eût besoin de la présence, ni de l'acceptation du légataire pour sa validité; il faut donc dire la même chose de la donation à cause de mort.

Il est vrai que la donation à cause de mort, *legatorum instar obinet*, aux termes de la loi 17, *ff. de mortis causâ donat.* que suivant la loi 37, *ff. eod.* ce qui a été ordonné par le legs, doit avoir lieu à l'égard des donations à cause de mort; mais la comparaison ou la ressemblance n'est pas parfaite; ce que l'Empereur Justinien a bien reconnu, en disant: *Ut per omnia ferè legatis connumerentur.* En effet, si le legs & la donation à cause de mort se ressemblent en plusieurs choses, ils diffèrent aussi en plusieurs autres. Ils conviennent en ce que le même nombre de témoins est requis pour la validité de la donation à cause de mort & du legs; que l'un & l'autre peut être révoqué; qu'on peut substituer au donataire à cause de mort, de même qu'au légataire; que la falcidie diminue l'un & l'autre; que l'insinuation n'est requise ni pour l'un ni pour l'autre. Et c'est dans ces cas, & dans certains autres, que les Interprètes rapportent, qu'il faut entendre les textes opposés, & nullement pour ce qui regarde la présence du donataire; & pour les autres cas auxquels la donation à cause de mort diffère des legs, qui sont rapportés par Godefroy sur la loi 37, *ff. de donat. causâ mortis*; car, par exemple, la donation à cause de mort est confirmée par la mort du donateur; *L. 32, ff. de mortis causâ donat.* au lieu que le legs n'est confirmé que par l'addition d'hérédité. Celui qui impugne de faux un testament, ou propose la plainte d'inofficiosité, est privé du legs; mais il ne perd pas la donation à cause de mort; *L. 5, §§. 6, 8 & 17, ff. de his quæ ut indignis.* La donation annuelle est une; *L. Senatus 35, §. 7, ff. de mortis causâ donat.* au lieu que le legs annuel se divise en autant de legs qu'il y a d'années; *L. 4, ff. de annuis leg.* La capacité du do-

nataire n'est considérée que par rapport au tems de la mort du donateur ; *L. 22, ff. de mortis causâ donat.* au lieu que dans le legs la capacité du légataire est considérée par rapport au tems du testament, & à celui de la mort du testateur, §. *In extraneis 4, instit. de hæred. qualit. & differ.* Or si toutes ces différences subsistent encore, nonobstant les textes qui ont comparé les donations à cause de mort aux legs ; pourquoi celle qui exige la présence du donataire, ne subsisteroit-elle pas, tandis qu'elle est fondée sur une loi expresse, à laquelle il n'a point été dérogé ?

20. Conclusion.

Le deuxième argument qu'on oppose, est pris de ce que la donation à cause de mort faite en faveur d'une personne absente, ne pouvant pas valoir comme donation, vaudra néanmoins comme legs ou comme fidéicommis ; *L. 75, & L. 77, §. 26, ff. de leg. 2.* Mais la réponse est aisée ; car dans l'espece de ces deux loix, il ne s'agit pas d'une donation à cause de mort, mais bien d'un véritable fidéicommis, qui a été déclaré valoir en cette qualité, quoique les termes semblaient ne pas le permettre : *Intelligi fideicommissum filio relictum respondi, non enim quæri oportet cum quo de supremis quis loquatur, sed in quem voluntatis intentio dirigitur*, dit le Jurisconsulte Papinien dans l'une des loix opposées ; de-là vient que ces loix ne font rien, parce qu'elles ne décident autre chose, si-non que la disposition doit valoir comme fidéicommis, quand même les paroles ne seroient pas dirigées à la personne qui en est chargée, comme le remarque *M. Cujas* sur ces loix ; ce qui ne conclut rien pour faire valoir la donation à cause de mort comme fidéicommis, lorsqu'elle a été faite en faveur d'une personne absente.

21. Deuxième argument : que la Donation à cause de mort faite à un absent, vaut comme legs.

22. Réponse.

23. Explication des Loix opposées.

La donation à cause de mort est donc nulle, si elle n'est faite à une personne présente, ou du moins si elle n'a pas été acceptée, de même que la donation entre-vifs ; ce qui s'accorde avec le sentiment des Auteurs les plus anciens ; car *Cicéron* dans ses *Topiques*, *cap. 8*, dit qu'on ne peut point concevoir de donation sans acceptation : *Neque deditionem, neque donationem sine acceptione intelligi posse.*

24. La Donation à cause de mort est nulle, si elle n'est pas faite à une personne présente, ou du moins si elle n'a été acceptée.

25. Origine de l'acceptation des Donations.

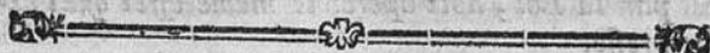
A propos de ces paroles que *Cicéron* a écrites à l'occasion de la dédition d'*Hostilius Mancinus*, faite par le Sénat & le Peuple Romain à la Ville de *Numance*, nous rapporterons un trait historique, qui

nous indique la véritable origine de l'acceptation des donations. Hostilius-Mancinus ayant été créé Consul de Rome , avec Æmilius-Lepidus l'année 616, depuis la fondation de cette Ville , le sort lui attribua le commandement de l'armée contre Numance , Ville de l'Espagne Taragonoise: ce Consul fut défait par les Numantins , qui lui tuèrent vingt mille hommes : il se voyoit en danger de perdre le reste de son armée , consistant en dix mille hommes , d'être réduit lui-même à l'esclavage; ce qui l'obligea de conclure avec les Numantins une paix honteuse pour la République Romaine.

Le Sénat & le peuple Romain ne voulurent pas approuver cette paix , & ils ordonnerent que Mancinus seroit livré aux Numantins , lesquels ne voulurent point le recevoir , à moins qu'on ne leur livrât en même-tems le reste de l'armée , qui avoit été conservé par le traité de paix.

P. Furius-Philus , Consul nommé l'année 617 , & qui avoit été chargé de la dédition de Mancinus , ayant vu que les Numantins n'avoient pas voulu le recevoir , le fit revenir dans son camp , & le rétablit dans tous les droits de la bourgeoisie Romaine; on lui restitua même la place qu'il avoit eue au Sénat ; mais Rupilius , Tribun du Peuple , mit obstacle à la réception de Mancinus au Sénat , le croyant incapable par son état d'occuper aucune charge , sur ce que par une loi des Romains , quand un pere avoit vendu son fils , ou que la République avoit livré un de ses citoyens , ce fils & ce citoyen restoient dans l'esclavage sans retour à la liberté. La question étoit nouvelle , & l'affaire du nombre de celles qu'on appelloit *Capitales* : elle fut portée devant le peuple assemblé par centuries. Ce fut-là que les Romains par leur décision établirent un point de droit , qui fixa la nature des donations , dont la dédition étoit une espece : il fut jugé que comme Mancinus n'avoit point été accepté par les ennemis , il devoit demeurer en possession de tous ses anciens droits ; par cette raison que la donation ne subsiste & ne se consume que par l'acceptation. *Catrou , Hist. Rom. Liv. 50.* Il est parlé de cette dédition dans la loi dernière ; *ff. de legationib.* Voyez les observations sur l'article III de l'ordonnance du mois de Février 1731.

QUESTION



QUESTION XLVIII.

1. Si la femme à laquelle sa mere ou quelqu'autre personne a fait une Donation à titre de dot, est tenue envers son mari d'une action personnelle à raison de la constitution tacite que la Loi présume avoir été faite par elle à son mari, & si elle est obligée avec le constituant.

SOMMAIRES.

1. Cas de la Question proposée.
2. La dot a des faveurs & des particularités qui ne se communiquent pas aux autres Contrats.
3. Elle est le propre patrimoine de la femme.
4. La Loi présume une stipulation en faveur de la femme.
5. La femme est toujours censée se constituer la dot qui lui est donnée par un tiers.
6. Le mari à raison de la dot, tient son droit de la femme, & non du constituant.
7. Le mari n'est censé recevoir la dot qu'au nom de sa femme.
8. Fictio brevis manus.
9. Le constituant est la personne indiquée par la femme, afin que le mari reçoive le paiement de la dot.
10. Qui patitur ab alio mandari, mandare intelligitur.
11. Patientia habetur pro mandato.
12. La femme est personnellement obligée envers son mari pour la constitution faite par un tiers.
13. Le mari ne contracte pas avec le constituant.
14. La promesse tacite de la femme sous-entendue

par la Loi, doit opérer le même effet que l'ex-
presse.

15. Disposition de la Loi 34, §. 6, ff. de solut.
selon la lecture de Godefroy.

16. Il y auroit de l'inégalité & de l'injustice,
s'il en étoit autrement.

17. Réciprocité de l'obligation du mari envers la
femme, & de la femme envers le mari.

18. Si la femme est obligée pour la dot, elle ne
peut imputer aucune négligence à son mari.

19. Preuve tirée de la Loi.

20. Par quelles personnes la dot peut-elle être
promise, & dans quel cas le mari en doit-il
être responsable?

21. La question proposée a été agitée au Parle-
ment de Toulouse.

22. Espece du Procès.

23. & 24. Suite.

25. Préentions du successeur du mari.

26. Raisons de l'héritière de la femme.

27. Jurisprudence du Parlement de Toulouse sur
la négligence du mari.

28. Explication des Loix opposées.

29. Raison tirée de la novation causée par les
Transactions.

30. Arrêt en faveur de l'héritier de la femme.

31. La question en these n'a pas été décidée à
cause des circonstances.

1. Cas de la Question pro-
posée.

Pour entrer dans cette difficulté, il faut suppo-
ser qu'une mere mariant sa fille, lui donne à
titre de dot la somme de 10000 liv. & qu'il n'est
point dit dans le contrat de mariage que la mere ni
la fille constituent la même somme au mari; si la
constituante n'est pas solvable, & que la femme ait
des biens propres, le mari pourra-t-il agir contre
elle pour la contraindre au payement de la dot de
10000 liv. ou si le mari est mort sans s'être fait payer
de la constituante, la femme demandant sa dot aux
héritiers du mari, à cause de sa négligence, ceux-
ci pourront-ils lui opposer, qu'étant elle-même dé-
bitrice de la dot, elle ne peut imputer aucune né-

gligence à son mari pour le rendre responsable de la dot ?

La constitution de dot a des faveurs & des particularités qui ne se communiquent & ne se rencontrent pas aux autres contrats; de quelque maniere qu'elle soit constituée, elle est toujours le propre patrimoine de la femme; *L. 3, §. 5, ff. de minoribus*. On n'examine point si la tradition ou la promesse en est faite au mari ou à la femme; & dans l'un & dans l'autre cas, la loi présume une stipulation en faveur: *Tunc præsumitur mulierem ipsam stipulationem fecisse*, dit la loi unique, §. *Accedit 13, cod. de rei uxor. actione*. La raison est, selon la loi *Ex morte 9, §. Similique modo, cod. de pactis conventis*, parce que la dot constituée à une fille, soit par son pere ou par sa mere, ou par toute autre personne, soit qu'elle soit délivrée ou promise directement au mari ou à la femme, celle-ci est censée faire elle-même la constitution; c'est-à-dire, la délivrer quand il y a tradition, ou la promettre quand il n'y a point de tradition ni de paiement: *Similique modo*, dit la loi, *sive pater pro filia, sive mater, sive ipsa pro se sui juris videlicet constituta, sive quilibet alius, pro ea uxorem ducturo, dotem dederit, seu promiserit, quoniam & alio pro ea offerente dotem, ipsa eam se videtur offerre*.

Cette loi décide donc que, quoique la constitution de dot soit dirigée expressément à la personne du mari, il ne tient pas néanmoins son droit du pere ou de la mere, ou de tout autre constituant étranger; c'est directement & immédiatement de sa femme, à laquelle la loi fait faire la constitution; c'est-à-dire, la tradition ou la promesse, que le mari tient son droit, comme l'a fort bien remarqué Dumoulin dans son traité de *donationibus in contractu matrimonii*, n°. 68, qui dit: *Et sic propriè maritus non habet causam ab hujusmodi donatore, sed ab uxore*; & la femme étant l'objet de la constitution, c'est à elle à qui elle est faite, & le mari n'est censé la recevoir qu'au nom de sa femme: *Censetur nomine mulieris accipere*, dit Dumoulin, qui ajoute: *in veritate iste donator nihil dat viro, sed mulieri; ipsa verò in dotem tradere censetur brevi manu, etiamsi donans immediatè tradat viro, & selon les expressions du Jurisconsulte Ulpien, dans la loi 3, §. 12, ff. de donat. inter vir. & uxor. Celeritate conjungendarum inter se actionum unam*

2. La dot a des faveurs & des particularités qui ne se communiquent pas aux autres Contrats.

3. Elle est le propre patrimoine de la femme.

4. La Loi présume une stipulation en faveur de la femme.

5. La femme est toujours censée se constituer la dot qui lui est donnée par un tiers.

6. Le mari à raison de la dot tient son droit de la femme, & non du constituant.

7. Le mari n'est censé recevoir la dot qu'au nom de sa femme.

8. *Fictio brevis manus.*

actionem occultari, nec novum aut mirum esse quod per alium accipias te accipere.

9. Le constituant est la personne indiquée par la femme, afin que le mari reçoive le payement de la dot.

10. *Qui patitur ab alio mandari, mandare intelligitur.*

11. *Patientia habetur pro mandato.*

12. La femme est personnellement obligée envers son mari pour la constitution faite par un tiers.

13. Le mari ne contracte pas avec le constituant.

14. La promesse tacite de la femme sous-entendue par la Loi, doit opérer le même effet que l'expresse.

15. Disposition de la Loi 34, §. 6, ff. de solut. selon la lecture de Godefroy.

L'on doit donc considérer le constituant qui a fait la promesse de la dot, comme une personne indiquée par la femme à son mari, pour rendre le payement de la dot promise ou constituée par la femme même, qui doit être regardée comme la principale débitrice de son mari, parce que *negotium ipsius uxoris geritur*, & que c'est avec elle que le mari contracte; & comme aux termes de la loi 18, ff. Mandati.

Qui patitur ab alio mandari, ut sibi credatur, mandare intelligitur; de même la femme qui permet qu'un tiers constitue une dot pour elle à son mari, demeure obligée personnellement à raison de cette dot, parce que, suivant la remarque de Godefroy sur la loi 18, ff. mandati, *Patientia habetur pro mandato & consensu in his quæ utilia sunt, & idèò mandati tenetur.*

D'où il semble qu'on doive conclure à plus forte raison, que quand la constitution n'a pas été faite directement au mari, mais bien à la femme, celle-ci doit nécessairement être obligée personnellement; car si dans ce cas le mari n'avoit pas une action personnelle contre sa femme, qui, aux termes des loix, est présumée avoir fait la promesse de la dot, il n'auroit aucune action pour demander la dot, puisque le constituant n'a pas contracté avec lui, mais bien avec la femme, à laquelle il a fait la donation; ce n'est donc qu'en exerçant les droits de la femme, & autant que celle-ci est présumée par la loi avoir fait la constitution au mari, que le mari peut agir contre le constituant, & la promesse tacite de la femme sous-entendue par la loi, ne doit pas avoir moins d'effet qu'une promesse expresse; car on ne peut pas contester que la loi n'ait assez de force pour attribuer des actions & faire naître des obligations, qui sont aussi efficaces que celles qui naissent des contrats faits volontairement.

Cela se confirme par la loi 34, §. 6, ff. de solutio-nib. qui dit en termes exprès, selon la lecture des éditions de Denis Godefroy, que la fille, à qui la constitution est faite par son pere, est comme associée à l'obligation contractée par le constituant, *in causam dotis*, dit la loi particeps, & *quasi socia obligationis filia esset.*

Il y auroit même de l'inégalité & de l'injustice,

s'il en étoit autrement ; car comme le mari demeure obligé envers sa femme pour la restitution de la dot par lui reçue , & qui lui a été constituée directement & personnellement , parce que la loi veut que la constitution soit censée faite par la femme même ; il faut également que la femme soit personnellement obligée envers son mari , quand la donation de la dot est dirigée à la femme , parce que la chose est réciproque , & tout de même que l'action que la loi accorde à la femme contre son mari , est efficace , quoiqu'il n'y ait point de stipulation expresse & littérale , puisque la loi déclare que la femme est censée avoir promis à son mari la dot constituée à son nom par une tierce personne , il faut que le mari ait une obligation efficace , parce que dans l'un & l'autre cas la loi doit produire les mêmes effets.

En supposant donc que la femme fût personnellement obligée envers le mari , elle ne pourroit lui imputer aucune négligence , suivant la loi *Si extraneus 33* , ff. de jur. dot. qui dit que quand la femme est débitrice de la dot , elle a mauvaise grace de se plaindre , de ce que son mari n'a pas agi contre elle pour la contraindre au paiement : *Nec enim quicquam* , dit la loi , *judex propitiis auribus audiet mulierem dicentem , cur patrem qui de suo dotem promisit , non urserit ad solutionem , multò minùs cur ipsam non convenerit.*

D'ailleurs la dot peut être promise par trois especes de personnes ; savoir , par le pere ou par la femme même , auquel cas *virî periculo non est* , comme dit la loi 35 , ff. de jure dot. 2. Par le débiteur de la femme ; alors le mari en demeure chargé *virî periculo est* , lorsqu'il y a novation ou délégation , ou que le mari *nomen debitoris secutus est* , & non autrement ; L. 33 , L. 35 , L. 41 , §. 3 , & L. 71 , ff. de jur. dot. 3. Par toute autre personne qui fait la constitution à titre de donation ; auquel cas le péril regarde absolument la femme , à laquelle la libéralité est acquise , & le mari n'en peut pas devenir responsable ; L. 33 , ff. de jur. dot. *Alius scilicèt donaturus , ejus periculo ait cui acquiritur , acquiri autem mulieri accipimus ad quam rei commodum respicit* , dit cette loi ; à moins que le mari n'en eût fait quittance par maniere d'acceptilation ; L. 49 , ff. eod. ou bien une recon-

16. Il y auroit de l'inégalité & de l'injustice , s'il en étoit autrement.

17. Réciprocité de l'obligation du mari envers la femme , & de la femme envers le mari.

18. Si la femme est obligée pour la dot , elle ne peut imputer aucune négligence à son mari.

19. Preuve tirée de la Loi.

20. Par quelles personnes la dot peut-elle être promise , & dans quel cas le mari en doit-il être responsable ?

noissance sous contre-promesse de la part du confituant ; parce que dans ce cas, *res abiit in creditum*, l'action de dote est éteinte, & le mari devient créancier en vertu de la nouvelle obligation ; L. 25, ff. eod.

21. La Question proposée a été agitée au Parlement de Toulouse.

La question que nous agitions s'est présentée en l'année 1731 dans un procès pendant à la troisième Chambre des Enquêtes, au rapport de M. Blanc, Conseiller, entre Messire François de Lagardelle, Seigneur de Labastide-Marfa, & Demoiselle Marie de Lagardelle, épouse du Sieur Gineftet, en cette espece.

22. Espece du Procès.

La Dame de Monvalat, veuve & héritière fiduciaire d'Antoine de Selves, mariant Henriette de Selves sa fille, lui constitua en dot la somme de 20000 livres, partie de son chef, & l'autre partie comme héritière fiduciaire de son mari. Il n'étoit point dit dans le contrat de mariage, en date du 24 Février 1662, que cette dot fût promise ni constituée à Pierre de Lagardelle, futur époux ; mais s'étant élevé des contestations entre les fiancés & la Dame de Monvalat, il fut passé une transaction le 26 Mars 1663, avant la célébration du mariage, entre la Dame de Monvalat & Pierre de Lagardelle seulement, par laquelle les termes du paiement de la dot, fixés par le contrat de mariage, furent changés.

23. Suite.

Le mariage ayant été célébré, Pierre de Lagardelle fit des diligences contre la Dame de Monvalat pour se procurer le paiement de la dot ; cela donna lieu à un procès qui fut terminé par une transaction du 20 Octobre 1669, passé sans l'intervention d'Henriette de Selves, par laquelle Pierre de Lagardelle fut payé en fonds de la somme de 13725 livres, à compe de la somme de 20000 livres ; les intérêts arriérés furent liquidés, & le paiement en fut renvoyé après le décès de la Dame de Monvalat ; on atermoya aussi partie du capital restant de la dot, & il fut convenu que la somme de 4000 livres seroit payée en parties, qui seroient indiquées.

24. Suite.

Pierre de Lagardelle n'ayant pas été payé des intérêts liquidés, ni de ceux dont le capital avoit été atermoyé, tant lui, que Henriette de Selves son épouse, firent donation de tous leurs biens à Henry

de Lagardelle leur fils. Et celui-ci étant décédé, après avoir institué la Dame Dufaur de Pibrac son épouse, à la charge de rendre son hérité à Messire François de Lagardelle son cousin, il s'éleva un procès devant le Sénéchal de Montauban, entre ce substitué & Marie de Lagardelle, héritière de la Dame de Selves sa mere, laquelle avoit repris par droit de retour les biens donnés à son fils, auquel elle avoit survécu, au sujet de la restitution de la dot, & autres conventions matrimoniales.

Le Sieur de Lagardelle prétendoit ne devoir être chargé de restituer que la somme de 13725 livres de partie de la dot d'Henriette de Selves, & que l'hérité de celle-ci devoit être chargée de tous les intérêts de cette dot courus pendant la vie de la Dame de Monvalat. Pour se dispenser de restituer cette partie de la dot qui n'avoit pas été payée, il disoit que Pierre de Lagardelle son auteur avoit fait les diligences nécessaires pour qu'on ne pût pas le charger de la dot non payée; & d'ailleurs il prétendoit qu'Henriette de Selves étoit obligée personnellement avec la Dame de Monvalat constituante, par les raisons que nous avons touchées ci-dessus, desquelles il se servoit encore pour faire charger la succession de la Dame de Selves des intérêts courus pendant la vie de la Dame de Monvalat.

Marie de Lagardelle soutenoit au contraire que les diligences de Pierre de Lagardelle n'étoient pas justifiées; que suivant la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, le mari qui néglige pendant dix ans de se faire payer la dot, en devient responsable par sa négligence; que si les loix supposent une stipulation tacite dans la constitution de dot, ce n'est qu'en faveur de la femme, & pour lui donner une action en répétition de la dot constituée à son nom, tout de même que si elle avoit fait la constitution; qu'il y avoit une faute d'impression dans la loi 34, §. 6, ff. de solutionib. car au lieu de *patris*, il falloit lire *patri*, & que le sens de cette loi, suivant sa véritable lecture, telle qu'on la voit dans les éditions d'Haloander, & autres qui sont plus exactes que celles de Godefroy, étoit que la fille est participante & associée à l'action en répétition de la dot qui compete au pere contre son gendre. Enfin, que Pierre de Lagardelle ayant passé deux différentes

25. Prétentions du successeur du mari.

26. Raisons de l'héritière de la femme.

27. Jurisprudence du Parlement de Toulouse sur la négligence du mari.

28. Explication des Loix opposées.

29. Raison tirée de la novation causée

par les Transac-
tions.

transactions avec la Dame de Monvalat pour atter-
moyer le paiement de la dot, il avoit pris sur lui
l'obligation de la constituante, & *rem sui periculi fe-
cerat*, à cause de la novation que ces deux différens
actes avoient produit; qu'ainsi on étoit dans le cas des
loix 35 & 49, *ff. de jure dot.* car quand on devoit
considérer la constituante comme une personne in-
diquée par la femme, dès que Pierre de Lagardelle
avoit traité & accepté l'obligation de la Dame de
Monvalat, l'indication avoit passé en délégation,
suivant la loi 3, *cod. de novat.* & par conséquent
l'obligation dont Henriette de Selves auroit pu être
tenue, auroit été éteinte: sur ces raisons, l'Arrêt
débouta le Sieur de Lagardelle des intérêts dont il
vouloit faire décharger l'hérédité de la Dame de
Selves; & avant dire droit sur la restitution de la
dot non payée, il fut ordonné que le Sieur de La-
gardelle justifieroit que Pierre de Lagardelle avoit
fait des diligences suffisantes.

30. Arrêt en
faveur de l'hé-
ritier de la fem-
me.

31. La Quef-
tion en these
n'a pas été dé-
cidée à cause
des circonstan-
ces.

Les circonstances particulieres qui se rencon-
troient dans ce procès, à cause des deux transac-
tions passées entre Pierre de Lagardelle & la Dame
de Monvalat, & qui peuvent avoir déterminé l'Ar-
rêt, font comprendre que la question n'a pas été
décidée en these.



QUESTION XLIX.

- I. Si les libéralités faites par l'un des futurs conjoints en faveur de l'autre , dans leur Contrat de mariage , appartiennent aux héritiers du donataire qui décède avant le donateur , ou si elles sont caduques.
-

S O M M A I R E S.

1. *Il faut distinguer les libéralités & les cas où elles sont faites.*
2. *Les Contrats de mariage sont susceptibles de toute sorte de clauses, & de conventions.*
3. *Les Contrats de mariage sont les plus favorables.*
4. *Les clauses des Contrats de mariage qui sont contre l'honnêteté publique & les Loix prohibitives, sont nulles.*
5. *Disposition des Loix Ripuaires.*
6. *Les Donations faites entre conjoints dans leur Contrat de mariage, ne sont pas sujettes à la révocation par la survenance des enfans communs.*
7. *Les Donations entre conjoints faites en Contrat de mariage, sont irrévocables, lorsque le donataire survit.*
8. *Si la condition de survie doit y être entendue.*
9. *Du gain de la dot & de l'augment.*
10. *Résolution pour l'affirmative.*
11. *De la Donation de survie.*
12. *Quid, s'il est dit que le donataire en pourra disposer en la vie & en la mort.*
13. *La Donation de survie renferme la condition de décès sans enfans.*

458 QUESTION XLIX.

14. *Limitation de la précédente décision.*
15. *Des habits, bagues, & joyaux, si la condition de survie doit y être sous-entendue.*
16. *Distinction.*
17. *De la Donation d'une certaine somme pour les robes, bagues, & joyaux.*
18. *Arrêts du Parlement de Grenoble.*
19. *Avis de M. de Cambolas, appuyé par un Arrêt du Parlement de Toulouse.*
20. *Résolution pour l'opinion de Cambolas.*
21. *De la Donation de certains biens, ou d'une somme faite par le fiancé à sa fiancée, & vice-versa.*
22. *Distinction de quatre cas.*
23. *Examen de la question en these.*
24. *Auteurs qui sont d'avis que la condition de survie n'est pas sous-entendue.*
25. *Loix employées pour autoriser ce sentiment.*
26. *Avis de Ricard & de Dumoulin.*
27. *Autorités pour l'opinion contraire.*
28. *Résolution : que la condition de survie doit être sous-entendue, tacito juris intellectu.*
29. *Explication de la Loi 6, Cod. de donat. ante nuptias, qui autorise cette résolution.*
30. *Réponse aux Loix opposées.*
31. *Effet de la condition résolutive.*
32. *Explication de la Loi 8, Cod. de donat. ante nuptias.*
33. *Examen du deuxieme cas, lorsque la Donation est conçue entre-vifs ; mais elle a trait de tems à la mort du donateur.*
34. *Examen du troisieme cas, lorsque la Donation est faite outre l'augment, ou autre gain nuptial.*
35. *Arrêt du Parlement de Toulouse qui a jugé ce cas.*
36. *Décision du quatrieme cas.*

1. Il faut distinguer les libé-

POUR éclaircir exactement cette question, il faut distinguer, non-seulement les différentes especes de libéralités, mais encore les différens cas, ou les

hypothèses dans lesquelles ces libéralités sont faites.

Il faut d'abord reconnoître comme une maxime constante, suivie de tous les tribunaux du Royaume, que les donations faites dans les contrats de mariage entre ceux qui les contractent, sont irrévocables; le contrat est si favorable, comme étant le plus solennel & le plus utile de ceux qui sont pratiqués dans la société civile, qu'il est susceptible de toute sorte de clauses & de conventions, lesquelles valent irrévocablement, pourvu qu'elles ne soient pas contre l'honnêteté publique, & les dispositions prohibitives du droit ou des coutumes: cet usage est fondé sur les loix Ripuaires, tit. 37, de dotibus in principio, où il est dit: *Si quis mulierem desponsaverit, quidquid ei per tabularum seu chartarum instrumenta conscripserit, perpetualiter inconvulsam permaneat.* Jusques-là que ces libéralités ne sont pas sujettes à révocation par la survenance de leurs enfans communs, selon l'opinion des Docteurs, comme le remarque *Dumoulin dans son traité de donat. in contractu matrimonii factis, n. 5*; ce qui a été confirmé par l'article XXXIX de l'Ordonnance du mois de Février 1731.

Il n'y a donc point de doute, que si le conjoint donataire survit à l'autre, il ne doit profiter de la libéralité qui lui a été faite; mais en fera-t-il de même, s'il précède, ou la condition de survie doit-elle être sous-entendue de droit? S'il s'agit du gain de la dot en tout ou en partie accordé par la femme à son futur conjoint, ou de l'augment en faveur de la femme, la chose ne souffre point de difficulté; il faut nécessairement, pour pouvoir profiter de la libéralité ou du gain, que le donataire survive; autrement la convention est caduque, parce que la condition de survie est sous-entendue, selon *Dumoulin*, au lieu préallégué, n. 8, & *M. Maynard*, liv. 4, ch. 56, n. 14, à l'égard de l'augment.

Il en est de même de la donation ou du gain de survie stipulés, soit qu'il y ait d'augment ou non, & soit que la donation de survie se trouve réciproquement promise, ou seulement de la part de l'un des conjoints, & la nature de la libéralité démontre que le donataire doit survivre pour pouvoir en profiter, comme l'enseigne *Dumoulin*, au lieu préallé-

ralités & les cas où elles sont faites.

2. Les Contrats de mariage sont susceptibles de toute sorte de clauses & de conventions.

3. Les Contrats de mariage sont les plus favorables.

4. Les Clauses des Contrats de mariage, qui sont contre l'honnêteté publique & les Loix prohibitives, sont nulles.

5. Disposition des Loix Ripuaires.

6. Les Donations faites entre conjoints dans leur Contrat de mariage, ne sont pas sujettes à la révocation par la survenance des enfans communs.

7. Les Donations entre conjoints faites en Contrat de mariage, sont irrévocables lorsque le donataire survit.

8. Si la condition de survie doit être sous-entendue.

9. Du gain de la dot & de l'augment.

10. Résolution pour l'affirmative.

11. De la Donation de survie.

12. *Quid*, s'il est dit que le donataire en pourra disposer en la vie & en la mort.

13. La Donation de survie renferme la condition de décès sans enfans.

14. Limitation de la précédente décision.

15. Des habits, bagues & joyaux, si la condition de survie doit y être sous-entendue.

16. Distinction.

17. De la Donation d'une certaine somme pour les bagues & joyaux.

18. Arrêts du Parlement de Grenoble.

19. Avis de M. Cambolas, appuyé par un Arrêt du Parlement de Toulouse.

20. Résolution pour l'opi-

gué, n^o. 13; ce qui doit avoir lieu à notre avis; quoiqu'il soit convenu que le donataire en pourra disposer tant en la vie qu'en la mort; car cette faculté de disposer doit toujours s'entendre dans le cas de survie, afin que la donation puisse avoir effet; & qui plus est, selon *Coquille sur la coutume de Nivernois, des donations, article 12*, elle renferme encore cet autre condition, que le mariage soit dissous sans enfans, quoiqu'elle ne soit pas littéralement exprimée; ce que je voudrois limiter au gain de survie stipulé simplement, & non s'il étoit ajouté, pour en disposer par le survivant, tant en la vie qu'en la mort, ou bien à ses plaisirs & volontés.

A l'égard des habits, bagues & joyaux que le mari donne à sa femme en espece dans leur contrat de mariage, les Auteurs distinguent ceux qui sont précieux d'avec ceux qui sont à l'usage journalier de la femme; ils prétendent que ces derniers doivent appartenir aux héritiers de la femme; mais non pas ceux de la premiere espece. De ce sentiment sont *Gregorius-Tolosanus in Syntagm. Juris, lib. 9, cap. 25, n^o. 19 & 20; & M. de Cambolas, liv. 4, ch. 31*: ¶ cette distinction est pourtant mauvaise, & c'est avec raison qu'elle est improuvée par *M. Maynard, liv. 4, ch. 8*; ¶ mais si la donation est d'une certaine somme pour les robes, bagues & joyaux, les Arrêts du Parlement de Grenoble, rapportés par *M. Expilli, ch. 178*, & par *Basset, tom. 1, liv. 6, tit. 7*, ont jugé que la femme ne les gagnoit pas, si elle précédé son mari, quad même il auroit été convenu dans le contrat de mariage qu'elle pourroit en disposer en la vie & en la mort; parce que la condition de survie y est sous-entendue de droit, de même qu'à l'augment, à moins que par la clause expresse, il ne soit dit que la femme pourra disposer, soit qu'elle précède, ou qu'elle survive: toutefois, selon *M. de Cambolas*, au lieu préallégué, lorsqu'il est dit que la femme pourra disposer des habits, bagues & joyaux, tant en la vie, qu'en la mort, ils appartiennent à ses héritiers, quoiqu'elle décède avant son mari; & le sentiment de cet Auteur, appuyé d'un Arrêt du Parlement de Toulouse, semble mériter la préférence, parce qu'une telle clause, qui doit nécessairement produire quelque effet, seroit inutile, si elle n'attribuoit pas à la

femme une propriété incommutable du jour du contrat de mariage, afin qu'elle ait la liberté d'en disposer pendant sa vie ou en mourant, quoiqu'elle laisse son mari survivant. ¶ Et c'est ainsi que les nouveaux Arrêts du Parlement de Grenoble, rapportés par Basset, tom. 2, liv. 4, tit. 5, ont jugé la question. ¶

Il reste à examiner une quatrième espèce de donation, différente de toutes celles dont nous venons de parler; savoir, lorsque le fiancé donne à sa fiancée, & vice-versâ, certains biens, ou une somme en deniers. On peut la considérer par rapport à quatre cas différens. Premièrement, en thèse, & sans aucune circonstance particulière. En second lieu, lorsque la donation est conçue à la vérité entre-vifs; mais elle a trait de tems à la mort du donateur. En troisième lieu, dans le cas qu'il a été stipulé un augment ou autre gain nuptial, outre la donation. En quatrième lieu, lorsque la donation est faite pour en disposer, tant en la vie, qu'en la mort, ou aux plaisirs & volontés du donataire.

Commençons par la discussion de la question en thèse. Les avis des Auteurs sont partagés; *Me. Lucien Soefve*, dans son recueil d'Arrêts, tom. 1, centur. 3, ch. 40, dit que par le droit civil les donations entre-vifs, faites par contrat de mariage entre les futurs époux au profit l'un de l'autre, non-seulement sont autorisées, mais encore quand ces donations sont une fois parfaites, elles ne peuvent plus être révoquées, & les biens donnés ne retournent pas au donateur, quoique le donataire prédécède, suivant la loi 66, ff. de donat. inter vir. & uxor. la loi 1, §. 1, ff. de donat. la loi 8, ff. de reb. dub. la loi 1 & la loi 13, cod. de donat. ante nupt. & la loi 13 cod. de donat. inter virum & uxorem.

Ricard, des donations, tom. 1, part. 3, n°. 819, & seq. après avoir discuté la question de part & d'autre, est du même avis, & se fonde sur la disposition de la loi 8, cod. de donat. ante nupt. & sur l'autorité de *Dumoulin*, tractat. de donat. in contractu matrimonii factis, n°. 14, qui distingue les donations à cause des noces, lesquelles renferment la condition tacite de survie, avec les donations entre-vifs & absolues, lesquelles ne renferment pas une pareille condition.

nion de Cambolas.

Préjugé du Parlement de Grenoble.

21. De la Donation de certains biens, ou d'une somme, faite par le fiancé à sa fiancée, & vice-versâ.

22. Distinction de quatre cas.

23. Examen de la question en Thèse.

24. Auteurs qui sont d'avis que la condition de survie n'est pas sous-entendue.

25. Loix employées pour autoriser ce sentiment.

26. Avis de Ricard & de Dumoulin.

27. Autorités pour l'opinion contraire.

Au contraire, *Boné*, dans le vingt-quatrième de ses Arrêts, soutient que c'est une décision reçue au Palais & fondée sur le texte de la loi *Si liberis 18*, *cod. de donat. ante nuptias*, que les donations faites entre conjoints en contrat de mariage, quoiqu'elles soient dites & qualifiées entre-vifs, sont censées avoir été faites *in casum supervitæ*; de sorte que les biens donnés retournent au donateur par le prédécès du donataire, quand même il auroit laissé des enfans. *Bechet*, dans son traité du droit de reversion, chap. 15, est du même avis; & *Belordeau*, dans ses observations forenses, liv. 3, part. 5, article 1, rapporte un Arrêt du Parlement de Bretagne du 6 Avril 1617, qui l'a jugé de même: par la raison que dans ces sortes de donations on considère uniquement la personne du donataire, & que la condition de survie est sous-entendue, *tacito juris intellectu*. On peut encore ajouter les autorités & les réflexions de *M. de Cambolas*, L. 4, ch. 31, & ce que *M. Expilly* & *Basset*, aux endroits ci-dessus cités, ont dit au sujet des bagues & joyaux, comme pouvant s'appliquer aux autres libéralités. Je ne parle pas de la loi *A marito 18*, *cod. de donat. inter vir. & uxorem*, ni de la loi *cùm alienam 10*, *cod. de legatis*, sur laquelle certains Auteurs ont fondé le droit de retour au profit des mariés qui se sont faits des libéralités dans leur contrat de mariage; parce que la première ne parle que d'une donation faite entre mariés, *constante matrimonio*, qui est révocable à volonté, & demeure caduque par le prédécès du donataire; & l'autre est trop éloignée pour pouvoir y fonder le droit de retour, qui est contre la nature de la donation entre-vifs, L. 1, ff. de donat.

28. Résolution, que la condition de survie doit être sous-entendue *tacito juris intellectu*.

29. Explication de la Loi 6, *Cod. de donat. ante nuptias*, qui autorise cette résolution.

Cette dernière opinion nous paroît plus équitable & plus conforme à l'esprit de la loi Romaine; & à bien examiner la loi 6, *cod. de donat. ante nuptias*, à laquelle les Auteurs n'ont pas fait attention, elle décide nettement la difficulté; c'est-à-dire, que les donations simples faites entre fiancés avant la célébration du mariage, sont valables, à la différence de celles qui sont faites entre mariés, *constante matrimonio*, parce qu'elles doivent être considérées comme des donations à cause de noces; & comme les donations à cause de noces renferment la condition tacite de survie, il en doit donc être de même des

donations simples entre fiancés, puisqu'elles valent de la même maniere.

Les loix quel'on cite pour appuyer l'opinion contraire, ne sont nullement concluantes; en effet, celles que *Soefve* rapporte, & les autres dont nous avons fait mention ci-dessus, décident seulement que les donations faites entre fiancés sont bonnes, & que le donateur ne peut pas les révoquer, ni aliéner ou hypothéquer les biens donnés au préjudice du donataire; & cela est vrai, pourvu que le donataire survive, parce que la survie est une condition qui fait résoudre la donation quand elle arrive, & par un effet naturel de la condition résolutive, la fait considérer comme si elle n'avoit point été faite; & il est si vrai que ces loix sont inutiles, que *Ricard*, qui ne les ignoroit pas, & qui néanmoins a soutenu l'opinion contraire, n'a seulement pas pensé de les employer pour appuyer son avis.

A l'égard de la loi 8, *cod. de donat. ante nupt.* qui est l'unique fondement de *Ricard*, il faut observer que cette loi n'a aucun rapport avec notre espece, puisqu'elle décide seulement que la donation faite par un homme à une femme avant d'avoir contracté mariage ensemble, demeure toujours ferme & irrévocable, quoique dans la suite le donateur & le donataire se soient mariés ensemble, & que la femme qui avoit pris possession des biens avant les fiançailles, en avoit transmis la propriété à ses héritiers, même étrangers, quoiqu'elle fût décédée avant son mari: la raison en est, parce que cette donation n'ayant aucun rapport au contrat de mariage, elle ne pouvoit pas être considérée comme une donation à cause de nocces; qu'ainsi on ne pouvoit pas y suppléer la condition de survie ou de retour qui n'avoit point été stipulé.

Notre opinion peut encore être confirmée par l'autorité de *Coquille*, au lieu ci-dessus cité, qui décide que ces sortes de libéralités doivent être réservées aux enfans procréés du même mariage; & cela sans doute parce qu'elles ne sont pas considérées comme des donations pures & absolues.

Pour la décision du deuxieme cas, nous pouvons prendre l'hypothese jugée par l'Arrêt du Parlement de Paris le 13 Avril 1688, rapporté au *Journal du Palais*, tom. 2, pag. 723; c'est-à-dire, lorsque la

30. Réponse aux Loix opposées.

31. Effet de la condition résolutive.

32. Explication de la Loi 8, Cod. de donat. ante nupt.

33. Examen du deuxieme cas, lorsque la Donation est conçue entre-

vifs; mais elle a trait de tems à la mort du donateur.

donation est faite par une veuve à son second mari en contrat de mariage, de semblable part & portion de ses biens qu'auroit un de ses enfans lors du décès de la donatrice; auquel cas, quoique la donation soit conçue entre-vifs, comme la quotité des biens est incertaine, & qu'elle dépend d'un événement qui a trait de tems à la mort de la donatrice, elle tient de la nature de la donation à cause de mort; & par conséquent elle est caduque par le prédécès du donataire, comme il a été jugé par l'Arrêt du 13 Avril 1688.

34. Examen du troisieme cas, lorsque la Donation est faite entre-vifs, outrel'augment ou autre gain nuptial.

35. Arrêt du Parlement de Toulouse, qui a jugé ce cas.

Que si la donation entre-vifs étoit faite à l'un des fiancés, outre l'augment ou autre gain nuptial, il faudroit décider le contraire; c'est-à-dire, que la donation seroit pure & absolue, & que le prédécès du donateur ne la rendroit pas caduque, comme il a été jugé par un Arrêt du Parlement de Toulouse, rendu en la Grand'Chambre le 30 Mai 1731, au rapport de M. Bastard, après deux partages, Compartiteur M. de Capella, entre Noble François de Gironde de Lalande, & Dame Suzanne du Tronc, mariés, & le Sieur Bertrand Servantié, en cette espece. Catherine du Tronc contracta mariage le 19 Février 1701, avec le Sieur Bertrand Servantié. Celui-ci fit donation dans son contrat de mariage à sa future épouse de la somme de 500 liv. & de plus les conjoints se donnerent réciproquement pour droit d'augment; savoir le Sieur Servantié, 1000 liv. en cas de prédécès, & la future épouse 500 liv. dans le même cas de prédécès.

Catherine du Tronc étant décédée sans enfans avant Servantié son époux, il y eut des contestations entre les héritiers de Catherine du Tronc & le Sieur Servantié, lesquelles furent compromises à des Arbitres, qui rendirent Sentence arbitrale le 2 Mai 1730, par laquelle il fut ordonné que la somme de 500 liv. gagnée par Servantié, pour droit de contre-augment, seroit compensée avec pareille somme de 500 liv. que Servantié avoit donné à sa femme. Sur l'appel relevé par Servantié, le procès porté sur le bureau, il intervint partage; M. le Rapporteur étoit d'avis de réformer la Sentence arbitrale, & de déclarer caduque la donation de 500 liv. faite à Catherine du Tronc, par les raisons & les autorités que nous avons rapportées ci-dessus, nonobstant

nonobstant la circonstance prise de la stipulation de l'augment, outre la donation, qui ne lui sembloit pas suffisante pour faire changer la décision.

Au contraire, M. le Compartiteur étoit d'avis de confirmer la Sentence arbitrale. Il se fondeoit, 1°. sur l'autorité de *Ricard*, & sur les raisonnemens de cet Auteur. 2°. Il disoit que la donation en question ne pouvoit être considérée comme un gain nuptial ou de survie, parce qu'il y avoit une stipulation expresse de l'augment; ce qui faisoit comprendre que la donation devoit être d'une nature différente. 3°. Que dans une espèce toute semblable, la question avoit été jugée par un Arrêt de la Chambre de l'édit de Castres, rapporté par *Boné*, Arrêt 24. Le partage porté à la première Chambre des Enquêtes, les Juges furent encore partagés; mais à la deuxième Chambre des Enquêtes on voida le partage, suivant l'avis de M. le Compartiteur, à cause des circonstances particulières; car selon les apparences, si la question s'étoit présentée en thèse, on n'auroit pas fait difficulté de déclarer la donation caduque, conformément à l'avis de M. le Rapporteur.

À l'égard du quatrième cas, lorsque la donation est faite pour en disposer, tant en la vie qu'en la mort, ou aux plaisirs & volontés du donataire, nous croyons que cette circonstance suffiroit pour empêcher la caducité de la donation, & pour la faire regarder comme pure & absolue, parce que la raison de la loi 6, *cod. de donat. ante nuptias*, qui est à notre avis celle qui doit servir de fondement à la décision de la difficulté en thèse, ne peut point s'appliquer à ce cas particulier; car la faculté de disposer aux plaisirs & volontés du donataire, ou en la vie & à la mort, suppose que la donation est pure & absolue, & que la propriété des choses données, est acquise au donataire au moment de la donation; autrement la faculté de disposer seroit inutile. On peut appliquer à ce cas les raisons & les Arrêts rapportés par *M. de Cambolas*, liv. 4, ch. 31.

36. Décision
du quatrième
cas.

QUESTION L.

- I. Si la Donation faite à une personne absente , est soutenue par l'acceptation du substitué aux mêmes biens donnés.
- II. Si supposé que la Donation soit nulle par le défaut d'acceptation , la substitution faite par le même Acte , & qui est acceptée par le substitué , est valable.

SOMMAIRES.

1. *Cas de la Question.*
2. *Examen de la premiere difficulté : raisons pour la validité.*
3. *Si la Donation & substitution sont deux corrélatifs.*
4. *Raisons contraires.*
5. *Des personnes qui peuvent accepter les Donations faites à autrui.*
6. *Réponse à la raison tirée de l'intérêt du substitué.*
7. *Le principal confirme l'accessoire ; mais l'accessoire ne peut pas confirmer le principal.*
8. *A separatis non fit illatio.*
9. *Quelles choses sont regardées comme corrélatives.*
10. *Raisons pourquoi l'acceptation du premier donataire sert au substitué , & non vice-versâ.*
11. *Examen de la deuxieme difficulté.*
12. *Premiere raison de la nullité de la substitution.*
13. *Deuxieme raison : l'accessoire suit la nature de son principal.*
14. *Troisieme raison : eadem res non potest diverso jure censerî.*
15. *Quatrieme raison : le premier donataire ne peut pas rendre , s'il ne prend.*

16. Cinquieme raison : la substitution est un transport de la Donation sur la tête du substitué.
17. Raison tirée de l'Article 15 de l'Ordonnance du mois de Février 1731.
18. Raison pour la validité de la substitution acceptée.
19. La substitution est une seconde Donation.
20. La Donation peut être faite sous condition, ad certum tempus, & ex certo tempore.
21. La substitution doit valoir indépendamment de la validité de la premiere Donation.
22. Donation faite à plusieurs, est bonne pour ceux qui ont accepté, & nulle à l'égard de ceux qui n'ont pas accepté.
23. Deuxieme raison : l'accessoire ne suit pas la nature de son principal, quand il y a disparité de raison.
24. Exception à la regle, que l'accessoire suit la nature de son principal.
25. Exemples pour confirmer ces exceptions.
26. La substitution est bonne, quoique l'institution soit nulle ou caduque.
27. Différence entre la substitution contractuelle non acceptée, & celle qui est acceptée.
28. Résolution pour la validité de la substitution.
29. Réponse aux trois premieres raisons de l'opinion contraire.
30. Réponse à la quatrieme raison.
31. Réponse à la cinquieme raison.
32. Réponse à l'autorité de l'Ordonnance du mois de Février 1731.

TITIVS donne certains biens à *Mavius* absent, & sans que personne accepte pour lui; & par le même acte, il veut qu'après le décès de *Mavius*, ou après un tems certain, les biens donnés soient restitués à *Sempronius*, présent & acceptant. De ce cas naissent les deux difficultés proposées.

1. Cas de la Question.

On peut dire sur la premiere difficulté, pour soutenir que l'acceptation du substitué doit profiter au donataire, 1°. que, quoique régulièrement on ne puisse pas stipuler pour autrui, suivant le droit Ro-

2. Examen de la premiere difficulté : raisons pour la validité.

main, la règle n'a pas lieu, toutes les fois que celui qui stipule pour autrui, a intérêt que la stipulation vaille; L. 38, §. 17, ff. de verb. oblig. Or le substitué a intérêt de faire valoir son acceptation, afin que l'acte vaille dans toutes ses parties, & que la substitution ne puisse pas souffrir d'atteinte par la nullité de la première donation; il faut donc que l'acceptation du substitué profite au donataire.

3. Si la Donation & la substitution sont deux corrélatifs,

2°. La donation & la substitution contenues dans le même acte, sont deux corrélatifs qui doivent se régler de la même manière; & comme la substitution vaut par la seule acceptation du donataire, suivant la loi 3, cod. de donat. quæ sub modo, confirmée par l'article XI de l'ordonnance du mois de Février 1731, de même l'acceptation du substitué doit faire valoir la donation en faveur du donataire.

4. Raisons contraires.

Mais, nonobstant ces raisons, il faut décider que la donation est nulle par le défaut d'acceptation du donataire, sans que celle du substitué puisse lui être d'aucun secours, à moins que le substitué n'eût accepté pour lui & pour le donataire, & qu'il ne fût du nombre des personnes qui peuvent valablement accepter pour autrui, & dont il est parlé dans les articles V & VII de l'ordonnance du mois de Février 1731, ou que la donation n'eût été faite en contrat de mariage en faveur de l'un des conjoints, laquelle vaudrait sans acceptation, selon l'article X de la même ordonnance. Les raisons sont en premier lieu, que les anciennes ordonnances, confirmées à cet égard par celle du mois de Février 1731, article V, veulent que les donations soient acceptées par le donataire, ou par son Procureur fondé, à peine de nullité; ainsi l'acceptation d'un tiers qui n'a aucun pouvoir, ni par procuration, ni par le ministère de la loi, ne peut point servir au donataire.

6. Réponse à la raison tirée de l'intérêt du substitué.

L'intérêt que le substitué peut avoir que la première donation vaille, afin que sa substitution ne puisse point être attaquée, est trop éloigné pour qu'on puisse se départir dans ce cas de l'observation des ordonnances, qui requièrent l'acceptation du donataire, à peine de nullité; d'ailleurs les ordonnances n'ont pas excepté ce cas; & par conséquent il n'y a pas lieu de l'excepter; & l'on fera voir en examinant la deuxième difficulté, que la substitution

ne vaut pas moins, quoique la premiere donation ne soit pas acceptée, qu'ainsi le substitué est sans intérêt.

En second lieu, ou la substitution doit être regardée comme un accessoire de la donation, ou comme une seconde donation indépendante de la premiere, & également principale: au premier cas, l'acceptation du substitué est inutile au donataire, parce qu'il est bien vrai que la validité du principal influe sur celle de l'accessoire; mais l'accessoire ne peut jamais confirmer le principal, qui est nul; *L. 44, ff. de vulgari & pupill. substit.*

7. Le principal confirme l'accessoire; mais l'accessoire ne peut pas confirmer le principal.

Au second cas, il faut considérer la substitution comme un acte distinct de la premiere donation; & par conséquent en supposant que la substitution fût valable, elle ne pourroit pas couvrir la nullité de la premiere donation, parce que *à separatis non fit illatio*; à quoi l'on peut ajouter les raisons que nous avons expliquées dans la question premiere.

8. *A separatis non fit illatio.*

Du reste, ce seroit une erreur de croire que la donation & la substitution sont deux correlatifs, puisqu'on peut faire des donations sans faire à même-tems des substitutions; cependant afin que deux choses soient correlatives, il faut que l'existence de l'une suppose nécessairement celle de l'autre; ou, comme disent les Interprètes, *quæ nisi possint ad aliud referri, non existunt in rerum natura*; ce qui ne peut pas convenir à la donation par rapport à la substitution.

9. Quelles choses sont regardées comme correlatives.

Que si le droit Romain & les ordonnances font valoir, par la seule acceptation du donataire, la substitution contractuelle non acceptée par le substitué, c'est parce qu'on considère la substitution comme une suite de la donation, & qu'il suffit que le principal vaille, afin que l'accessoire doive sortir son effet; d'ailleurs les loix ont bien voulu tirer de la regle la substitution contractuelle à la faveur de l'acceptation de la donation; mais elles n'ont pas usé de même à l'égard de la donation, qu'elles n'ont pas voulu dispenser de l'acceptation, quoique la substitution fût acceptée, parce qu'il y a disparité de raison, à cause que l'accessoire ne peut pas confirmer le principal; *L. Ex pupillari 44, ff. de vulgari & pupillari substitutione*, quoique le principal confirme l'accessoire.

10. Raisons pourquoi l'acceptation du premier donataire sert au substitué, & non vice-versâ.

11. Examen de la deuxième difficulté.

12. Première raison de la nullité de la substitution.

13. Deuxième raison: l'accessoire suit la nature de son principal.

14. Troisième raison: *eadem res non potest diverso jure censi.*

15. Quatrième raison: le premier donataire ne peut pas rendre, s'il ne prend.

16. Cinquième raison: la substitution est un transport de la Donation sur la tête du substitué.

17. Raison tirée de l'Article XV de l'Or-

A l'égard de la deuxième difficulté, qui consiste à savoir si la donation non acceptée étant nulle, la substitution des biens donnés n'est pas nulle aussi, elle n'est pas si facile à résoudre que la première. On peut dire pour la nullité de la substitution; premièrement, que la donation est la base & le fondement de la substitution faite dans le même acte; or la donation étant nulle, on ne peut pas concevoir que la substitution qui porte sur un fondement vicieux, puisse être soutenue par l'acceptation du substitué; car le fondement est ce qui soutient ce qui y est appuyé; & lorsqu'il manque, tout le reste doit nécessairement tomber.

2°. La substitution étant l'accessoire de la donation, dès que celle-ci est nulle, la substitution doit être également nulle, suivant cette règle de droit: *Cum principalis causa non consistit, ne ea quidem quæ sequuntur locum habent. L. Nihil 129, §. 1, ff. de reg. jur. & selon cette autre règle: Accessorium sequitur naturam sui principalis, cap. Accessorium 42, de reg. jur. in 6°.*

3°. Puisqu'il s'agit des mêmes biens donnés par la même personne, & dans un même acte en faveur de deux personnes, pour en profiter successivement, & à différens tems, si la donation ne peut pas valoir en faveur de l'une, il faut qu'elle soit nulle à l'égard de l'autre, parce que *eadem res non potest diverso jure censi*, suivant plusieurs textes du droit civil & canonique.

4°. Le premier donataire étant chargé de rendre au substitué au tems marqué par la donation, s'il ne peut pas prendre les biens donnés à cause de la nullité de la donation, il ne peut pas les rendre au substitué; ainsi la substitution contractuelle ne pourra être utile au substitué qu'autant que le donataire pourra recueillir le fruit de la donation pour le restituer au substitué.

5°. La substitution contractuelle n'est autre chose qu'un transport de la donation sur la tête du substitué; il faut donc que la donation principale subsiste, afin que l'effet puisse en être transféré au substitué.

Enfin, l'article XV de l'ordonnance du mois de Février 1731, fournit un argument qui semble fort pressant pour confirmer cette opinion, en ce qu'il

déclaré que la donation des biens à venir doit produire la nullité, même pour les biens présents, à cause de l'individuité de l'acte; d'où l'on peut conclure que la nullité de la donation doit entraîner celle de la substitution.

Au contraire, on peut alléguer plusieurs raisons en faveur de la validité de la substitution. La première, que la substitution n'est pas proprement un accessoire, ou une dépendance de la donation; mais elle est une seconde donation, comme le soutient *M. Cujas sur le titre du code de donationibus quæ sub modo; & M. le Président Faber, de erroribus, Pragmat. Decade 47, error. 7., n°. 5*, où ce dernier Auteur dit en parlant du substitué: *Respondeo hunc quodque donatarium esse, sed secundum ut probant verba dictæ legis 3, (Cod. de donat. quæ sub modo,)* laquelle seconde donation est aussi principale que la première.

Il est vrai que l'effet en est suspendu jusqu'au tems fixé par la donation; mais cela n'empêche pas la validité, parce que les donations peuvent être faites, non-seulement sous condition, mais encore pour avoir effet jusqu'à un certain tems, ou pour commencer leur effet à un certain tems; *L. 25, cod. de donat. & rubrica, cod. de donationib. quæ sub modo vel conditione, vel certo tempore consciuntur.*

Or si la substitution est une seconde donation principale, & indépendante de la première, elle doit donc avoir son effet quand elle est revêtue de l'acceptation du second donataire, soit que la première vaille ou soit nulle; & rien n'empêche qu'un même acte ne puisse renfermer des dispositions nulles, & d'autres qui soient valables, lorsque ces différentes dispositions regardent des personnes différentes, & que l'invalidité procède d'une nullité relative, comme est celle du défaut d'acceptation du premier donataire; & comme on ne peut pas contester qu'une même donation faite à plusieurs personnes, dont certaines ont accepté, les autres non, ne soit valable en faveur de celles qui ont accepté, demeurant nulles à l'égard de celles qui n'ont pas accepté, ainsi que nous l'avons établi dans la question première; aussi ne peut-on pas contester avec fondement que la substitution acceptée par le substitué, & qui par-là se trouve revêtue de la for-

18. Raisons pour la validité de la substitution acceptée.

19. La substitution est une seconde Donation.

20. La Donation peut être faite sous condition *ad certum tempus & ex certo tempore.*

21. La substitution doit valoir indépendamment de la validité de la première Donation.

22. Donation faite à plusieurs, est bonne pour ceux qui ont accepté, & nulle à l'égard de ceux qui n'ont pas accepté.

malité nécessaire pour la faire valoir, ne soit bonne; quoique la premiere donation soit inefficace par le défaut d'acceptation.

23. Deuxieme raison: L'acceptation ne s'ensuivroit pas qu'elle dût suivre le sort de son principal; parce que, selon *M. Tiraqueau*, & une foule de Docteurs par lui cités dans son traité *du Retrait lignager*, §. 1, *gloss.* 18, n°. 59, l'accessoire ne s'ensuivroit pas la nature de son principal, quand il y a diversité de raison: *Et generale est*, dit cet Auteur, *ut accessorium non sequatur naturam principalis, cum ratio utriusque diversa est.* Ce qui s'applique parfaitement au cas présent, puisque la donation n'est nulle que par le défaut d'acceptation du donataire; raison qui ne peut pas s'appliquer à la substitution, puisqu'elle est acceptée par le substitué.

24. Exceptions à la regle, que l'accessoire suit la nature de son principal, souffre deux autres exceptions. La premiere, quand l'accessoire peut se soutenir par lui-même, *quando accessorium per se stare potest.* La deuxieme, lorsqu'il est également principal, *quotiens æquè principale est*, selon *M. Philippi*, *rép.* 52, n°. 24. Or on a montré ci-dessus que la substitution est une seconde donation, aussi principale que la premiere; & quand elle seroit accessoire, rien n'empêche qu'elle ne puisse subsister, indépendamment de la premiere; car il importe peu que le donateur fasse la libéralité en premier ou second rang, il faut toujours l'exécuter en faveur de celui qui a rempli les formalités qui peuvent la faire valoir en sa faveur.

25. Exemples pour confirmer ces exceptions. Cela se confirme par des exemples qui paroissent extrêmement concluans; car, quoique l'institution testamentaire soit caduque par le prédécès de l'héritier institué, la substitution contenue dans le même testament, ne laisse pas de valoir, suivant la loi unique, §. *In primo* 3, *cod. de caducis tollendis*, & *Ranchin*, sur la question 531 de *Guipape*, quoiqu'elle soit un accessoire & une dépendance de l'institution; ce qui est fondé sans doute sur ce que la substitution est un accessoire qui peut subsister indépendamment de son principal; c'est-à-dire, de l'institution; de même, quoique l'institution soit emportée pour cause de préterition ou d'exhérédation injuste, les

Substitutions & les autres dispositions du testament sont soutenues, comme le prouve fort bien *M. Maynard*, liv. 5, ch. 12. On pourroit en rapporter plusieurs autres; mais ils seroient superflus.

La quatrième, il ne faut pas confondre la substitution qui n'a pas été acceptée par le second donataire, avec celle qui a été acceptée. Dans le premier cas, il est vrai que la substitution ne pouvant valoir que par la volonté du donateur, consignée dans la donation, si la donation principale est nulle, la substitution doit l'être aussi; parce qu'alors rien ne peut la faire subsister par elle-même, que sa validité dépend de celle de la donation, & que la volonté du donateur, qui est le fondement de la validité de la substitution, suivant la loi 3, *cod. de donationib. quæ sub modo*, n'est pas constatée par un acte valable; mais il en est autrement quand le substitué accepte la seconde donation, auquel cas elle se soutient par elle-même, parce qu'elle est revêtue des formalités nécessaires pour la faire valoir, indépendamment de la validité de la première donation.

Les raisons qui sont employées pour soutenir la validité de la substitution acceptée par le second donataire, nous paroissent supérieures, & mériter la préférence sur celles de l'opinion contraire; ce qui seroit encore moins susceptible de doute à notre avis, si la donation portoit, qu'après le tems fixé, ou après la mort du premier donataire, les biens appartiendroient au second; ou s'il étoit dit que le donateur faisoit donation entre-vifs des mêmes biens au second donataire présent & acceptant, parce que dans ce cas la seconde donation seroit absolument indépendante de la première, & également principale.

Les trois premières raisons de l'opinion contraire se trouvent suffisamment réfutées par celles qui servent de fondement à la validité de la substitution acceptée par le substitué: on peut encore ajouter que, selon la loi *Cùm principalis* 178, ff. de reg. jur. il n'est pas absolument vrai que l'accessoire suive toujours la nature de son principal, puisque cette loi se sert du mot *plerumque* pour faire comprendre que cela arrive communément, mais non pas toujours.

27. Différence entre la substitution contractuelle non acceptée, & celle qui est acceptée.

28. Résolution pour la validité de la substitution.

29. Réponse aux trois premières raisons de l'opinion contraire.

30. Réponse
à la quatrième
raison.

A l'égard de la quatrième raison que le premier donataire puisse prendre la libéralité ou non, le droit du second n'en est pas moins fondé sur la volonté du donateur qui a voulu faire passer les biens sur la tête du second donataire, après le terme fixé, laquelle volonté concourant avec celle du second donataire acceptant, est un titre suffisant, aux termes de la loi 3, *cod. de donat. quæ sub modo*, qui considère principalement la volonté du donateur pour la validité de la substitution.

31. Réponse
à la cinquième
raison.

Pour répondre à la cinquième raison, il suffit d'observer que la substitution n'est pas un transport du droit du premier donataire sur la tête du second, mais une seconde donation à tems, & dont le substitué ne doit profiter qu'après l'échéance du terme: Voilà pourquoi la nullité ou la caducité de la première ne doit pas nuire à la validité de la seconde, tout comme la nullité ou la caducité de l'institution testamentaire ne nuit pas aux substitutions, ni aux autres dispositions du même testament.

32. Réponse
à l'autorité de
l'Ordonnance
du mois de Fé-
vrier 1731.

Pour ce qui est de la dernière raison, prise de l'article XV de l'ordonnance du mois de Février 1731, elle paroît étrangère, parce que la donation des biens présents & à venir en faveur de la même personne, procède de la même volonté & de la même disposition; qu'ainsi elle est indivisible; au lieu que la première donation & la substitution renferment deux volontés différentes, qui regardent deux personnes, & qui sont divisées de plein droit.

F I N.



T A B L E

D E S M A T I E R E S

D E S Q U E S T I O N S.

A

A *C*ceptation du Notaire, n'attribue aucun droit au donataire, quest. 1, n. 2. La Donation doit être acceptée par le donataire ou par son Procureur fondé ou légal, afin que le droit lui soit acquis, *ibid.* n. 1. L'acceptation du codonataire ne profite pas à l'autre, *ibid.* n. 3. à moins qu'il ne soit du nombre des personnes qui ont droit d'accepter pour le codonataire absent, *ibid.* Si la charge de rendre à un tiers absent les biens donnés, vaut par l'acceptation du donataire, *ibid.* n. 4. La Donation n'est parfaite que par l'acceptation, *ibid.* n. 5. Si la Donation acceptée par l'un des codonataires, vaut pour le tout en sa faveur, quest. 1, n. 12, & suivans. Pourquoi l'acceptation est-elle requise aux Donations, *ibid.* n. 33, 34 & 41. La prise de possession de la chose donnée étoit une acceptation suffisante, suivant le Droit Romain, n. 38. Comment la Donation faite à un enfant peut être acceptée, n. 39.

A *C*ceptation : les tuteurs & curateurs, conjointement avec leurs pupilles ou mineurs, peuvent accepter les Donations, quest.

2, n. 1. Si le pupille peut, sans l'autorité de son tuteur, accepter la Donation à lui faite, *ibid.* n. 2, & suivans. *Q*uid, du mineur qui a un curateur, *ibid.* n. 3, n. 21, & suivans. Résolution, que le pupille peut, selon le Droit Romain, accepter une Donation, *ibid.* n. 9. L'acceptation de la Donation n'est pas un Acte solennel, *ibid.* n. 23, & suivans. L'Esclave pouvoit accepter la Donation faite au pupille, *ibid.* n. 36, & quest. 3, n. 22. La Donation peut être acceptée par Procureur fondé, quest. 2, n. 41. Si l'acceptation du tuteur doit être accompagnée de l'avis des parens du pupille, n. 46, & suivans. Pourquoi l'acceptation est requise au Parlement de Toulouse, n. 50.

A *C*ceptation : si les ascendans peuvent accepter les Donations faites à leurs descendans, quest. 3, n. 26. Si la Donation peut être acceptée par le père du donataire, *ibid.* n. 3 & 4. Si la mere ou l'ayeule peuvent accepter la Donation faite à leur fils ou petit-fils, lorsqu'elles sont tutrices, *ibid.* n. 6. *Q*uid, des autres ascendans qui ont la même qualité de tuteurs, n. 7. Si

les ascendants qui ne sont point tuteurs, ni administrateurs, peuvent accepter les Donations pour leurs descendants, *ibid.* n. 10, & suivans. L'acceptation de la Donation doit être faite par le donataire ou par son Procureur fondé, *ibid.* n. 11. Si la réciprocité de l'obligation a fait introduire l'acceptation, *ibid.* n. 19, 20, & suivans. La Donation est bonne quand elle a été acceptée par une personne qui a un pouvoir légal pour agir au nom du donataire, *ibid.* n. 23. Si le pere ou la mere naturels peuvent accepter les Donations faites à leurs enfans bâtards, *ibid.* n. 27.

Acceptation : si le mari peut accepter la Donation faite à sa femme absente, quest. 4. Si l'acceptation doit être faite par Procureur fondé, quand la Donation a été acceptée par une personne qui avoit un pouvoir légal pour l'accepter, question 4, n. 12.

Acceptation : si la Donation peut être révoquée avant l'acceptation, quest. 5, n. 1, jusqu'au n. 24. Si la charge de rendre à un tiers peut être révoquée avant que le substitué ait accepté, *ibid.* n. 24, jusqu'au n. 58. Si la charge de rendre à un tiers, est révocable avant que le tiers ait accepté, lorsque la premiere Donation a été acceptée par une personne qui avoit droit de stipuler pour le tiers absent, *ibid.* n. 58, & suivans. La Donation n'est parfaite, & le droit n'est acquis au donataire, que quand il a accepté, *ibid.* n. 5 & 16. Avant l'acceptation, la Donation n'est qu'un simple projet, *ibid.* n. 6. La simple promesse, non suivie de l'acceptation, ne produit aucune action, quest. 5, n. 7. Tandis qu'il n'y a point d'acceptation, la chose promise demeure en la disposition du

donateur, *ibid.* n. 7. La Donation ne peut avoir d'effet que depuis l'acceptation, quest. 7, n. 8. La Donation est nulle jusqu'à ce qu'elle soit acceptée, *ibid.* n. 9.

Acceptation : si la Donation peut être acceptée après la mort du donateur, quest. 5, n. 16. Pourquoi; n. 21. Elle peut être acceptée, tandis que le donateur vit, pourvu qu'il n'ait pas révoqué, *ibid.* n. 17. Si l'acceptation faite *ex post facto* a un effet rétroactif, *ibid.* n. 1 & 18. Si l'acceptation du premier donataire rend parfaite la Donation, même pour la charge de rendre à un tiers absent, *ibid.* n. 17 & 43. Si les Donations faites aux enfans à naître ou à ceux qui soient nouvellement nés, valent sans acceptation, quest. 5, n. 86 & 87.

Si l'Acceptation faite après-coup a un effet rétroactif au jour de la Donation, quest. 6. Avis des Auteurs, & autorités pour l'affirmative, *ibid.* n. 2 & 3. Décision pour la négative, suivant les Ordonnances, *ibid.* n. 5.

Si les héritiers du donataire peuvent accepter une Donation à lui faite, & qu'il n'avoit pas accepté de son vivant, quest. 7. L'acceptation ne peut pas être faite après la mort du donateur, *ibid.* n. 2. Raison de cela, *ibid.* n. 3.

L'acceptation de la Donation ne produit aucune action contre le donataire, quest. 8, n. 40. Elle est relative à la libéralité, & ne produit tout au plus qu'une action personnelle *in rem scripta*, *ibid.* n. 41.

Acceptation : si la Donation à cause de mort vaut sans acceptation, suivant le Droit Romain, quest. 47. *Quid*, selon l'Ordonnance du mois de Février 1731, *ibid.* *in principio*. Trait Historique, qui indique la véritable origine de l'acceptation des Donations,

ibid. n. 25. La dédition a besoin d'acceptation, tout comme la Donation, *ibid.* n. 24 & 25.

Acceptation : si la Donation faite à une personne absente est fournie par l'acceptation du substitué aux mêmes biens donnés, quest. 50, n. 1, & suivans, jusques au n. 11. Si supposé que la Donation soit nulle, la substitution faite par le même Acte, & qui est acceptée par le substitué, est valable, *ibid.* n. 11, & suivans. Quelles sont les personnes qui peuvent accepter pour autrui, *ibid.* n. 5. La Donation en faveur de mariage n'a pas besoin d'acceptation, *ibid.* Raisons pourquoi l'acceptation du premier donataire sert au substitué, quest. 50, n. 10.

Accessoire : le principal confirme l'accessoire, mais l'accessoire ne peut pas confirmer le principal, quest. 50, n. 7. L'accessoire ne suit pas la nature de son principal, quand il y a disparité de raison, *ibid.* n. 23 : comme aussi *quando accessorium per se stare potest*, & lorsqu'il est également principal, *ibid.* n. 24. Exemples de cela, *ibid.* n. 25 & 26.

Accroissement : s'il a lieu dans les Donations entre-vifs, quest. 1, n. 12. Sur quoi est fondé le droit d'accroissement, *ibid.* n. 15, jusques au n. 23. Auteurs qui ont tenu que le droit d'accroissement n'a pas lieu aux Contrats, *ibid.* n. 17 & 18. Quand on est fondé en la volonté solidaire, l'accroissement a lieu, ou plutôt *ius non decrescendi*, n. 21, 22, 23, 24 & 25.

Achat : si lorsqu'on achete pour soi & pour autrui, le droit est acquis à autrui pour la moitié, quest. 1, n. 6. Si l'achat vaut en entier pour celui qui a stipulé, *ibid.* n. 16. Pourquoi un tel achat vaut pour le tout en faveur de celui qui a acheté,

n. 28, 29 & 30. Dans le Contrat d'achat *id quod bonum & æquum est tantum spectatur*, quest. 1, n. 28. On n'est pas présumé avoir voulu acheter partie de la chose, n. 29. L'acheteur évincé du fonds n'est pas obligé d'en payer le prix, quest. 8, n. 49. L'action *ex empto* pour demander les dommages & intérêts, est de la nature du Contrat d'achat, quest. 25, n. 63.

Action : de quelle action est tenu le donataire pour accomplir la charge qui lui a été imposée, ou pour le paiement des dettes, quest. 8, n. 24, 27, & suivans, n. 41, 42, 43, v. *Dettes. Donataire*. L'action personnelle subsiste, nonobstant la perte des biens donnés, quest. 8, n. 37. L'acceptation ne produit aucune action contre le donataire, *ibid.* n. 40. On se dégage de l'action personnelle *in rem scripta* en abandonnant le bien, *ibid.* n. 42. Si la convention entre le donateur & le donataire acquiert un droit ou une action aux créanciers du donateur, quest. 8, n. 59. Action Favienne & Calvisienne, quelle est-elle, quest. 9, n. 29. Action Paulienne, quand compete-t-elle, quest. 10, n. 12. Différence entre l'action Paulienne & le retranchement pour la légitime, quest. 10, n. 48. Si la Donation de tous les biens, meubles & immeubles comprend les actions, quest. 31, n. 3, & suivans. Si la concession des biens faite indéfiniment, comprend les actions, *ibid.* n. 8. Si le mot *biens* comprend les actions, *ibid.* n. 9. Si les actions sont une troisième espece de biens différente des meubles & des immeubles, *ibid.* n. 19, 20, & suivans. Les actions sont des choses incorporelles, *ibid.* n. 24. Différence entre les actions & les meubles & immeubles, *ibid.* n. 25, & suivans.

Les actions *non circumscribuntur loco*, *ibid.* n. 30. Raifons pour établir que les actions ne font pas *tertium genus bonorum*, *ibid.* n. 31, & fuivans. Les actions font divifées de plein droit, *ibid.* n. 38. Les actions peuvent être vendiquées, *ibid.* n. 60. L'action Publicienne compete pour les droits incorporels, *ibid.* n. 61. Les actions dotales doivent être reftituées dans le même délai que les meubles, *ibid.* n. 62. Loix qui ont mis les actions au rang des meubles, *ibid.* n. 64, 65, 66. Dans plusieurs cas, il faut néceffairement mettre les actions au rang des meubles ou des immeubles, *quest.* 31, n. 68. Les actions *non circumscribuntur loco*, *ibid.* n. 30 & 86.

Actus legitimi in totum vitiantur per temporis vel conditionis adjectionem. q. 2, n. 21. L'acceptation d'une Donation n'est pas un Acte folemnel, *ibid.* n. 23, & fuivans. Quels font les Actes folemnels, n. 24. Dans le doute, on doit faire valoir les Actes, *quest.* 35, n. 70.

Affranchis : quelles obligations contractoient-ils en recevant la liberté? *quest.* 14, n. 36. Ils devoient à leurs Patrons le refpect, la révérence, les fervices, les œuvres manuelles & les alimens, de même qu'à leurs enfans, quoiqu'ils ne fuffent pas héritiers de leur pere, *ibid.* & n. 35. Les Patrons avoient part à la fuffeffion de leurs affranchis, *ibid.* n. 38. Si l'affranchi est eftime faire fraude à fon Patron en conftituant une dot à fa fille, *quest.* 10, n. 49. Comment le Patron fuccédoit-il à fon affranchi? *quest.* 9, n. 29. La Donation faite par le Patron à fon affranchi, étoit un renverfement d'ordre, *quest.* 14, n. 39.

Aliénation, est alienatio omnis actus per quem dominium transfertur,

quest. 21, n. 31. Si le fils de famille peut aliéner les biens dont le pere a l'ufufruit, *jure patrie potestatis*, *ibid.* n. 20 & 21. De l'aliénation du fonds dotal, v. *Dot.*

Augment : fi l'on peut argumenter des Testamens aux dernières volontés, *quest.* 12, n. 6. Si l'on peut argumenter des Testamens aux Donations à caufe de mort, *quest.* 41, n. 17.

Avocat : les Loix ne défendent aux Avocats que les pactions injuftes, les exactions exceffives, & les conventions fur les Procès avec leurs Cliens, *quest.* 32, n. 33. Raifons de cette défenfe, *ibid.* n. 34. Ce qui n'a pas du rapport au Procès, & n'en est pas une fuite, est permis aux Avocats, *ibid.* n. 35. La qualité d'Avocat ne porte pas une préfomption contre lui, *ibid.* n. 38. Il n'y a aucune incapacité en la perfonne de l'Avocat, de recevoir des libéralités de leurs Cliens, *ibid.* n. 39. La Donation faite à l'Avocat peut être un effet de l'amitié ou de la reconnoiffance, *ibid.* n. 40. Raifons qui donnoient une grande autorité aux Avocats des Romains, *ibid.* n. 43. Les Donations ne leur étoient pas défendues, *ibid.* n. 44. Il y a moins de raifon de les défendre aux Avocats de ce tems, *ibid.* n. 45. Préfomption en faveur des Avocats, *ibid.* n. 48. L'Ordonnance de 1539 ne peut pas être étendue aux Avocats, *ibid.* n. 49. Raifons de cela, *ibid.* n. 50, 51, 53. Encore plus quand l'Avocat a prêté fon miniftère pendant long-tems à la partie, *ibid.* n. 54. La Donation faite à l'Avocat par fon Client, est la récompense d'un travail inestimable, *ibid.* n. 55. Ce que les Princes & les Seigneurs donnent à leurs Avocats, ne peut égaler la récompense qu'ils méritent, *ibid.* n. 56. Témoigna-

ge de M. Talon, Avocat-Général au Parlement de Paris, en faveur des Avocats, *ibid.* n. 62.

Avocat : si les Avocats sont incapables de recevoir des Donations & des libéralités de leurs Parties, tandis que le Procès dure, quest. 32. Auteurs qui ont tenu pour la nullité des Donations entre-vifs & testamentaires, *ibid.* n. 3. Raisons de cette opinion, *ibid.* n. 4, & suivans. Auteurs qui ont distingué les Donations entre-vifs d'avec les testamentaires, *ibid.* n. 8. Raisons & autorités pour appuyer cette distinction, n. 9. Auteurs qui tiennent indistinctement pour la validité des Donations & des libéralités, *ibid.* n. 10. Fondemens de cette opinion, *ibid.* n. 11, & suivans. Résolution pour cette opinion, *ibid.* n. 14. Quels Contrats sont défendus entre l'Avocat & son Client, *ibid.* n. 17 & 18. Si la société en fait de Commerce est défendue entre l'Avocat & son Client, *ibid.* n. 19. Défenses aux Avocats par la Loi *Cincia* de rien exiger de leurs Clients, *ibid.* n. 22. Renouvellement de la Loi *Cincia*, par la Loi *Titia*, *ibid.* n. 23. Fixation de l'honoraire des Avocats par l'Empereur Claude, *ibid.* n. 24, 25 & 26. Arrêt du Sénat Romain, qui ordonnoit aux Plaideurs de jurer qu'ils n'avoient rien promis ni donné à leurs Avocats, *ibid.* n. 27. Loi de l'Empereur Constantin pour réprimer l'avarice des Avocats Romains, *ibid.* n. 28. Il est défendu aux Avocats de faire des pactes de *quota litis*, *ibid.* n. 16, 17, 29. Concussions défendues aux Avocats, *ibid.* n. 30. Défense aux Avocats de se faire défrayer en voyage par leurs Clients, *ibid.* n. 31, & d'exiger des honoraires excessifs, *ibid.* n. 32.

Autorité : si l'autorité est requise, ou seulement la permission du pere, pour la validité de la Donation du fils de famille, quest. 21, n. 3 & 4. Lorsque l'autorité est requise, elle doit être prêtée dans l'Acte même, & non avant ni après, *ibid.* n. 10. Si la femme peut contracter sans l'autorité de son mari en Pays de Droit Ecrit, quest. 24, n. 1.

B

B **Atards** : le pere & la mere naturels peuvent accepter les Donations faites à leurs enfans bâtards, quest. 3, n. 27. Le pere & la mere doivent les alimens à leurs bâtards, *ibid.* n. 28, & quest. 18, n. 13 & 14. La mere est nourrice de son enfant bâtard, quest. 3, n. 29. Ce qui est donné au bâtard par son pere ou sa mere, au-delà des alimens, est réductible, quest. 18, n. 5, 6 & 10. Par qui cette réduction peut-elle être demandée, n. 7. Si le pere la demandoit, il devroit recourir à la Loi *Si unquam*, n'y étant pas fondé autrement, n. 7, 8 & 9. Si la Donation faite par le pere à son fils bâtard, est révoquée par la Loi *Si unquam*, lorsqu'il lui survient des enfans légitimes, & que la Donation excède les alimens, quest. 18, n. 1, jusques au n. 12. *Quid*, si la Donation n'est pas excessive, & ne passe pas les bornes des alimens, n. 12, & suivans.

Biens : *bona non dicuntur nisi deducto aze alieno*, quest. 8, n. 13. Si l'inégalité des biens entre enfans est permise par le Droit Romain, quest. 9, n. 26. Les biens des parens sont destinés à leurs enfans par un vœu commun de la nature & des parens, quest. 13, n. 17, & quest. 14, n. 15 & 16.

Biens : le mot *biens* répond au terme Latin *bona*, quelle est

fon étendue, quest. 31, n. 9. Le mot *biens* comprend une universalité, *ibid.* n. 10. Dans la Coutume de Paris, on ne connoît que deux sortes de biens, les meubles & les immeubles, quest. 31, n. 70 & 71.

C

Cause pie : si la cause pie, & les enfans vont d'un pas égal, quest. 13, n. 5. Si la copulative est convertie en disjonctive en faveur de la cause pie, comme en faveur des enfans, *ibid.* n. 9. Les legs faits à la cause pie, ne souffrent pas la falcidie, *ibid.* n. 10, même en concours avec les enfans, n. 11. La cause pie jouit de plusieurs privilèges, & mérite d'être tirée des règles communes, *ibid.* n. 12. Les dispositions imparfaites valent en faveur de la cause pie, tout de même qu'en faveur des enfans, *ibid.* Dans le concours, les enfans doivent l'emporter sur la cause pie, *ibid.* n. 16. Les privilèges que les Auteurs ont dit appartenir à la cause pie, n'ont pour la plupart aucun fondement, & les Canonistes, qui ont parlé par faveur ou par intérêt propre, ont fait un monstre de la cause pie, en la comblant de privilèges imaginaires, quest. 13, n. 25. *Cessante causâ, cessat effectus*, quest. 7, n. 14, *cessante causâ prohibitionis, cessat prohibitio*, quest. 36, *reg.*

Cause : quand est-ce que la cause est réputée finale, quest. 23, n. 33. Si le mariage est la cause finale ou la cause impulsive de la Donation faite en contemplation de mariage, *ibid.* n. 32. Lorsque la cause finale manque, la Donation est anéantie, & le donateur peut répéter les cho-

ses données, *ibid.* n. 34. *Nihil refert utrum sine causa quid datum sit, aut causa secuta non sit*, *ibid.* n. 35.

Charge de rendre à un tiers les biens donnés ; quelle espece de libéralité est-elle, quest. 5, n. 36. Si elle peut être révoquée avant l'acceptation du tiers, *ibid.* n. 24, & suivans, n. 32, & suivans. Si la révocation peut se faire avant ou après le terme de la restitution, *ibid.* n. 40. Si la charge de rendre, tacitement comprise dans la Donation, est révocable avant l'acceptation ; quest. 5, n. 51, *bis*. Si pour la validité de la révocation, le consentement du premier donataire est requis, *ibid.* n. 52, 53, 54. Si la charge de rendre est révocable quand l'acceptation a été faite par le donataire qui a droit de stipuler pour le tiers absent, quest. 5, n. 58, & suivans. Si la charge de rendre vaut comme condition, ou comme pacte, ou comme fideïcommis, ou comme substitution, *ibid.* n. 66, & suivans. Si la charge de rendre, faite en Contrat de mariage, est révocable, quest. 5, n. 59.

Charges : le donateur peut obliger le donataire à exécuter les charges qui lui ont été imposées dans la Donation, quest. 8, n. 24 & 30. Par quelle action, *ibid.* Lorsque le donataire refuse d'exécuter les charges de la Donation, le donateur en peut demander la résolution, *ibid.* n. 27. Le légataire ou autre successeur particulier ne peut pas être grevé au-delà des forces de la libéralité, quest. 8, n. 53.

Codicille qui ne dépend pas du Testament, n'est pas rompu par l'agnation d'un posthume, quest. 12, n. 21.

Communion attire des contestations

tions, c'est un inconvenient que d'y tomber, quest. 1, n. 29 & 30.

Condition : les Donations peuvent être faites sous condition, quest. 38, n. 45.

Condition : la Donation faite par une personne qui n'a point d'enfans, renferme la condition tacite & légale qu'elle sera révoquée, s'il survient des enfans au donateur, quest. 11, n. 13. Cette condition détruit la libéralité lorsqu'elle arrive, & l'anéantit tout de même que si elle n'avoit pas été faite, *ibid.* n. 14. Cette condition est antérieure à toutes les obligations contractées par le donataire, *ibid.* n. 15. La condition dans les Contrats a un effet rétroactif, *ibid.* n. 16. Si le Monastere fait défaillir la condition *si sine liberis*, quest. 13, n. 8 & 22. *Quod sub una conditione datur, sub contraria conditione censetur ademptum*, quest. 38, n. 48.

Condition : la Loi *si unquam* renferme la condition tacite, que si le donateur a des enfans, la Donation sera résolue, quest. 16, n. 8. Lorsque la condition résolutive arrive, elle détruit l'Acte, & le réduit *ad non causam*, *ibid.* n. 9. Les enfans qui surviennent au donateur ne sont pas l'objet de la révocation de la Donation dans le cas de la Loi *si unquam*, mais seulement la condition, *ibid.* n. 10. La condition résolutive opere son effet, dès-aussitôt qu'elle arrive, *ibid.* n. 3. Dans les conditions, on ne considère que le pur fait, & non les fictions, q. 17, n. 61. Si les conditions *sunt stricti juris*, & ne s'étendent pas d'un cas à l'autre, quest. 19, n. 8 & 9. Lorsque la Donation est faite en faveur de mariage, le mariage est la cause finale, & la condition de la Dona-

Tome VI,

tion, quest. 23, n. 27. *Actus conditionalis defecta conditione nihil est*, quest. 29, n. 5. La condition *si sine liberis*, est sous-entendue dans les fidéicommiss faits par les ascendans, *ibid.* n. 7. Mais il en est autrement, si le fidéicommiss est fait par Contrat, *ibid.* n. 8. Pourquoi, n. 9, 10, 11 & 12. La condition doit être accomplie *in forma specifica*, quest. 38, n. 20. Les conditions anéantissent de plein droit les dispositions qui en dépendent, quest. 42, n. 57. La condition qui arrive a un effet rétroactif, quest. 43, n. 109. Si la condition de survie est sous-entendue dans les Donations faites entre conjoints dans leur Contrat de mariage, quest. 49, n. 8, & suivans, v. *Donation*. Si la Donation de survie renferme la condition de décès sans enfans, quest. 49, n. 13 & 14. Quel est l'effet de la condition résolutive, *ibid.* n. 31.

Confirmation : *jus sumitur à confirmante, non à confirmato*, quest. 43, n. 42. Comment cela doit-il s'entendre, *ibid.* n. 111.

Confusion : v. *Héritier*.

Consentement : celui qui consent à une chose faite par un autre, est censé la faire lui-même, quest. 21, n. 23.

Contrats : sont volontaires dans leur origine; mais quand ils sont faits, on est forcé de les exécuter, quest. 1, n. 43. La nature des Contrats synallagmatiques, est de lier irrévocablement, quest. 8, n. 1. On peut mêler un autre Contrat dans une Donation, *ibid.* n. 17. Si on peut revenir des Contrats sans nom, & sans repentir, quest. 8, n. 22. On ne doit pas raisonner sur l'interprétation des Contrats, comme sur celle des Testamens, quest. 26, n. 19. On ne supplée rien aux Contrats, *ibid.* n. 20,

H h

& quest. 29, n. 8. Dans les Contrats *casus omissus habetur pro omisso*, quest. 29, n. 9 & 10.

Contrats de mariage sont favorables, q. 49, n. 3. Ils sont susceptibles de toute sorte de conditions, *ibid.* n. 2. A moins qu'elles ne soient contre l'honnêteté publique ou les Loix prohibitives, *ibid.* n. 4 & 5.

Conventions doivent être entretenues, quest. 8, n. 20.

Copulative : si elle est convertie en disjonctive en faveur de la cause pie, tout comme en faveur des enfans, quest. 13, n. 9 & 23.

Correlatif : quelles choses sont regardées comme correlatives, quest. 50, n. 9.

Coutume : *ea quæ sunt moris & consuetudinis in bonæ fidei judiciis debent venire*, quest. 25 n. 62.

Curateur : *invito curator non datur*, quest. 2, n. 30. Si le curateur peut accepter la Donation faite à son adulte absent, *ibid.* n. 34. *Quid*, s'il n'est que curateur *ad lites*, *ibid.* n. 35. Le curateur peut acquérir des actions à son mineur, n. 37. Les Contrats passés avec le curateur sont regardés comme le fait du mineur, n. 38. Les Loix ont confondu le curateur avec le tuteur, & accordent à l'un & à l'autre le même pouvoir, n. 40. Le curateur *est loco Domini*, & est considéré comme une seule personne avec son mineur, n. 43. Le curateur a le même pouvoir que le Procureur fondé, n. 44. Mais il en est autrement du curateur *ad lites*, n. 45.

Curateur : Ordonnances qui défendent de donner au curateur, ou par des personnes interposées, quest. 33, n. 15 & 16. Quelles conditions sont requises, n. 17, & suivans, v. *Donation*. Le curateur décerné à une hérédité vacante, n'en est que dépositaire, quest. 44, n. 39.

D

D *Ate* : les Testamens, Codicilles & Donations à cause de mort, ne valent, & n'ont de date que du jour de la mort, quest. 9, n. 22.

Dérogation : *generi per speciem derogatur*, quest. 31, n. 37.

Dettes : de quelle action le donataire est tenu pour le payement des dettes, quest. 8, n. 11. La Donation n'est censée faite que de ce qui reste, les dettes payées, *ibid.* n. 13. *Bona non dicuntur, nisi deducto ære alieno*, *ibid.* Quand les dettes absorbent les biens, il n'y a point de Donation ni d'acceptation, quest. 8, n. 14. Le donataire n'est tenu des dettes qu'à concurrence de la valeur des biens, quoiqu'il n'ait point fait d'Inventaire, *ibid.* n. 15.

Discussion : quels étoient les degrés de discussion qu'il falloit suivre en faisant saisir les biens du débiteur, suivant le Droit Romain, quest. 31, n. 39. Si la même discussion devoit être observée dans l'aliénation des biens des mineurs, *ibid.* n. 40. Ordre de cette discussion, *ibid.* n. 41.

Domestique : si les Donations & dispositions faites par les Domestiques en faveur de leurs Maîtres, sont bonnes, quest. 34. Si les dispositions faites par les Maîtres en faveur de leurs Domestiques, sont nulles, *ibid.* n. 22, & suivans. Les Domestiques ne sont soumis à leurs Maîtres qu'autant qu'il leur plaît, *ibid.* n. 5. S'il y avoit une protestation antérieure, la Donation seroit nulle, *ibid.* n. 7. Il n'est pas séant aux Maîtres d'extorquer des Donations de leurs Domestiques, *ibid.* n. 8. Ces questions doivent se décider sur les circonstances, *ibid.* n. 9 & 20.

Donataire : à quoi est tacitement obligé en acceptant la Donation, quest. 2, n. 5. Doit payer

- les dettes, nourrir le donateur, en cas de nécessité, & rendre la chose donnée, en cas de survenance d'enfans, ou d'ingratitude, *ibid.*
- Donataire** : raisons pourquoi le consentement du donataire est requis pour la validité des Donations, q. 3, n. 17, 18, 19. Si le donataire doit nourrir le donateur, quest. 39, n. 63.
- Donataire** qui meurt avant l'acceptation, ne transmet aucun droit à ses héritiers sur les biens donnés, quest. 7, n. 10.
- Si le **donataire** peut répudier la Donation qu'il a acceptée, quest. 8. Quelle est la nature de l'obligation que le donataire contracte en acceptant une Donation, *ibid.* n. 3. Le donataire qui n'a été chargé de rien, peut répudier, *ibid.* n. 6. Quand le donataire accepte, ce n'est pas pour s'obliger, *ibid.* n. 9. Mais afin que l'Acte soit parfait, & qu'il cesse d'être un simple projet, *ibid.* Le donateur ni ses créanciers n'ont pas droit de s'opposer à la répudiation, quand le donataire n'a été chargé de rien, quest. 8, n. 10. De quelle action le donataire est tenu pour le paiement des dettes, *ibid.* n. 11. Le donataire n'est tenu qu'à concurrence de la valeur des biens, quoiqu'il n'ait pas fait d'inventaire, *ibid.* n. 15. Si le donataire peut répudier, quand il s'est soumis à certaines charges, *ibid.* n. 16, & suivans. Si le donataire s'oblige irrévocablement en ce qui n'est pas Donation, *ibid.* n. 19. Les obligations du donataire sont comparées à celles du donateur, *ibid.* n. 26. Auteurs qui ont cru que le donataire ne pouvoit pas se dispenser d'exécuter la charge à lui imposée, quand même les biens donnés auroient péri, quest. 8, n. 35 & 36. Le donataire n'est tenu d'une action qu'autant qu'il tient les biens donnés, *ibid.* n. 43. Le donataire évincé par les dettes, ne doit pas payer les autres charges, *ibid.* n. 48. Le donataire est créancier à raison des biens donnés, quest. 26, n. 16.
- Donataire** : le premier donataire, avec retention d'usufruit, peut vendre les meubles donnés & livrés à un second donataire, quest. 39, n. 42.
- Le **Donataire** de la moitié des biens étant ensuite institué héritier, quoiqu'il accepte l'hérité sans avoir fait Inventaire, ne confond pas la Donation avec les biens de l'hérité, quest. 27, n. 40, pag. 223.
- Le **Donataire**, avec retention d'usufruit, doit être préféré au second qui a la tradition réelle, quest. 39, n. 56, pag. 346.
- Donateur** : s'il peut contraindre le donataire à exécuter les charges, quest. 8, n. 24 & 30. Par quelles actions, *ibid.* n. 31. Si le donateur peut révoquer la Donation lorsque le donataire refuse d'exécuter les charges, *ibid.* n. 27.
- Donateur** : s'il peut disposer des biens qui lui sont revenus par la naissance de ses enfans, quest. 15, n. 32. Si les biens reviennent au donateur ou à ses enfans, dont la naissance fait révoquer la Donation, quest. 16, n. 10, 11 & 12.
- Donation** des biens, comprend universellement tous les biens, quest. 31, n. 14. Si la Donation des biens comprend les actions, quand il est ajouté, *meubles & immeubles*, *ibid.* n. 15.
- Donation** : s'il est permis de donner aux tuteurs, curateurs, gardiens, baillistes, Médecins, Chirurgiens, & Empiriques, par les mineurs ou malades, quest. 32, n. 5. Les Donations sont distinguées des Contrats, *ibid.* n. 20. La défense de contracter ne doit pas s'étendre aux Donations, *ibid.* n. 21.
- Donation** : si la prohibition de

donner au tuteur ou administrateur a lieu contre l'héritier, lorsque le tuteur est décédé sans avoir rendu compte à son adulte, quest. 33. L'Ordonnance qui défend de donner aux tuteurs, curateurs, & autres administrateurs par leurs adultes, a été favorablement accueillie & fort étendue, *ibid.* n. 1. Si cette prohibition s'applique aux enfans du tuteur après la mort, *ibid.* n. 3. Auteurs pour l'affirmative, *ibid.* n. 6. Auteurs pour la négative, *ibid.* n. 7. Le tuteur étoit capable de recevoir des libéralités de son adulte, suivant le Droit Romain, *ibid.* n. 8. Disposition des Ordonnances de 1539 & de 1549, *ibid.* n. 15 & 16. Conditions requises, afin que la prohibition de donner portée par ces Ordonnances ait lieu, *ibid.* n. 17, 18, 19, 20, 21 & 22. Si quelqu'une de ces conditions manque, la nullité de la Donation cesse, *ibid.* n. 23. Les Ordonnances ne déclarent nulles que les Donations qui tournent à l'utilité du tuteur, *ibid.* n. 28. Le tuteur, après sa mort, ne peut pas profiter de la Donation faite à son fils, *ibid.* n. 29. Que's sont les motifs qui ont fait défendre les Donations des adultes à leurs tuteurs, *ibid.* n. 30, 31, 32 & 34. Qu'est ce qui produit l'incapacité du tuteur, *ibid.* n. 47, 50, 53.

Donation faite par le Domestique en faveur de son Maître, si elle est nulle, quest. 34, n. 1, jusqu'au n. 22. Si les Donations faites par les Maîtres à leurs Domestiques, sont nulles, *ibid.* n. 22, & suivans.

Donation : la capacité de recevoir des Donations est une qualité commune à tout le monde, à moins qu'il n'y ait des prohibitions, quest. 34, n. 11.

Donation : quelles sont les personnes qu'on peut regarder comme interposées, & de quelle

manière faut-il entendre la Déclaration du mois de Février 1549, qui annulle les Donations faites à un tuteur, & autres administrateurs par des personnes interposées, quest. 35. La Coutume de Paris comprend dans la défense les Pédagogues, de même que les tuteurs, & autres administrateurs : comme aussi leurs enfans, jusqu'à ce qu'ils aient rendu compte, *ibid.* n. 9. La Coutume de Normandie parle, non-seulement des enfans, mais encore des présumptifs héritiers, *ibid.* n. 10. Conditions requises, afin que les Donations qui ne sont pas faites directement aux tuteurs, soient nulles, *ibid.* n. 12, 13, 14 & 15. Toutes ces conditions doivent concourir, *ibid.* n. 16.

Donation : des Donations faites par des personnes interposées : voyez *interposées*. De quelle manière les Donations viennent directement aux personnes prohibées, par des personnes interposées, quest. 35, n. 23. De quelle manière elles viennent indirectement, *ibid.* n. 24 & 25.

Donation : le parâtre peut donner valablement à son beau-fils, & vice-versâ, quest. 35 & 44. Le Droit Romain défend les Donations entre mariés, même par des personnes interposées, *ibid.* n. 45. Les Ordonnances ne défendent pas de donner aux enfans du tuteur, *ibid.* n. 46. Si la Donation faite par l'adulte, aux enfans non émancipés de son tuteur, est bonne, *ibid.* n. 52, & suivans, jusqu'au n. 64. Raison pourquoi la femme ne peut pas donner irrévocablement aux enfans du premier lit de son mari, *ibid.* n. 54. Elle peut donner au Soldat, fils de son mari pour pécule castrense, *ibid.* n. 55. La Donation rémunératoire faite au fils du tuteur, seroit bonne, *ibid.* n. 30 & 57. L'usufruit dont le pere profite, fait comprendre dans la prohibi-

hibition la Donation faite au fils du tuteur, *ibid.* n. 59 & 60. Si les Donations faites par l'adulte aux enfans émancipés du tuteur, sont bonnes, *ibid.* n. 64, jusqu'au n. 72. Dans le doute, on doit présumer que la Donation a été faite en considération du donataire, *ibid.* n. 69. Si les Donations qui sont faites par l'adulte aux filles du tuteur, qui sont mariées, sont bonnes, *ibid.* n. 72. Distinction, n. 73. Si la Donation faite au gendre du tuteur, est bonne, *ibid.* n. 74 & 75. Si celle qui est faite à la femme du tuteur, est bonne, *ibid.* n. 76, & suivans. Des Donations faites aux ascendants du tuteur, si elles sont prohibées, n. 82, & suivans. Des Donations faites aux parens collatéraux du tuteur, *ibid.* n. 85, & suivans. Des Donations faites à l'associé du tuteur, si elles sont nulles, *ibid.* n. 88, 89.

Donation : si la prohibition de donner au tuteur dure après la fin de la tutelle, jusqu'à ce que le compte ait été rendu, & le reliqua payé, quest. 36, n. 1, jusqu'au n. 22. Si la parenté qui unit le tuteur ou autre administrateur, avec son adulte, suffit pour faire valoir la Donation, quest. 36, n. 22, & suivans. Auteurs qui ont décidé pour la nullité, nonobstant la parenté, *ibid.* n. 4. Fondemens de cette Jurisprudence, *ibid.* n. 9. Exception en faveur des peres & des meres, *ibid.* n. 6. Diversité d'avis au sujet de la parenté collatérale, *ibid.* n. 7. S'il est nécessaire que le tuteur soit le plus proche parent, *ibid.* n. 8. Si la prohibition de donner au tuteur, & autre administrateur, dure jusqu'à ce que le compte ait été clôturé, quand il ne tient pas au tuteur qu'il ne l'ait rendu, *ibid.* n. 11. Si la prohibition dure après la clôture du compte, jusqu'à ce

que le reliqua soit payé, *ibid.* n. 12, & suivans.

Donation : l'institution, quelque générale qu'elle soit, ne déroge pas à une Donation à cause de mort, à moins qu'il n'en soit fait mention, quest. 38, n. 52.

Donation entre mariés, sont défendues par le Droit Coutumier, quest. 40, n. 1, jusqu'au n. 7. Elles sont aussi défendues par le Droit Romain, *ibid.* n. 8. Pourquoi, n. 9. Même par des personnes interposées, *ibid.* n. 10. Les enfans n'y sont pas considérés comme des personnes interposées, *ibid.* n. 11. Excepté le fils de famille, à cause que la Donation appartenoit au pere, *jure patriæ potestatis*, *ibid.* n. 12. Dans l'origine les Donations entre mariés étoient absolument nulles, *ibid.* n. 13. A présent, elles sont confirmées par la mort, *ibid.* n. 14. Toutes Donations entre-vifs sont naturellement irrévocables, *ibid.* n. 16. Si la Donation faite par le parâtre à son beau-fils, est irrévocable, *ibid.* n. 18, 19. Le fils du premier lit de la femme peut donner irrévocablement à son parâtre, *ibid.* n. 19 & 20. Les raisons qui ont fait prohiber les Donations entre mariés, cessent à l'égard de leurs enfans, *ibid.* n. 23. Si la femme peut donner irrévocablement *constante matrimonio*, aux enfans du premier lit de son mari, qu'il a en sa puissance, *ibid.* n. 25. & suivans. La Donation est irrévocable, quand elle est faite pour pécule castrense, *ibid.* n. 28. Ceux qui sont en la puissance de la même personne, ne peuvent pas se donner réciproquement, *ibid.* n. 29. Excepté pour pécule castrense, *ibid.* n. 30. Résolution que la Donation faite par la femme *constante matrimonio*, au fils du premier lit de son mari, qu'il a en sa puissance, est ré-

vocable, *ibid.* n. 33, & suivans. La Donation n'est permise que quand le pere n'en profite pas, *ibid.* n. 35. Raison pourquoi la Donation faite par le mari aux enfans du premier lit de sa femme, est irrévocable, *ibid.* n. 36. La même raison milite pour le fils Soldat, & quand la Donation est faite pour pécule castrense, *ibid.* n. 37. Si la Donation faite par la femme *constante matrimonio*, aux enfans du premier lit de son mari qu'il a en sa puissance, est irrévocable, quand l'usufruit a été prohibé au pere, *ibid.* n. 39. & suivans. Si la Donation faite par la femme au fils émancipé du premier lit de son mari, est irrévocable, *ibid.* n. 45, & suivans. La Donation faite par la femme au fils du premier lit de son mari, est irrévocable quand le pere n'en retire aucun profit, *ibid.* n. 50. Quand il y a preuve que la Donation a été faite au mari par le moyen de son fils, elle est irrévocable, *ibid.* n. 53. Lorsque le mari a fait Donation à sa femme *constante matrimonio*, & qu'ensuite il se repent; s'il révoque son repentir, la Donation est confirmée, quest. 61, n. 31, page 365.

Donation : si celui qui a fait deux Donations à cause de mort en différens tems, déclarant par Acte devant Notaire, & deux Témoins, qu'il veut que la première sorte à effet, est censé avoir suffisamment révoqué la seconde, quest. 41. La Donation à cause de mort est révocable de sa nature, *ibid.* n. 5. Si lorsqu'une première Donation à cause de mort est révoquée, on ne peut la faire revivre qu'avec les mêmes formalités nécessaires pour une Donation à cause de mort, *ibid.* n. 7. La volonté du donateur & du donataire doit concourir dans toutes les Donations, *ibid.* n. 9. La Donation à cause de mort

a besoin de cinq témoins, *ibid.* n. 11. Donation à cause de mort, comment peut être révoquée, *ibid.* n. 20. jusqu'à n. 40. Voyez *Révocation*. Si la révocation spéciale est nécessaire, quest. 41, n. 13, 14, 32 & 33. Deux Donations à cause de mort de la même chose, faite à deux personnes différentes, sont incompatibles, & la seconde détruit la première, *ibid.* n. 30, 31. La déclaration du donateur qui veut que la première Donation subsiste, détruit la seconde Donation, *ibid.* n. 31. La seconde Donation étant révoquée, il n'y a point d'obstacle qui empêche que la première ne vaille, *ibid.* n. 42 & 43. Résolution que la simple déclaration suffit pour rétablir la première Donation à cause de mort, *ibid.* n. 49, & suivans. Il n'est pas nécessaire de faire une troisième Donation à cause de mort, pour en rétablir une première révoquée par une seconde, *ibid.* n. 50 & 51. Si la seule volonté suffit pour révoquer une Donation à cause de mort, elle doit suffire pour en rétablir une qui avoit été révoquée, *ibid.* n. 52. Cinq Témoins ne sont pas requis à la déclaration du donateur qui rétablit la première Donation, *ibid.* n. 53.

Donation : *donari videtur quod nullo jure cogente conceditur*, quest. 43, n. 46. Si la restitution anticipée du fidéicommiss, est considérée comme une Donation, *ibid.* n. 48 & 49. On peut donner l'espérance d'une action future, n. 67.

Donation : il y a deux sortes de Donations, l'une est appelée directe ou entre-vifs, l'autre à cause de mort, quest. 47, n. 1. Ces deux especes de Donations se régloient de la même manière anciennement, *ibid.* n. 2. Elles devoient être accompagnées de la tradition ou mancipation, qui étoit une vente

imaginaire, *ibid.* n. 3. Les Donations en faveur des enfans étoient dispensées de ces formalités, & valaient par le seul consentement, *ibid.* n. 4. Quelles sont les Loix qui parlent de la stipulation dans les Donations, *ibid.* n. 7. La stipulation a été abrogée, *ibid.* n. 8. La Donation à cause de mort se fait entre des personnes présentes, *ibid.* n. 9. Il n'y a point de Donation à cause de mort, lorsque le donataire n'est pas présent, *ibid.* n. 10. Si la nécessité de la stipulation a été retranchée dans les Donations à cause de mort, *ibid.* n. 12. La Donation à cause de mort est comparée aux legs, & tout ce qui convient aux legs peut être appliqué à la Donation à cause de mort, *ibid.* n. 13, 14, 17. Convenances entre la Donation à cause de mort & les legs, *ibid.* n. 18. Différences entre la Donation à cause de mort & les legs, *ibid.* n. 19. La Donation à cause de mort est confirmée par la mort du donateur, le legs n'est confirmé que par l'adition d'héritité, *ibid.* Celui qui impugne de faux le Testament, ou propose la plainte d'innocité, perd le legs, mais non pas la Donation à cause de mort, *ibid.* La Donation annuelle est une, au lieu que le legs se divise en autant de legs qu'il y a d'années, *ibid.* La capacité du donataire n'est considérée que par rapport au tems de la mort du donateur, *ibid.* Si la Donation à cause de mort peut valoir comme fidéicommiss, quand le donataire est absent, *ibid.* n. 21, & suivans.

Donation : si les libéralités faites par l'un des futurs conjoints en faveur de l'autre dans leur Contrat de mariage, appartiennent aux héritiers du donataire, qui décède avant le donateur, ou si elles sont cadu-

ques, quest. 49. Les Donations faites entre conjoints dans leur Contrat de mariage, sont irrévocables, *ibid.* n. 2. Les Donations faites entre conjoints dans leur Contrat de mariage, ne sont pas sujettes à révocation par survenance d'enfans, *ibid.* n. 6. Elles sont irrévocables, quand le donataire survit, *ibid.* n. 7. Si la condition de survie y est sous-entendue, *ibid.* n. 8. Dans le gain de la dot & de l'augment, le donataire doit survivre pour en profiter, *ibid.* n. 9 & 10. Il en est de même de la Donation de survie, *ibid.* n. 11. Quand même il seroit dit que le donataire en pourroit disposer en la vie & en la mort, *ibid.* n. 12. La Donation de survie renferme la condition du décès sans enfans, *ibid.* n. 13. Excepté qu'il ne fût ajouté pour en disposer par le survivant, tant en la vie qu'en la mort, ou bien à ses plaisirs & volontés, *ibid.* n. 14. Si la condition de survie est sous-entendue dans la Donation des robes, bagues & joyaux, *ibid.* n. 15, 16, 17, 18, 19 & 20. Si la Donation d'une certaine somme ou d'un fonds, faite par le fiancé à sa fiancée, & vice-versâ, par le Contrat de mariage, renferme la condition tacite de survie, *ibid.* n. 21. Distinction de quatre cas, *ibid.* n. 22. Examen de la question en thèse, & sans autre circonstance, *ibid.* n. 23, jusqu'au n. 28. Résolution que la condition de survie doit être sous-entendue, *ibid.* n. 28, & suivans. Si la Donation faite par la femme à son futur époux dans le Contrat de mariage, de semblable part & portion de ses biens qu'auroit un des enfans de la donatrice à sa mort, renferme la condition de survie, *ibid.* n. 33. *Quid*, de la Donation faite outre l'augment, ou autre gain nuptial, *ibid.* n. 34.

Arrêt du Parlement de Toulouse, qui a jugé cette question en faveur des héritiers du donataire, *ibid.* n. 35. Si la Donation faite entre conjoints par leur Contrat de mariage, renferme la condition tacite de survie, lorsqu'il est ajouté que le donataire en pourra disposer à ses plaisirs & volontés, *ibid.* n. 36.

Donation : si la Donation faite à une personne absente est soutenue par l'acceptation du substitué aux mêmes biens donnés, quest. 50, n. 1, jusques au n. 11. Si supposé que la Donation soit nulle par le défaut d'acceptation, la substitution faite par le même Acte, & qui est acceptée par le substitué, est valable, *ibid.* n. 11, & suivans. La Donation peut être faite sous condition, *ad certum tempus, ex certo tempore*, *ibid.* n. 20. La Donation faite à plusieurs personnes, est bonne pour ceux qui ont accepté, & nulle à l'égard de ceux qui n'ont pas accepté, *ibid.* n. 22.

De l'acceptation des *Donations* ;
v. *Acceptation*.

Donation : si la seule volonté du donateur suffit pour attribuer au donataire absent un droit sur la chose donnée, quest. 1, n. 5. La Donation faite à deux personnes, dont l'une est absente, & l'autre accepte, est bonne en faveur du présent, & nulle à l'égard de l'absent, quest. 1, n. 11. Exception quand la Donation est faite à des enfans nés & à des enfans à naître, *ibid.* Cas où la Donation vaut en faveur de celui qui accepte, & que la portion du codonataire ne diminue pas celle du donataire qui a accepté, quest. 1, n. 21, 22, 23 & 24. Dans les *Donations jus non decrescendi*, à lieu, *ibid.* n. 21 & 24. Si la Donation est un Contrat synallagmatique, *ibid.* n. 31. Opinion

de Ricard pour l'affirmative, n. 32. Réfutation de cette opinion, n. 33, & suivans. Les *Donations* sont mises au rang des causes de contracter, *ibid.* n. 34. La Donation n'est pas acquise *ignoranti vel invito*, *ibid.* n. 35. Elle ne laisse pas d'être irrévocable, quoiqu'elle ne soit pas un Contrat synallagmatique, *ibid.* n. 35. Donation faite à un absent, est parfaite, dès qu'il a pris possession de la chose donnée, suivant le Droit Romain, q. 3, n. 21, & q. 1, n. 38. Dans quel sens la Donation est mise au rang des Contrats, q. 1, n. 40. Elle n'est pas proprement un Contrat, n. 41. Quand on en demeure aux termes d'une Donation, le donataire ne contracte aucune obligation, n. 40. Par l'ancienne Jurisprudence du Parlement de Toulouse, la Donation étoit regardée comme un Contrat synallagmatique, n. 42. Mais cette Jurisprudence a changé, n. 43.

Les *Donations* même pures & simples, renferment plusieurs conditions tacites, auxquelles le donataire s'engage : quelles sont ces conditions, quest. 2. n. 5. La Donation vaut sans tradition ni stipulation, n. 25. Peut être faite en faveur des absens, n. 26. A jour & sous condition, n. 27.

Donation : si la réciprocité de l'obligation a fait introduire la nécessité de l'acceptation des *Donations*, q. 3. n. 19 & 20. La Donation est bonne, toutes les fois qu'elle a été acceptée par une personne qui a un pouvoir légal pour agir au nom du donataire, *ibid.* n. 23.

Donation n'est parfaite que par l'acceptation, & auparavant elle n'est qu'un simple projet, quest. 5, n. 6 & 7.

Pour la validité d'une *Donation*, la volonté du donateur, & celle du donataire, doivent se

rencontrer pendant la vie de l'un & de l'autre, quest. 7, n. 4. Elles doivent concourir, *ibid.* n. 9. La Donation est caduque, quand le donataire décède avant d'accepter, quest. 7, n. 12. La personne du donataire est la cause finale de la Donation, quest. 7, n. 14.

Donation se fait par un principe de libéralité, quest. 8, n. 8. & 38. Elle est ainsi appelée à *dono*, quasi *dono datum*, *ibid.* n. 8. Elle ne doit pas exposer le donataire à perte, *ibid.* n. 12. La Donation ne consiste qu'en ce qui reste, les dettes & charges payées, *ibid.* n. 13. Si dans une Donation on peut mêler un autre Contrat, quest. 8, n. 17. La Donation par elle-même n'affujettit le donataire à aucune obligation, *ibid.* n. 18. Si en ce qui n'est pas Donation, le donataire s'oblige irrévocablement, *ibid.* n. 19. Si la Donation avec charge est une pure libéralité, *ibid.* n. 21. Si elle est un Contrat *do ut des*, ou *do ut facias*, *ibid.* & n. 45. La nature de la Donation est de gratifier, quest. 8, n. 38. La Donation *sub modo* n'est pas un Contrat sans nom, *ibid.* n. 45 & 46. Elle n'est pas un Contrat synallagmatique, *ibid.* n. 47.

Donation : selon le Droit Romain, il est permis de donner la moitié ou le tiers des biens, selon le nombre des enfans, quest. 9, n. 4. La Donation parfaite est irrévocable, *ibid.* n. 6. En fait de Donation *qui prior est tempore potior est jure*, *ibid.* n. 9. Plusieurs Donations faites par la même personne, ne doivent point être jointes ni accumulées pour régler la somme qui fait exiger l'insinuation, *ibid.* n. 13 & 14. Les événemens postérieurs ne peuvent pas donner atteinte à une Donation parfaite, quest. 9, n. 18.

Donation : de la révocation des

Donations par survenance d'enfans, v. *Révocation*.

Si la Donation à cause de mort est révoquée par la survenance des enfans, quest. 12. Auteurs qui ont tenu pour l'affirmative, *ibid.* n. 3. Fondemens de cette opinion, n. 4, 5, 6, 7, 8, 9 & 10. *Donationis verbum omnes donationes continet, mortis causâ & non mortis causâ*, *ibid.* n. 5. La Donation à cause de mort tient plus de la nature des Contrats, que des dispositions à cause de mort, *ibid.* n. 7. La raison prise de ce que le donateur n'auroit pas donné, *si cogitasset de liberis*, ne milite pas moins dans les Donations à cause de mort que dans les Donations entre-vifs, *ibid.* n. 8. La Donation à cause de mort vaut par simple pacte, & sans stipulation, de même que la Donation entre-vifs, *ibid.* n. 9. Si la disposition de la Loi *Cum avus*, ff. de *condit. & demonstrat.* & de la Loi *Cum acutissimi* 30, Cod. de *fideicom.* a lieu aux Donations à cause de mort, *ibid.* n. 10. Auteurs qui ont cru que la Donation à cause de mort n'est pas révoquée par la survenance d'enfans, *ibid.* n. 11. Raisons de cette opinion, *ibid.* n. 12 & 13. Résolution pour cette opinion, n. 14. Raisons de cette décision, n. 14, & suivans. Des cas où la Donation à cause de mort est censée révoquée, *ibid.* n. 16. La survenance des enfans n'est pas au nombre de ces cas, *ibid.* n. 17. Les Donations à cause de mort se révoquent de la même manière que les legs auxquels elles sont comparées, *ibid.* n. 18 & 19. La Donation à cause de mort subsiste, indépendamment du Testament; elle vaut même, quoique le Testament soit cassé, quest. 12, n. 22. La Donation à cause de mort prend sa force du jour de la mort du donateur,

& non du jour de l'adition d'hérédité, *ibid.* n. 23. Le donataire à cause de mort impugnant le Testament par la plainte d'inoscificité, ne perd pas la Donation à cause de mort, quoiqu'il succombe, *ibid.* n. 24. La Donation à cause de mort est révocable à volonté; mais il en est autrement de la Donation entre-vifs, *ibid.* n. 25. Si ce qui est dit des Donations entre-vifs peut être appliqué aux Donations à cause de mort, quest. 12, n. 9 & 29. Le silence du donateur, qui ne révoque pas la Donation à cause de mort, est une preuve de la persévérance dans la même volonté, *ibid.* n. 30. La Donation à cause de mort est révoquée par la survenance des enfans, quand le donateur est prévenu par la mort pendant la grossesse de sa femme, ou peu de tems après la naissance de l'enfant, *ibid.* n. 31. Comme aussi lorsque la Donation à cause de mort est universelle, *ibid.* n. 32. Si le fils de famille peut donner à cause de mort sans le consentement de son pere, quest. 22.

Donation rémunératoire: si elle est révoquée par la survenance d'enfans, quest. 15, v. *Révocation.*

La **Donation en récompense des services inestimables**, est essentiellement irrévocable, *nam merces, eximii laboris appellanda est*, quest. 15, n. 7. La Donation faite en récompense des services, *non est mera donatio, sed officium remuneratum*, quest. 15, n. 9, est une satisfaction ou un payement, *ibid.* n. 15. & *velut quoddam genus permutationis*, n. 16.

Si pour rendre la Donation rémunératoire, les services doivent être prouvés, quest. 15, n. 22. Distinction de M. Dolive, ou le donataire est personne prohibée ou non: au premier cas, ils doivent être prouvés autrement que par la déclaration du donateur, *ibid.* n. 23, 24 & 25. Si les services doivent être exprimés en détail dans la Donation, & si une énonciation vague suffit, *ibid.* n. 26. Avis de M. Maynard, que l'expression des services ne suffit pas, mais qu'il faut les prouver, *ibid.* n. 27. Opinion de Mornac, que l'énonciation vague des services rendus, suffit, *ibid.* n. 28. Mais on ne considère pas les services futurs, n. 29. Résolution, conformément à la distinction de M. Dolive, *ibid.* n. 30. La confession du donateur est la preuve la plus certaine, n. 31.

Donation: si après la révocation de la donation par la survenance d'enfans, le pere peut disposer à son gré des biens qui lui ont fait retour, quest. 15, n. 32. Les biens reviennent au donateur, & non aux enfans, quest. 26, n. 11 & 12. Ils reviennent de plein droit, *ibid.* n. 12 & 20. La Donation une fois révoquée par la survenance d'enfans, ne peut être confirmée par aucun Acte; mais il faut en faire une nouvelle Donation, lorsque le donateur veut disposer des mêmes biens, quest. 16, n. 20.

Donation: si le fils de famille peut donner entre-vifs sans le consentement de son pere, quest. 21. Les Loix n'exigent pas l'autorité du pere, mais seulement son consentement, *ibid.* n. 3. Ce n'est que pour l'intérêt du pere, & non pour l'incapacité du fils, *ibid.* n. 4 & 5. On ne doit pas argumenter de l'incapacité de tester du fils de famille, à l'incapacité de donner, *ibid.* n. 14. La faculté de donner vient du droit des gens, *ibid.* n. 17. Le fils de famille peut donner, sans la permission de son pere, les biens dont le pere n'a pas l'usufruit, *ibid.* n. 18 & 19. Afin que la Donation vail-

se, elle doit être faite par le propriétaire, quest. 21, n. 26. Résolution que le fils de famille peut donner entre-vifs sans la permission de son pere, les biens qui lui appartiennent en propriété & usufruit, *ibid.* n. 27.

Donation : si la Donation faite en faveur de mariage est bonne, quoique le mariage n'ait pas été accompli, quest. 23, n. 23, & suivans. Distinction faite par les Auteurs du Parlement de Toulouse, *ibid.* n. 24. Ces distinctions sont contraires au droit Romain, *ibid.* n. 25. On doit raisonner à l'égard des donations en faveur de mariage, de la même maniere qu'à l'égard de la dot, n. 26. Le mariage est la cause finale & la condition de la Donation, n. 27. La Donation est anéantie *causâ datâ, causâ non secutâ*, lorsque le mariage en contemplation duquel elle est faite, n'est pas accompli, *ibid.* Preuve de cette proposition, n. 28 & 29. Par rapport à la femme, la dot est une Donation, n. 30. La rupture du mariage résoud la dot à l'égard du futur époux, & la Donation à l'égard de la future épouse, n. 31 & 32. Lorsque la cause finale manque, la Donation est anéantie, *ibid.* n. 34. Et le donateur peut répéter les biens donnés, *ibid.* Lorsque le mariage rompt, la Donation est anéantie à l'égard de toute sorte de donateurs ascendans ou étrangers, *ibid.* Soit qu'elle soit faite par le pere, & que les enfans soient en sa puissance ou non, *ibid.* n. 36. La puissance paternelle empêche que la Donation soit irrévocable, *ibid.* n. 37. Arrêt du Parlement de Toulouse, qui a jugé la Donation révoquée contre le fils, *ibid.* n. 38. Les dispositions en faveur du mariage, prennent leur force de la célébration, quest. 43, n.

37. *Pendet donatio in diem nuptiarum*, quest. 43, n. 38.

Donation du fonds dotal : si elle peut être faite par la femme, avec le consentement de son mari, quest. 24. La prohibition d'aliéner comprend la Donation, *ibid.* n. 11. *Donare est perdere*, *ibid.* n. 12.

Donation faite par le pere ou la mere à leurs enfans, n'est pas considérée comme une aliénation, mais comme une continuation de propriété, quest. 24, n. 26. La Donation que la femme fait de sa dot à ses enfans, ne doit pas préjudicier au mari, *ibid.* n. 21.

Donation de la substitution faite *ex intervallo*, aux biens donnés ; voyez *Substitution*.

Donation parfaite, est irrévocable, quest. 26, n. 12 & 13. Le donateur ne peut point y donner atteinte, ni lui imposer des conditions après-coup, *ibid.* n. 14 & 15. Les biens donnés *sunt extra causam bonorum*, *ibid.* n. 24. Quelles sont les Donations qui étant conçues entre-vifs, ne sont confirmées que par la mort du donateur, *ibid.* n. 40 & 41. La Donation faite entre mariés *constante matrimonio*, & celle qui est faite par le pere à son fils, qui est en sa puissance, sont soumises aux mêmes règles, *ibid.* n. 44. La Donation en faveur des enfans à naître, ne peut avoir d'effet qu'après leur naissance, quest. 26, n. 3. Si on peut donner aux enfans à naître, *ibid.* n. 2.

Donation : est irrévocable, quoique le donateur se soit réservé la faculté de substituer aux biens donnés, quest. 28, n. 17. Les Donations entre mariés sont révocables *ad libitum*, *ibid.* n. 18.

Donation des biens, meubles & immeubles : si elle comprend des actions : *quid*, si le mot *tous* y est ajouté, quest. 31.

Les actions sont comprises dans la Donation des biens, meubles & immeubles, *ibid.* n. 72. Si l'adition des mors, *meubles & immeubles*, est censée faite pour restreindre la Donation, *ibid.* n. 73, & suivans. La Donation des biens situés dans un certain lieu, ne comprend pas les actions, *ibid.* n. 83. La Donation de tous les biens-meubles & immeubles comprend les actions, *ibid.* n. 84. Il en seroit de même quand il seroit ajouté, en quelque part qu'ils soient situés, *ibid.* n. 85.

Dot: si les dots des filles sont sujettes au retranchement de la légitime, *quest.* 10. La dot est une véritable Donation sujette au retranchement des légitimes, comme les autres Donations, *ibid.* n. 4, 5 & 18. La cause de la dot est perpétuelle, *ibid.* n. 9. Elle doit toujours rester entre les mains du mari, pour supporter les charges du mariage, *ibid.* n. 10. Comment cela doit-il être entendu, n. 35, 36 & 37. La dot n'est pas un titre gratuit à l'égard du mari, qui est regardé comme acquéreur ou créancier, *ibid.* n. 11. Comment cela s'entend, *ibid.* n. 18, 19, 20, & suivans, & n. 42 & 43. *Paternum est officium dotare filiam*, *quest.* 10. n. 13. La dot est révoquée par la survenance d'enfans, sans attendre la mort du mari, *quest.* 10, n. 21. La Donation antérieure non-infinuée, est préférée à la dot postérieure, *ibid.* n. 22. Le mari peut être évincé de la dot pour une cause antérieure au mariage, *quest.* 10, 36 & 37.

La dot constituée par le pere, est censée faire partie de son patrimoine, quant à la légitime des autres enfans, *quest.* 10, n. 6.

Dot: si la constitution de dot subsiste, quoique le mariage n'ait pas été accompli, *quest.* 23, n.

3. Auteurs pour l'affirmative; n. 4. Distinction de M. Dolive, n. 5. Autre distinction d'Albert, n. 6. Aucune de ces opinions n'est fondée en droit, n. 7. Il ne peut point y avoir de dot sans mariage, *ibid.* n. 8. La constitution de dot renferme la condition tacite, si le mariage s'accomplit, *quest.* 23, n. 9. Elle est anéantie à l'égard des futurs mariés, quand le mariage rompt avant la célébration, *ibid.* n. 10. Dans ce cas, la répétition de la dot compete au constituant, & non à la fille au nom de laquelle la constitution est faite, *ibid.* n. 11. Si les ascendans sont censés constituer la dot, plutôt par affection, qu'à cause du mariage, *ibid.* n. 12. Si la dot peut avoir pour objet un autre mariage que celui en contremplation duquel la constitution est faite, *ibid.* n. 13, & suivans. La condition manque, dès que le mariage est rompu, *ibid.* n. 15. Quand même il y auroit un autre traité avec la même personne, n. 16. Le pere est obligé de doter sa fille, selon ses facultés, *ibid.* n. 18. Quoique le pere soit obligé de doter sa fille par devoir, cela n'empêche pas que la dot constituée ne soit anéantie *causâ non secutâ*, quand le mariage ne s'accomplit pas, *ibid.* n. 17. Si le pere peut donner à sa fille pour cause de dot, quoiqu'elle soit en sa puissance, *ibid.* n. 19, 20 & 21. La dot a cette qualité, par rapport au mari; mais par rapport à la femme, c'est une Donation de la part du constituant, *ibid.* n. 30. La rupture du mariage résoud la dot par rapport au futur mari, & la Donation par rapport à la future épouse, *ibid.* n. 31. Si le mariage est la cause impulsive ou la cause finale de la dot, n. 12, 32 & 33.

Dot: si la Donation du fonds de-

sal peut être faite par la femme sans le consentement de son mari, quest. 24. La Donation du fonds dotal faite par la femme, même avec le consentement du mari, & en Contrat de mariage en faveur d'un étranger, est nulle, *ibid.* n. 3. Mais elle est bonne en faveur des enfans, ou de l'un d'eux, *ibid.* n. 4. Motifs de cette Jurisprudence, n. 5. Disposition de la Loi Julia, *ibid.* n. 6. Additions faites par l'Empereur Justinien, n. 7. Le mariage ne peut pas aliéner la dot, même avec le consentement de sa femme, *ibid.* La femme ne peut pas consentir à l'aliénation du fonds dotal, *ibid.* n. 8. Le mari ne pouvant pas aliéner la dot, ne peut pas consentir à l'aliénation, *ibid.* n. 9. Le mari & la femme, conjointement ou séparément, sont incapables d'aliéner la dot, *ibid.* n. 10. Il y a plus de raison de défendre la Donation de la dot, que toute autre aliénation dont la femme profite, *ibid.* n. 12. La faveur du Contrat de mariage ne rend pas valide la Donation de la dot, *ibid.* n. 13. La dot intéresse le public, *ibid.* n. 14. Le Parlement de Provence autorise la Donation de la dot faite en Contrat de mariage en faveur d'un étranger, quand le mari y a consenti, *ibid.* n. 15. Cette Jurisprudence n'est pas conforme aux Loix, *ibid.* n. 17. L'intérêt du mari n'est pas le motif de la prohibition de l'aliénation de la dot, quest. 24, n. 19 & 20. Mais bien la conservation de la dot pour la femme, *ibid.* n. 22. La prohibition d'aliéner la dot, est dirigée à la femme & au mari, *ibid.* n. 21. L'aliénation de la dot a été prohibée uniquement pour l'intérêt de la femme, *ne sexus muliebris fragilitas in perniciam substantiæ earum converta-*

ur, n. 21. La femme peut donner sa dot en faveur de ses enfans, *ibid.* n. 24, & suivans. Mais la Donation ne doit pas préjudicier aux droits du mari, *ibid.* n. 29. Si dans la Coutume de Toulouse la femme peut donner sa dot à ses enfans, *ibid.* n. 30. A qui appartient la dot en la Coutume de Toulouse, *ibid.* n. 31. La femme peut disposer de ses biens dotaux, comme elle trouve à propos, après la dissolution du mariage, *ibid.* n. 32.

Dot: si la femme qui se marie sans Contrat de mariage, est censée s'être constituée tous ses biens, quest. 25. Auteurs qui tiennent pour l'affirmative, *ibid.* n. 1. Il n'y a point de constitution de dot sans convention. Arrêt du Parlement de Toulouse, au rapport de M. de Montferat, le 6 Juillet 1744, page 197 & 198. Conditions requises, afin que cette opinion ait lieu, suivant les Auteurs, *ibid.* n. 2. Fondemens de cette opinion, *ibid.* n. 3. Le pere ne peut pas diminuer, dans un second mariage, la dot qu'il avoit constitué à sa fille dans un premier mariage, *ibid.* n. 4 & 57. La dot est pour aider à supporter les charges du mariage, *ibid.* n. 5. Si la possession du mari fait présumer la tradition à titre de dot, *ibid.* n. 6. Opinion de Ferrieres, qui croit que la femme est présumée s'être constitué ses biens en dot, non afin que le mari les puisse gagner quand la Coutume le porte, mais seulement pour gagner les fruits, *ibid.* n. 8. Fondement de cette opinion, *ibid.* n. 9. Auteurs qui ont cru qu'il n'y a point de constitution de dot, si elle n'est expressément convenue, n. 10, 11 & 12. La Jurisprudence du Parlement de Toulouse est pour cette opinion, *ibid.* n. 13. Raisons de cette opinion, *ibid.* n. 14, &

- suivans. La constitution de dot est un Contrat qu'il faut prouver, *ibid.* n. 14. Il peut y avoir des mariages sans dot, mais non pas de dot sans mariage, *ibid.* n. 15. La dot n'est pas un accessoire du mariage, *ibid.* n. 16 & 58. La jouissance ou l'administration du mari ne peut pas faire présumer la constitution de dot, *ibid.* n. 19. Résolution qu'il n'y a point de constitution de dot sans convention, *ibid.* n. 23, & suivans.
- Dot** : les constitutions de dot se faisoient en trois manieres chez les Romains, quest. 25, n. 29. *Dotis datio*; ce que c'est, *ibid.* n. 30. *Dotis dictio quid*, *ibid.* n. 31. *Dotis permissio quid*, *ibid.* n. 32. Formalités des paroles & de la stipulation abrogées dans la diction & dans la promesse de la dot, *ibid.* n. 33. Par l'ancienne Jurisprudence, depuis l'abolition des mariages, *per coemptionem*, il ne pouvoit point y avoir de contestation tacite de la dot, *ibid.* n. 35. Le droit nouveau a laissé subsister la nécessité de la convention expresse pour la constitution de dot, *ibid.* n. 36. Par combien de manieres la dot peut-elle être constituée, *ibid.* n. 38. Cas unique où la dot est censée constituée tacitement, *ibid.* n. 39. C'est-à-dire, quand après un divorce le mariage étoit rétabli, *ibid.* n. 40. Raisons particulieres du rétablissement de la dot dans ce cas, n. 41.
- Dot** : une promesse vague & incertaine d'une dot, n'est pas obligatoire, quand elle est faite par la femme, quest. 25, n. 44, 45 & 52. *Paternum est officium dotare filiam*, *ibid.* n. 50. La promesse de la dot *arbitratu suo*, est bonne, parce qu'elle se regle *arbitrio boni viri*, *ibid.* n. 51, 52 & 53. La dot n'est pas de la nature ni de l'essence du mariage, *ibid.* n. 64. Les biens de la femme ne peuvent pas être regardés comme dotaux, & comme non dotaux, parce que *eadem res non potest diverso jure censeri*, *ibid.* n. 72. La dot est *extra causam bonorum*, quest. 26, n. 24. Dot profectice, quelle est-elle, quest. 42, n. 3. *Dos adventitia quæ*, *ibid.* n. 4. Du droit de retour de la dot, & en faveur de qui étoit-il établi, *ibid.* n. 2, 5, & suivans, *dos receptitia quæ dicitur*, *ibid.* n. 6.
- Dot** : si la femme à laquelle la mere ou quelqu'autre personne a fait une Donation à titre de dot, est tenue envers son mari d'une action personnelle à raison de la constitution tacite que la Loi présume avoir été faite par elle à son mari, & si elle est obligée avec le constituant, quest. 48. La dot a des faveurs & des particularités qui ne se communiquent pas aux autres Contrats, quest. 48, n. 2. Elle est le propre patrimoine de la femme, *ibid.* n. 3. La Loi présume une stipulation tacite en faveur de la femme, *ibid.* n. 4. La femme est toujours censée constituer à son mari la dot qu'il lui est donnée par un tiers, *ibid.* n. 5. Le mari tient son droit sur la dot de la femme, & non du constituant, *ibid.* n. 6. Le mari n'est censé recevoir la dot que de sa femme, *fictione brevis manus*, *ibid.* n. 7 & 8. Le constituant est la personne indiquée par la femme, afin que le mari reçoive le paiement de la dot, *ibid.* n. 9. La femme est personnellement obligée envers son mari pour la constitution de la dot faite par un tiers, *ibid.* n. 12. Le mari ne contracte pas avec le constituant, *ibid.* n. 13. La promesse tacite de la femme, sous-entendue par la Loi, doit opérer le même effet que l'expresse, *ibid.* n. 14. Si la fille

qui la dot est constituée par son pere, est associée à l'obligation contractée par le constituant, *ibid.* n. 15. Le mari & la femme doivent être obligés réciproquement pour la dot, *ibid.* n. 17. Lorsque la femme est obligée pour la dot envers son mari, elle ne peut lui imputer aucune négligence, *ibid.* n. 18 & 19. Par quelles personnes la dot peut-elle être constituée, & dans quels cas le mari en doit-il être responsable, *ibid.* n. 20. Jurisprudence du Parlement de Toulouse sur la négligence du mari, *ibid.* n. 27. Lorsque le mari a traité avec le constituant, il est responsable de la dot, à cause de la novation, *ibid.* n. 29 & 30. Hypothese jugée par Arrêt du Parlement de Toulouse, *ibid.* n. 21, & suivans, jusques au n. 30.

E

Effet rétroactif : le droit d'un tiers acquis *medio tempore*, empêche la jonction des deux extrêmes, & l'effet rétroactif, quest. 17, n. 59 & 60.

Election : si en élisant on peut substituer en faveur d'un autre des éligibles, quest. 27, n. 1. L'élection prend sa force de la mort du testateur, *ibid.* n. 4. Celui qui est élu est gratifié par l'élection, *ibid.* n. 6. L'élection & le fidéicommiss étant faits par le même Acte, ne peuvent pas être divisés, *ibid.* n. 8. Si l'héritier grevé de rendre peut substituer en élisant, *ibid.* n. 10. Différence entre l'élection libre & l'élection forcée, *ibid.* n. 12. En élisant, on gratifie, *in eligendo talem*, en préférant l'élu aux autres éligibles, *ibid.* n. 13. Si l'élu tient son droit de l'élisant ou de celui qui a fait la libéralité, *ibid.* n. 11. Une election forcée

n'est pas une libéralité, *ibid.* Mais il en est autrement d'une election libre, n. 12. L'élection tacite contenue dans l'institution d'héritier, n'opere rien quand il y a une election expresse, quest. 38, n. 50. L'élection d'une personne qu'on pourroit exclure, est une véritable libéralité, quest. 43, n. 50, 52 & 53. Si après l'élection faite par Contrat, l'héritier grevé peut varier; v. *Variation*. L'élection anticipée est caduque par le prédécès de l'élu sans enfans, quest. 43, n. 89. Le droit d'élire peut appartenir, sans avoir la propriété des biens, *ibid.* n. 90. Le droit d'élire ne se perd pas par le convol en secondes nocés, *ibid.* n. 91. La faculté d'élire est très-personnelle; on ne peut point y renoncer ni la perdre par la mort civile, *ibid.* n. 93. Si le droit d'élire n'est accordé qu'à l'héritier qui a recueilli l'hérité, *ibid.* n. 95. *Facultas necessaria electionis propria liberalitatis beneficium non est*, *ibid.* n. 114. La faculté d'élire, ou de varier, n'est pas accordée à celui qui n'a jamais recueilli, *ibid.* n. 121.

Enfans : si la cause pie & les enfans vont d'un pas égal, quest. 13, n. 5. Si le Monastere tient lieu d'enfans à celui qui y entre, *ibid.* n. 8 & 22. Dans le concours des enfans avec la cause pie, les enfans doivent l'emporter, *ibid.* n. 16. Les biens des parens sont destinés aux enfans par le voeu commun de la nature & des parens, *ibid.* n. 16 & 17, & quest. 14, n. 15 & 16. L'Eglise ne doit pas recevoir des Donations au préjudice des enfans, *ibid.* n. 18. Si dans le cas de la Loi *Si unquam*, les enfans sont l'objet de la révocation de la Donation, quest. 16, n. 10. Si leur intérêt y entre pour

- quelque chose, *ibid.* n. 11. Si les enfans ont quelque droit sur les biens qui reviennent à leur pere donateur, à cause de leur naissance, *ibid.* n. 12 & 14. Si le pere donateur en peut disposer à leur préjudice, quest. 15, n. 32.
- Enfans** : quels sont les enfans dont la naissance donne lieu à la révocation de la Donation par la Loi *Si unquam*, quest. 17. Si les enfans légitimés *per subsequens matrimonium*, après la Donation, donnent lieu à la révocation, q. 17, n. 8, 40, & suivans. Les enfans nés d'un mariage nul ne laissent pas d'être légitimes, si l'un des conjoints est dans la bonne foi, *ib.* n. 6; v. *Révocation*.
- Enfans** : sont comme les maîtres des biens de leurs pere & mere pendant leur vie, quest. 24, n. 25.
- Esclave** : ne pouvoit point contracter d'obligation civile, & ne pouvoit obliger son maître, quest. 1, n. 38. Pouvoit accepter la Donation pour son maître, quoiqu'enfant, quest. 3, n. 22. Esclave vendu ou donné, à la charge qu'après un certain tems il seroit libre, n'acquiert la liberté qu'en cas que le donateur persévère dans la même volonté, quest. 5, n. 35.
- Esclavage** : est comparé à la mort, quest. 14, n. 34.
- Estimation des services faite par le donateur, en faisant une Donation en récompense de services estimables**, quest. 15, n. 18, 19 & 20. Quand le testateur s'en est remis à la volonté d'un tiers pour la fixation des legs, on peut demander une autre estimation; v. *volonté*.
- Estimateur** : quel est son pouvoir, lorsque le testateur s'en est remis à sa volonté libre, ou *arbitrio boni viri*, pour la fixation des legs, ou pour la distribution de ses biens; v. *Volonté*;
- Fait** : si le donateur peut venir contre son propre fait, quest. 5, n. 14 & 19. Ce qui a été fait légitimement; dure, quoiqu'on soit venu au cas auquel on ne pourroit pas le faire; quest. 18, n. 24.
- Falcidie** : si les légataires & les donataires à cause de mort contribuent *pro rata* à la falcidie, quest. 9, n. 19. Les legs pies ne souffrent pas la falcidie; quest. 13, n. 10. Même en concours avec les enfans, n. 11. La falcidie diminue les Donations à cause de mort, de même que les legs, quest. 47, n. 18.
- Femme** : anciennement les femmes étoient *in perpetua tutela*, quest. 3, n. 9. Si les femmes peuvent être tutrices, n. 8. Si la femme peut contracter sans l'autorité de son mari en Pays de Droit Ecrit, quest. 24, n. 1. Si elle passe en la puissance de son mari; *ibid.* n. 2. Si elle peut aliéner sa dot, quest. 24. Si la femme peut donner irrévocablement pendant le mariage aux enfans du premier lit de son mari, quest. 39.
- Fiction** : *fiçtio fìçtionis non est admittenda*, quest. 17, n. 50. La fiction ne doit pas prévaloir sur la vérité, *ibid.* n. 52. *Fictio brevis manûs*; ce que c'est, quest. 39, n. 34, & quest. 48, n. 8. *Tantum operatur fìçtio in casu fìçto quantum veritas in casu vero*; quest. 44, n. 51.
- Fidécimmis** : si le légataire ou autre successeur singulier, peut être grevé de fidécimmis au-delà de ce qu'il a reçu, quest. 8, n. 34 & 53. Le legs de la dette fait au créancier ne peut pas être chargé de fidécimmis, quest. 26, n. 17. Le testateur peut laisser par fidécimmis les biens de son héritier, *ibid.* n.

22, & quest. 27, n. 29. Pourquoi le fidéicommiss du bien d'autrui est bon, quest. 26, n. 23. On n'examine pas si le testateur a su que la chose ne lui appartenait pas, quest. 27, n. 30. Cas auxquels le donataire peut être chargé de fidéicommiss après-coup, quest. 26, n. 25. On peut grever de fidéicommiss les biens qu'on laisse, & qu'on pourroit ôter, quest. 27, n. 5. *Quem honoro gravare possim*, q. 27, n. 7. A concurrence de quoi peut-on être chargé de fidéicommiss, *ibid.* n. 21. On ne peut être grevé qu'à concurrence de l'émolument en capital, fruits, ou intérêts, *ibid.* n. 22. Cas où le légataire peut être grevé de fidéicommiss au-delà de l'émolument, *ibid.* n. 23. Le donataire qui accepte le legs fait à la charge de rendre les biens qui lui avoient été ci-devant donnés, doit satisfaire précisément au fidéicommiss, *ibid.* n. 28. L'héritier qui accepte sans Inventaire, est tenu *in solidum* des fidéicommiss, même au-delà de la valeur des biens, *ibid.* n. 31. Quelque générale que soit la clause du fidéicommiss, on ne présume pas que le testateur ait voulu charger son héritier de rendre son propre bien, *ibid.* n. 42. Mais seulement celui qu'il tient par le Testament, *ibid.* n. 43. *In fideicommissi restitutione non veniunt ea, quæ quis erat habiturus alio hæredæ existente*, quest. 30, n. 18. Le fidéicommiss est universel quand le testateur charge l'héritier de rendre *bona sua*, ou *omnia sua*, quest. 31, n. 11. Si la restitution anticipée du fidéicommiss est regardée comme une Donation, quest. 43, n. 48. La restitution anticipée du fidéicommiss ne transfère pas les actions *ex trebelliano*, & ne vaut que comme cession ou Donation pendant la vie du

Tome VI.

grevé, *ibid.* n. 54, 55 & 56. Comment doit-on entendre que l'héritier grevé peut anticiper la restitution du fidéicommiss, *ibid.* n. 57. Elle ne vaut qu'au préjudice du grevé qui l'a faite, n. 58.

Fils de famille : s'il peut donner entre-vifs sans le consentement ou la permission de son pere, quest. 21. Le fils de famille peut disposer de son pécule castrense, ou quasi-castrense, *ibid.* n. 1. Le fils de famille est capable de toute sorte de Contrats, *ibid.* n. 6. Excepté du prêt à cause du Macédonien, *ibid.* n. 7. Le fils de famille n'est pas incapable de faire Donation, *ibid.* n. 8 & 9. Quand est-ce que le fils de famille peut donner son pécule, *ibid.* Quand le pere accorde le pécule à son fils, & lui permet de donner, le fils n'a pas besoin d'un autre consentement pour la validité de la Donation, *ibid.* n. 12. La Donation faite par le fils de famille, du consentement de son pere, est censée faite par le pere même, *ibid.* n. 13. Le fils de famille ne peut point faire Testament, même avec la permission de son pere, *ibid.* n. 14. Le fils de famille peut donner sans la permission de son pere, les biens sur lesquels le pere n'a aucun droit, *ibid.* n. 18.

Fils de famille ne peut donner, ni aliéner les biens dont son pere a l'usufruit *jure patriæ potestatis*, q. 21, n. 20 & 21. La raison pourquoi le fils de famille ne pouvoit pas donner sans la permission de son pere par le droit ancien, est parce qu'il n'avoit rien en propriété, n. 25. Le fils de famille ne peut pas donner le pécule à lui confié par son pere, parce qu'il n'en a pas la propriété, *ibid.* n. 23. Par le droit ancien, tout ce que le fils de famille acquéroit, appart-

noit au pere, quest. 21, n. 25. Le fils de famille est personne libre à l'égard des biens dont il a la pleine propriété, *ibid.* n. 28. Il ne peut pas donner sans le consentement du pere, les biens dont le pere a l'usufruit, *ibid.* n. 29 & 30.

Fils de famille : s'il peut donner à cause de mort sans le consentement de son pere, quest. 22. Jurisprudence du Parlement de Toulouse pour la négative, *ib.* n. 1. Fondemens de cette Jurisprudence, n. 2. De quelle maniere faut-il entendre les Loix qui parlent du consentement du pere, *ibid.* n. 3. Décision que le fils de famille peut donner à cause de mort les biens dont il a la propriété & l'usufruit, sans la permission de son pere; mais non ceux dont le pere a l'usufruit, *jure patriæ potestatis*, *ibid.* n. 5. Raison de cette décision, n. 6, & suivans. Le consentement du pere n'est requis que pour son propre intérêt, *ibid.* n. 6. Le fils de famille n'est pas incapable de donner à cause de mort, *ibid.* n. 7. Il peut donner à cause de mort de la même maniere qu'il peut donner entre-vifs, *ibid.* n. 8. Par l'ancien Droit, le fils de famille ne pouvoit pas donner à cause de mort, parce qu'il n'avoit pas la propriété, *ibid.* n. 9. Par le Droit nouveau, le fils de famille peut avoir des biens en pleine propriété, & il peut les donner, *ibid.* n. 10. La Donation à cause de mort, est considérée comme un Contrat dont le fils de famille est capable, *ibid.* n. 11. Le fils de famille ne peut donner, aliéner, ni hypothéquer sans le consentement de son pere, les biens dont l'usufruit appartient au pere, *jure patriæ potestatis*, quest. 22, n. 13 & 14.

Fils de famille : si les biens que le fils de famille acquiert, appartiennent à son pere, quest. 35,

n. 52 & 53, quest. 40, n. 31. Le Droit nouveau en attribue l'usufruit au pere, quest. 40, n. 34. Les fils de famille sont capables de recevoir des libéralités de la main de toute sorte de personnes, quest. 40, n. 52.

Fisc : dans le doute, il faut prononcer contre le Fisc, quest. 23, n. 38.

Fonds dotal : de l'aliénation ou Donation du fonds dotal. Voy. *Dot.*

Fraude : est facilement présumée entre personnes proches, quest. 35, n. 33. La preuve de la fraude est difficile, *ibid.* n. 34. La qualité des personnes ne suffit pas pour faire présumer la fraude, *ibid.* n. 38. La fraude doit être prouvée, *ibid.* n. 39 & 69. L'interposition des personnes fait présumer la fraude, *ibid.* n. 18. La parenté ne suffit pas pour faire présumer la fraude, *ibid.* n. 40.

Fruits : si le mari gagne les fruits des paraphernaux, quand la femme les lui laisse prendre, quest. 25, n. 60 & 61. De quel jour sont dus les fruits du retranchement des Donations pour les légitimes des autres enfans, quest. 37, n. 1. jusques au n. 31. Quatre cas où la question peut se rencontrer, *ibid.* n. 2, 3, 4, 5 & 6. Lorsque les biens donnés reviennent au donateur par survenance d'enfans, les fruits ne sont restituables que depuis la notification de la naissance, *ibid.* n. 8. La bonne foi fait gagner les fruits, quoique le titre soit résolu, *ibid.* Les fruits du retranchement pour la légitime sont adjugés depuis la mort du pere ou de la mere, *ibid.* n. 11, & suivans. Voyez *Légitime*.

G

Garantie : si elle est due pour la Donation, lorsqu'il y a du dol de la part du donateur,

quest. 9, n. 7. Lorsque le second acheteur est préféré par la prise de possession, le premier a la garantie contre le vendeur, quest. 39, n. 4. Le donateur ne doit pas la garantie, s'il ne l'a promise, quest. 39, n. 57. Excepté à cause de son dol, *ibid.* n. 58. La garantie dans ce cas porte hypothèque du jour de la Donation, *ibid.* n. 59.

Generi per speciem derogatur, quest. 31, n. 73.

H

Hérédité : le pupille est obligé par l'adition d'hérédité, quoiqu'il ne le soit pas par un Contrat synallagmatique, quest. 2, n. 20. L'adition d'hérédité est un Acte légitime qui ne reçoit ni division, ni condition, ni terme, *ibid.* n. 21. Celui qui accepte une hérédité, profitant des avantages, doit aussi ressentir les incommodités, quest. 2, n. 22. Le pupille ne peut pas accepter une hérédité ni un fidéicommiss universel sans l'autorité de son tuteur, quest. 2, n. 6. Pourquoi, n. 18 & 20.

Hérédité : si le mineur peut accepter une hérédité sans l'assistance de son curateur, quest. 2, n. 29. L'hérédité est mise au rang des choses incorporelles, quest. 31, n. 53. L'acceptation d'hérédité s'induit, lorsque l'on touche aux choses héréditaires, quest. 43, n. 27. *Partem agnoscendo totum adire censetur*, n. 26.

Héritier : acceptant l'hérédité sans Inventaire, est tenu des dettes, des legs, & des fidéicommiss, même au-delà du patrimoine, q. 27, n. 31. Lorsque l'héritier grevé accepte l'hérédité sans Inventaire, il se fait une confusion de ses droits & actions, par rapport aux créanciers & aux légataires, mais non par rapport au fidéicommissaire, quest. 27, n. 33. L'héritier qui

n'a pas fait Inventaire, ne peut pas retenir la Trébélianique, quest. 27, n. 38, page 222. L'héritier sans Inventaire doit rendre les biens donnés, quand ils ont été nommément substitués, *ibid.* n. 32. Mais il en est autrement, lorsque les biens donnés n'ont pas été nommément substitués, *ibid.* n. 40. Ce n'est pas par la force de la confusion, qui se fait par l'acceptation de l'hérédité, que l'héritier est obligé de rendre les biens donnés, *ibid.* n. 33. Mais à cause de la liberté que le testateur a de charger de fidéicommiss les propres biens de son héritier, *ibid.* n. 37. Il ne peut y avoir de confusion que quand la Donation est d'une somme d'argent, *ibid.* n. 24. L'institution est d'une somme d'argent, *ibid.* n. 24. L'institution *pro parte*, ne cause de confusion que *pro parte*, *ibid.* n. 39. Quand il y auroit confusion, elle n'auroit pas un effet irrévocable, *ibid.* n. 35. Les hypothèques & servitudes éteintes par la confusion, revivent quand la cause de la confusion cesse, *ibid.* n. 36. Par le Droit ancien, l'héritier *pro parte* n'étoit pas tenu au-delà de l'émolument en fonds & fruits; mais il en est autrement par le Droit nouveau, *ibid.* n. 38. L'héritier succède à tous les droits du défunt, quest. 38, n. 33. Nul n'est héritier, s'il ne veut, quest. 44, n. 45. Si l'incertitude de l'héritier vicie l'institution, quest. 46, n. 29, 30, 31 & 32. Si la nomination de l'héritier peut être renvoyée à la volonté d'un tiers, *ibid.*

Hypothèque : si lorsque la Donation est révoquée par la survenance d'enfans, les biens donnés sont hypothéqués subsidiairement au douaire & aux autres conventions matrimoniales de la femme du donataire, quest. 11, n. 8, & suivans. Par la Ju

jurisprudence du Parlement de Toulouse, l'hypothèque subsidiaire étoit accordée à la femme, *ibid.* n. 9. Raisons de cette Jurisprudence, n. 10 & 11. Elle n'est pas fondée, n. 12, & suivans. Les biens donnés reviennent quittes des hypothèques, servitudes, & autres charges contractées par le donataire, quest. 11, n. 17. Il n'y a point de Loi qui excepte les conventions matrimoniales, *ibid.* n. 18. Si la présence du donateur à la stipulation des conventions matrimoniales, & à la réception de la dot, fait établir l'hypothèque subsidiaire sur les biens donnés, *ibid.* n. 19. L'hypothèque subsidiaire des biens donnés, est contre l'esprit des Loix, selon Dumoulin, *ibid.* n. 24. L'Ordonnance de 1731 a déchargé les biens donnés de l'hypothèque subsidiaire, *ibid.* L'hypothèque est *tota in toto & in qualibet parte*, quest. 27, n. 39. Quand le donateur doit la garantie à raison de son dol, l'hypothèque est acquise du jour de la Donation, quest. 39, n. 58 & 59. Les Actes passés devant Notaire, portent hypothèque, *ibid.* n. 60.

I

I*ngratitude* : si la Donation rémunératoire est révoquée par ingratitude, quest. 15, n. 4.
Insinuation : la Donation antérieure non insinuée, est préférée à la dot postérieure, quest. 19, n. 22. Insinuation des substitutions contractuelles, par quelles Loix est introduite, quest. 27, n. 62. Insinuation, quand est nécessaire, quest. 39, n. 62.
Institution : si le testateur peut remettre à la volonté d'un tiers l'institution d'héritier, quest. 46, n. 29, 30 & 31. L'incertitude de l'héritier annule l'institution, *ibid.* n. 30. Mais non

quand la personne est incertaine à choisir parmi un certain nombre, *ibid.* n. 32.

Institution : si l'on peut instituer les enfans à naître, quest. 37, n. 2.

Institution contractuelle vaut comme Donation irrévocable, q. 26, n. 39. L'institution contractuelle n'est autorisée qu'à cause de la faveur du mariage, quest. 27, n. 67. Si l'institution contractuelle est nulle, la substitution l'est pareillement, *ibid.* n. 68. Quand cette institution est valable, la substitution peut être faite par Contrat séparé, *ibid.* n. 69. L'institution contractuelle est un titre universel, de même que l'institution testamentaire; quest. 38, n. 13. Différence entre la Donation universelle & l'institution contractuelle, *ibid.* n. 14. La succession *ab intestat* est compatible avec la Donation universelle, mais non pas avec l'institution contractuelle, *ibid.* n. 15.

Interdus uti possidetis & utrubit, competent pour les meubles, les immeubles, l'usufruit, l'usage, & les servitudes, & pour les choses incorporelles, quest. 31, n. 66. La propriété ni la possession civile, ne suffit pas pour intenter les interdits & les actions possessoires, quest. 39, n. 52.

Intérêts : de quel jour sont dus les intérêts du retranchement des Donations ou des dots, pour les légitimes des autres enfans, quest. 37, n. 31, & suivans. Les intérêts sont odieux, *ibid.* n. 34. Ne sont pas dus *propter lucrum petentium, sed propter moram non solventium*, *ibid.* n. 35. Les intérêts des droits légitimes courent sans interpellation. *ibid.* n. 38. *Usura vicem fructuum obtinent & merito non debent à fructibus separari*, *ibid.* n. 39 & 40. Les intérêts de la

légitime font dus de la même manière que les fruits sur les immeubles, *ibid.* n. 40 & 41. Les intérêts des légitimes font favorables, *ibid.* n. 42. Sont alloués au même rang que le capital, *ibid.* n. 43. Si les intérêts font dus de plein droit, lorsque les dots font rattachées pour la légitime, *ibid.* n. 47, & suivans. Dans l'action *condictionis indebiti*, les intérêts ne font dus que depuis l'interpellation, *ibid.* n. 51.

Interprétation : quand il s'agit d'interpréter, *melius est sensum quam verba amplecti*, quest. 26, n. 36.

Inventaire : si le donataire a la liberté de faire Inventaire, q. 8, n. 50. Le donataire n'est pas tenu *ultra vires*, quoiqu'il n'ait pas fait Inventaire, *ibid.* n. 15.

L

Legs : quand le legs est déterminé par le testateur, & qu'il n'a fait que commettre à l'héritier ou à un tiers, l'élection de la personne du légataire parmi un certain nombre, ou le choix de la chose léguée, ou du tems, la disposition est valable, quest. 46, n. 7. Le legs vaut, quoiqu'il dépende de la volonté d'autrui par forme de condition, *ibid.* n. 8. Le legs est bon, quand la disposition en est laissée au dire d'un tiers, *tantum arbitrio boni viri*, *ibid.* n. 9. Et en cas que le tiers arbitre mal, on peut recourir à un autre estimateur, *ibid.* n. 10. Quels sont les termes qui font connoître que la disposition est laissée au tiers *tantum arbitrio boni viri*, *ibid.* Si dans les autres cas le legs est nul, lorsque le testateur s'en est rapporté à la volonté d'un tiers ou de l'héritier, *ibid.* n. 11. De la disposition qui dépend de la volonté du légataire par forme de condition, *ibid.* n. 12. De la dispo-

sition qui dépend de la volonté de l'héritier par forme de condition négative, *ibid.* n. 13. Si l'héritier qui a une fois déclaré sa volonté en approuvant le legs, peut se rétracter, *ibid.* Du legs fait avec cette addition *cum hæres voluerit*, *ibid.* n. 14. Si l'héritier peut être forcé de le payer pendant sa vie, *ibid.* Le legs est nul, quand il dépend absolument de la volonté pure de l'héritier, *ibid.* n. 15. Différence entre le legs commis à la pure volonté d'un tiers, avec celui qui est commis à la volonté d'un tiers, comme condition, *ibid.* n. 16. Comment peut-on démêler la volonté pure d'avec la volonté, comme condition, *ibid.* Comment doit-on concilier les Loix contraires sur cette matière, *ibid.* n. 17. Quoique le testateur ne puisse pas s'en rapporter à la volonté de l'héritier pour la substance du legs, il le peut néanmoins pour le tems auquel le legs pourra être du, *ibid.* n. 25. Quand le legs est remis à l'arbitrage de l'héritier ou d'un tiers, s'ils n'arbitrent pas bien, on peut recourir à d'autres Prud'hommes, *ibid.* n. 26. Lorsque le testateur dit, *je legue, si mon héritier le veut*, la volonté n'est pas prise pour condition, excepté en faveur de la liberté; mais elle est prise pour condition, quand il s'en remet à la volonté d'un tiers, si les circonstances le déterminent; & dans le doute, la volonté n'est pas prise pour condition, *ibid.* n. 27 & 28. Quand le testateur commet à un tiers la substance du legs ou de toute autre disposition, elle est nulle, *ibid.* n. 29. Le testateur peut accorder à sa femme ou à un tiers le pouvoir d'augmenter ou diminuer le legs, *ibid.* n. 33. A concurrence de quoi l'augmentation peut-elle être faite, &

- peut-elle excéder la légitime ? *ibid.* n. 34, jusques à la fin.
- Legs** : d'un certain genre, est restreint par l'énumération de certaines especes, quest. 31, n. 74. Exemples de cette regle, *ibid.* n. 76. Lorsque le legs est général, l'énumération de certaines choses ne le restreint pas, n. 78 & 79. Le legs n'est pas censé diminué ; mais l'énumération est censée ajoutée *ex abundantia*, *ibid.* n. 78. De quelle maniere doit-on concilier les Loix qui paroissent contraires sur cette matiere, *ibid.* n. 80. *Inductum ad augendum legatum non debet afferre diminutionem*, *ibid.* n. 81.
- Legs** : sont révoqués par la simple déclaration du testateur devant Notaires, sans forme de Testament, quest. 41, n. 36, 37 & 38. Les legs sont révoqués par voie d'exception par la simple déclaration du testateur, quoique le Testament ne soit pas révoqué, quant à l'insinuation, *ibid.* n. 46, 47 & 48. Le legs de la créance fait en faveur du créancier, est une libéralité *propter commodum representationis*, quest. 43, n. 75.
- Legs** : contrariété des Loix sur la difficulté, si les legs peuvent être conférés à la volonté d'autrui, quest. 46, n. 2, & suiv. Distinction de Ricard pour concilier ces Loix, *ibid.* n. 5, & suivans. Quatre choses à considérer pour cela, *ibid.* n. 6. Convenances entre les legs & la Donation à cause de mort, quest. 47, n. 18. Différence entre les legs & la Donation à cause de mort, *ibid.* n. 19. Le legs n'est confirmé que par l'adition d'hérédité, *ibid.* n. 19. Celui qui impugne de faux le Testament, ou propose la plainte d'innocité, perd le legs, *ibid.* Le legs annuel est divisé en autant de legs, qu'il y a d'années, *ibid.* La capacité du légataire est considérée par rapport au tems du Testament, & de la mort du testateur, *ibid.*
- Legs** : est comparé aux Donations : est une Donation testamentaire, quest. 8, n. 33.
- Si le légataire d'une somme à la charge de bailler un fonds, acceptant le legs, est obligé d'exécuter la condition, quest. 8, n. 34. Si le légataire peut être grevé au-delà de la valeur du legs, *ibid.* n. 53.
- Les legs ne sont pas révoqués par la survenance des enfans, quest. 12, n. 20. A concurrence de quoi le légataire peut-il être chargé de fidéicommis, quest. 27, n. 21 & 22. Cas où le légataire peut être chargé au-delà de l'émolument, *ibid.* n. 23. Le légataire qui a accepté le legs, est obligé de remplir la charge, sans pouvoir répudier, *ibid.* n. 24. A moins qu'il ne fût mineur, *ibid.* n. 25. Raison pourquoi le légataire majeur qui a accepté le legs sous certaines charges, est obligé de les remplir, *ibid.* n. 26. En acceptant, le légataire est censé avoir quasi contracté, *ibid.* n. 27. Le donataire qui accepte le legs à lui fait, à la charge de rendre les biens à lui ci-devant donnés, est obligé de satisfaire précisément au fidéicommis, *ibid.* n. 28. Si dans le legs on considère le tems auquel le Testament a été fait, ou celui de la mort du testateur, quest. 30, n. 22. Si les legs des meubles & acquets comprend ceux que le testateur a acquis après le Testament, *ibid.* n. 23.
- Légitimation** : les enfans légitimés par mariage, sont regardés avec la même faveur que s'ils étoient nés dans le mariage, quest. 17, n. 42. Si la naissance se joint à la légitimation, ou si la légitimation remonte à la naissance, *ibid.* n. 49, 51 & 52. La légitimation n'ajoute rien à la filia-

tion, n. 53. La légitimation ne peut pas ôter un droit acquis avant le mariage qui a opéré la légitimation, n. 49. La légitimation ne peut pas se joindre à la naissance, ni la naissance à la légitimation, au préjudice du droit acquis à un tiers dans un tems intermédiaire, *ibid.* n. 59. Mais il en est autrement, lorsqu'il n'y a rien entre deux, n. 62.

Légitimation du bâtard : si elle est révoquée par la Loi *Si unquam*, quest. 18, n. 15, & suivans. Si la légitimation est un don, *ibid.* n. 17 & 36. Si le pere qui a des enfans légitimes, peut faire légitimer par rescrit ses enfans bâtards, quest. 18, n. 20. Si la légitimation par rescrit est nulle, lorsqu'il n'est pas fait mention des enfans légitimes, *ibid.* n. 21. Si la légitimation par rescrit, & celle qui se fait par mariage différent, *ibid.* n. 30. La légitimation est un Acte légitime, qui ne reçoit point de condition, *ibid.* n. 32. Si la légitimation est une voie à la succession, *ibid.* n. 39. Si les enfans légitimés par rescrit succèdent à leur pere avec les légitimes, *ibid.* n. 44, & suivans. Usage du Parlement de Toulouse, n. 48. Les bâtards légitimés par rescrit, ne succèdent pas à ceux qui n'ont pas consenti à leur légitimation, n. 49. Si l'enfant légitimé par rescrit peut demander sa légitime sur les biens de son pere, n. 50. S'il peut impugner le Testament, comme inofficieux, n. 51 & 52. Si les successeurs *ab intestat* doivent consentir à la légitimation, n. 53. *Quid*, dans les Pays de Droit Ecrit, n. 56. Si les Lettres de légitimation doivent porter la faculté de succéder, *ibid.* n. 57. Espece d'un Arrêt rendu par le Parlement de Toulouse le 6 Septembre 1736, après Partage, au

Rapport de M. de Vic ; Comparateur M. de Comere.

Légitime : si elle se prend par contribution sur toutes les Donations, ou si les premières doivent être discutées avant d'en venir aux antérieures, quest. 9. Les légataires & les donataires à cause de mort, contribuent *pro rata* à la légitime demandée par la plainte d'inofficiosité, quest. 9. n. 19. Lorsque la même personne fait plusieurs Donations dans un même Acte en faveur de plusieurs personnes différentes, toutes ces Donations doivent contribuer *pro rata* à la légitime, *ibid.* n. 22 & 23.

Légitime : si la dot des filles est sujette au retranchement de la légitime des autres enfans, q. 10. Variété de la Jurisprudence du Parlement de Toulouse sur cette question, *ibid.* n. 1, 2 & 3. Le Droit Romain ordonne le retranchement des dots pour les légitimes, *ibid.* n. 4. Les légitimes font rentrer dans le patrimoine tous les biens donnés, & même les dots constituées, *ibid.* n. 6 & 27. Les enfans sont déclarés créanciers pour leur légitime, *ibid.* n. 6 & 23. Si pour le retranchement de la dot pour les légitimes, il faut attendre la mort du mari, quest. 10, n. 3, 9 & suivans, 14, & suivans. Les enfans pour leur légitime, *certant de damno vitando*, *ibid.* n. 23. Origine de la légitime, *ibid.* n. 24. Elle est à la place des alimens que les ascendans doivent à leurs descendans, *ibid.* La légitime est *præsens vitæ subsidium*, *ibid.* n. 25. Elle est due *sine ullo gravamine vel mora*, *ibid.* Si le retranchement étoit différé, les enfans se trouveroient sans alimens, *ibid.* n. 26. Le titre de la légitime remonte au jour du Contrat de mariage, duquel les enfans ont été procréés, quest.

- 10, n. 29. Tout ce qui entre dans le patrimoine, doit être sujet à la légitime, *ibid.* n. 30. Si la légitime peut être ôtée par la voie civile ou municipale, *ibid.* n. 31. Auteurs qui ont cru que le retranchement de la dot doit se faire avant la mort du mari, *ibid.* n. 34. La légitime est comme une dette conditionnelle, qui prend sa source dans le mariage, qui se contracte par la naissance des enfans à laquelle les Loix ont apposé pour condition le prédécès des parens, *ibid.* n. 38. Est une dette à jour, *cujus dies cessit, sed non venit*, n. 39. Il y a des cas où le pere est forcé d'anticiper la légitime à ses enfans, *ibid.* n. 40. Le titre de la légitime est présumé antérieur à toutes les aliénations gratuites, puisqu'elle les fait rentrer dans le patrimoine, *ibid.* n. 39. De quel jour les donataires peuvent prescrire le retranchement pour la légitime, *quest.* 10, n. 52.
- Légitime** : de quel jour sont dus les fruits ou intérêts du retranchement des Donations & dots pour la légitime des autres enfans, *quest.* 37. La légitime est due de plein droit, & ne reçoit point de délai ni de condition, *ibid.* n. 12. Le retranchement se fait de plein droit, *ib.* n. 14. La légitime est séparée du patrimoine d'abord après la mort du pere ou de la mere, *ibid.* n. 13. Les enfans sont saisis de la propriété & des fruits de la légitime, du jour du décès de leur pere ou mere, *ibid.* n. 16 & 17. La légitime doit être laissée en propriété & usufruit, *ibid.* n. 17. *Nunguam stare potest legitima sine fructibus*, *ibid.* n. 19. La légitime est un droit universel, & est augmentée par les fruits, de même qu'une hérédité, *ibid.* n. 20 & 21. Le légitimaire est saisi par la maxime, *le mort saisit le vif*, *ibid.* n. 22. La légitime est subrogée aux alimens dus aux enfans, *ibid.* n. 24. Différence entre le retranchement des Donations & des dots inofficieuses, & la révocation par la survenance d'enfans, *ibid.* n. 25. Il ne faut pas faire différence à cet égard entre la Donation & la dot, *ibid.* n. 28. Le légitimaire est déclaré créancier par la Loi, & *certat de damno vitando*, *ibid.* n. 27. Si le retranchement de la dot n'étoit fait qu'après la mort du mari, les fruits ne feroient dus qu'après la mort du mari, *ibid.* n. 30.
- Libération** : on doit la favoriser autant que l'on peut, *quest.* 11, n. 21.
- Liberté** : est une chose inestimable, *quest.* 14, n. 35, *Omnia presumuntur libera, nisi contrarium probetur*, *quest.* 25, n. 70.
- Loix** : *leges legibus concordare promptum est*, *quest.* 14, n. 20.
- Loix** : Explication de la Loi 3, *Cod. de donat. quæ sub modo*, *quest.* 1, n. 10. De la Loi 64, *ff. de contrahen. empt. ibid.* n. 28. De la Loi 3, *Cod. de in integr. restit. minor.* *quest.* 2, n. 32. De la Loi 3, *Cod. de donationib. quæ sub modo*, *quest.* 5, n. 38, 39 & 44. De la Loi 1, *ff. qui sine manumiss. ad libert. perven.* *quest.* 5, n. 47. De la Loi 36, *ff. de pactis*, *quest.* 5, n. 49. De la Loi *Libertus* 16, §. *ult. ff. de jure patron.* *quest.* 9, n. 29. Explication de la Loi *un. Cod. de inoff. dot.* *quest.* 10, n. 15 & 16. Explication de la Loi 62, *ff. de jur. dot.* *quest.* 10, n. 41. Explication de la Loi 25, §. 1, *ff. quæ in fraud. cred.* *quest.* 10, n. 44, 45, 46 & 47. Explication de la Loi 1, §. *Sed si libertus, ff. si quid in fraud. patroni*, *quest.* 10, n. 13, 49 & 51. Explication de la Loi *Si unquam*, *Cod. de revoc. donat.* *quest.* 14, n. 5, 8, & suivans,

& n. 25. Explication de la Loi 76, ff. de rei vindic. *ibid.* n. 12. Si la Loi *Si unquam* doit être étendue hors de son cas, qu. 14, n. 26 & 27. Explication de la Loi 28, ff. de inoff. testam. quest. 19, n. 15. Explication de la Loi dernière, ff. de hered. inst. *ibid.* 17. Explication de la Loi 7, ff. de donat. quest. 22, n. 2, & suivans. Explication de la Loi 9, ff. de condic. causâ datâ, non secutâ, quest. 23, n. 22. Explication de la Loi 23, Cod. de jur. dotium, quest. 24, n. 18. Explication de la Loi 17, Cod. de jur. dot. *ibid.* n. 23. Explication de la Loi 6, Cod. de revocand. donat. *ibid.* n. 27. Explication de la Loi 21, Cod. de donationib. *ibid.* n. 28. Conciliation de la Loi 1, Cod. de dotis promiss. avec la Loi 69, §. 4, ff. de jur. dot. quest. 25, n. 47, & suivans. Explication de la Loi dernière, §. 5, ff. de leg. 2, quest. 26, n. 21 & 26. Explication de la Loi 67, §. 1 & 5, ff. de leg. 2, quest. 27, n. 11 & 14. Explication de la Loi 37, §. 3, ff. de leg. 3, quest. 28, n. 2 & 6. Explication de la Loi 68, ff. de leg. 2, quest. 28, n. 16 & 19.

Loix : Explication de la Loi 7, §. 4, ff. de peculio, quest. 31, n. 36, & suivans. Explication de la Loi 15, §. 2, ff. de re jud. *ibid.* n. 39, & suivans, & n. 44.

Loix : dans quels cas est-il permis d'étendre les Loix d'un cas à l'autre, quest. 33, n. 40. *In odiosis & correctoriis jur. non fit extensio de casu ad casum*, *ibid.* n. 2.

Loix : les Nouvelles de l'Empereur Leon n'ont pas force de Loi, quest. 42, n. 27.

Loix : Explication de la Loi 5, §. 15, ff. de donat. inter virum & uxorem, quest. 43, n. 73. De la Loi 67, §. 1, ff. de leg.

2, *ibid.* n. 74. Conciliation de la Loi 43, §. 5, ff. de leg. 1, avec la Loi 52, ff. de condic. & demonstr. quest. 46, n. 17. La regle générale établie par les Loix, ne doit pas être confondue avec les cas particuliers, quest. 46, n. 18. En conciliant les Loix, il faut conserver le sens que les termes desirent, *ib.* n. 21. Explication de la Loi 43, §. 3, ff. de leg. 1, quest. 46, n. 24. Explication de la Loi 34, §. 6, ff. de solutionibus, quest. 48, n. 28. Explication de la Loi 6, Cod. de donat. ante nuptias, quest. 49, n. 29. Explication de la Loi 8, Cod. de donat. ante nuptias, *ibid.* n. 32.

M

Mandat : qui patitur ab alio mandari, ut sibi credatur, mandare intelligitur, quest. 48, n. 10. Patientia habetur pro mandato, *ibid.* n. 11.

Mariage : quoique le mariage soit nul par quelque empêchement dirimant, ou par l'incapacité de l'un des contractans, la bonne foi de l'un des conjoints rend les enfans légitimes, qu. 17, n. 6. *Matrimonium subsequens omnia precedentia purgat*, *ibid.* n. 42. Le mariage subséquent légitime les bârards, & les met au niveau des légitimes, *ibid.* Le mariage subséquent ne peut pas ôter un droit acquis à un tiers avant le mariage, qui a opéré la légitimation, *ibid.* n. 49. Il peut y avoir des mariages sans dot, mais non pas de dot sans mariage, quest. 25, n. 15. La dot n'est pas un accessoire du mariage, *ibid.* n. 16. Des mariages des Romains per coemptionem, *ibid.* n. 26. Effets de ces mariages, n. 27. Abolition des mariages per coemptionem, *ibid.* n. 28. Le second mariage change d'ordinaire les inclinations des parens

remariés, quest. 40, n. 24. *Tabula nuptiales ad tempus matrimonii inferri debent*, quest. 43, n. 49.

Mari : s'il peut accepter la Donation faite à sa femme absente, quest. 4, n. 1, & suivans. Le mari est le Procureur naturel & légal de sa femme, *ibid.* n. 5, & quest. 25, n. 20. Le mari & la femme sont deux personnes en une même chair, quest. 4, n. 6. Le mari peut procurer des avantages à sa femme, & rendre sa condition meilleure, *ibid.* n. 6. Si dans les Pays où la communauté a lieu, le mari peut accepter pour sa femme, *ibid.* n. 7. Le pouvoir légal du mari équipolle au mandat exprès, quest. 4, n. 12. Le mari peut intenter l'action en retrait pour sa femme sans procuration, *ibid.* n. 13. Le mari, qui est le maître de la communauté, a beaucoup plus de pouvoir sur les biens communs que n'en ont les associés, *ibid.* n. 9.

Mari : si le mari peut donner irrévocablement aux enfans du premier lit de sa femme pendant le mariage, quest. 40.

Mariés : s'ils peuvent s'avantager pendant le mariage en Pays Coutumier, quest. 40, n. 1, jusqu'au n. 7.

Meubles : le mot *moventia* a la même signification que le mot *mobilia*, quest. 31, n. 42 & 43. Comment cela doit-il être entendu, *ibid.* n. 44. Il peut y avoir des meubles corporels & des incorporels, *ibid.* n. 50. Si les actions sont meubles ou immeubles; v. *Actions*. Loix qui ont mis les actions au rang des meubles, quest. 31, n. 64, 65 & 66.

Mineur : s'il peut accepter une Donation à lui faite sans l'assistance de son curateur, quest. 2, n. 28, & suivans. Si le mineur peut valablement s'obli-

ger, *ibid.* n. 28. Il peut accepter une hérédité sans l'assistance de son curateur, *ibid.* n. 29. Le mineur ne reçoit point de curateur malgré lui, *ibid.* n. 30. Le curateur que le mineur a, ne le rend pas incapable de contracter, n. 31. Si, selon le Droit François, le mineur peut accepter une Donation sans curateur, n. 33.

Monastere : ceux qui entroient dans un Monastere devoient lui laisser une portion virile de leurs biens, eu égard au nombre de leurs enfans, quest. 13, n. 6. Le Monastere tient lieu d'enfans à ceux qui y entrent pour faire Profession religieuse, *ibid.* n. 8. Cela est abrogé en France, n. 22. Toutes les libéralités sont défendues aux Monasteres de la part de ceux qui y entrent, *ibid.*

Mort : *mors omnia solvit* : quest. 5, n. 21. La mort du donateur produit une révocation tacite du projet de donner, *ibid.* n. 22. La volonté du donateur est éteinte par sa mort arrivée avant l'acceptation, quest. 7, n. 3. Si la Profession religieuse produit une mort civile, qui a le même effet que la mort naturelle, quest. 17, n. 13 & 14.

N

Negotiorum gestor, alienam conditionem meliorem etiam ignorantis, facere potest, quest. 3, n. 15.

Nullité : *quod nullum est, nullum producit effectum*, quest. 5, n. 10. La Donation demeure nulle jusques à l'acceptation, *ibid.* n. 9.

O

Obligation stipulée pour soi & pour un tiers absent, n'est point acquise à l'absent, q. 1, n. 7. Une telle obligation est divisée de plein droit, & n'est

bonne que pour la moitié, *ib.* n. 8 & 9. L'obligation réciproque n'est pas nécessaire pour la validité de la Donation entrevifs, *ibid.* n. 36. L'esclave ne peut pas obliger son maître, n. 37. Les obligations sont volontaires dans leur commencement; mais il faut les remplir quand on les a contractées, n. 43. Les obligations sont *stricti juris*, quest. 11, n. 21.

P

P Acte fait en faveur d'un tiers, ne peut être révoqué par l'un des pactifans, quand il importe à l'autre qu'il soit exécuté, q. 5, n. 48. Mais il en est autrement quand il n'y a point d'intérêt, *ibid.* Le Pacte de non petendo profite tellement à la caution, qu'il ne dépend pas du débiteur de s'en départir au préjudice de la caution, *ibid.* n. 49 & 50. Le Pacte de non petendo éteint l'obligation naturelle, & libère la caution de l'action civile, *ibid.* n. 51. Le Pacte de quota litis est défendu aux Avocats, quest. 32, n. 16, 17 & 29.

Parapherinaux : la femme peut permettre ou interdire à son gré au mari, l'administration & la jouissance des parapherinaux, quest. 25, n. 21. Les parapherinaux ne deviennent pas dotaux, quoique le mari en jouisse, *ibid.* n. 22. Si le mari gagne les fruits des biens parapherinaux de sa femme, *ibid.* n. 60. Si le mari a la jouissance des parapherinaux quand sa femme ne la défend pas, *ibid.* n. 61. Les biens donnés sont présumés parapherinaux & libres, parce que c'est leur état naturel, *ibid.* n. 70.

Paroles : doivent être expliquées de maniere qu'elles ne soient pas oiseuses, quest. 38, n. 44.

Pars, partie, explication du mot

pars, quest. 14, n. 5, 9, 13, & suivans, 18, 21 & 22. La partie, quand elle n'est pas désignée, doit être de la moitié, *ibid.* n. 22. *Eadem est ratio de parte qua de toto*, *ibid.* n. 24. *De toto quoad totum quod juris est*, *idem de parte quoad partem*, quest. 38, n. 39.

Patron : droits des Patrons sur les affranchis; voy. *Affranchi* : le droit de Patronat sur les affranchis étoit déferé aux descendans par droit de sang, quest. 44, n. 18 & 19.

Pécule : quels biens peuvent entrer dans un pécule, quest. 31, n. 33 & 36. Le fils de famille peut disposer de son pécule castrense ou quasi-castrense, quest. 21, n. 1. Quand est-ce que le fils de famille peut donner le pécule qui lui est confié par son pere, *ibid.* n. 8 & 9.

Pere : le pere & le fils sont considérés comme une même personne, quest. 3, n. 5, & quest. 35, n. 32. Si le pere peut accepter une Donation faite à son fils, quest. 3, n. 3 & 4. L'amour paternel ne permet pas de présumer que le pere ait jamais eu le dessein de frauder ses enfans, quest. 9, n. 18. *Paternum est officium dotare filiam*, quest. 10, n. 13. Si l'amour paternel prend son fondement dans la nature ou dans la légitimation, quest. 17, n. 48. La qualité de pere ne reçoit point d'accroissement par la légitimation de ses enfans naturels, *ibid.* n. 55. Le pere est censé avoir autant d'amour pour ses enfans naturels, que pour ceux qui sont légitimes, quest. 18, n. 29. Les peres aiment plus leurs enfans, qu'ils ne s'aiment eux-mêmes, quest. 35, n. 61 & 62.

Permis : ce qui n'est pas défendu est censé permis, quest. 32, n. 36.

Personne interposée : l'interposition

des personnes fait présumer la fraude, quest. 35, n. 18. Celui qui allègue l'interposition des personnes, doit la prouver, *ibid.* n. 19. C'est un fait qu'il faut prouver, *ibid.* n. 37. La parenté ne suffit pas pour la faire présumer, *ibid.* n. 40. Elle peut être prouvée par des conjectures, *ibid.* n. 20. Si les biens donnés à un tiers se trouvent entre les mains de la personne prohibée, cela prouve suffisamment l'interposition de la personne du tiers, *ibid.* n. 21. Opinion de Theveneau, que les descendans sont présumés personnes interposées, *ibid.* n. 12. Examen de l'opinion de Theveneau, *ibid.* n. 26, jusqu'au n. 47. Résolution que les enfans par leur seule qualité ne doivent pas être considérés comme des personnes interposées, & que le sentiment de Theveneau n'est pas soutenable hors de la Coutume de Paris, *ibid.* n. 47 & 48. Lorsque la Donation est faite à un descendant, en contemplation de l'ascendant, l'interposition de la personne est présumée, *ibid.* n. 27. La preuve de l'interposition des personnes doit être faite quand le tiers n'est pas *in linea descendenti*, *ibid.* n. 22. On ne présume point l'interposition des personnes quand la Donation a été faite pour les mérites du donataire, *ibid.* n. 28. Quand même le donataire seroit en la puissance de la personne prohibée, & qu'elle auroit l'usufruit *jure patriæ potestatis*, *ibid.* n. 29. Par le Droit Romain, les enfans ne sont pas présumés personnes interposées, *ibid.* n. 43. Preuves, n. 44, & suivans. Des enfans émancipés, *ibid.* n. 64, jusqu'au n. 72. Des filles du tuteur qui sont mariées, si elles sont présumées des personnes interposées, *ibid.* n. 72 & 73. Du gendre du

tuteur, *ibid.* n. 74 & 75. De la femme du tuteur, *ibid.* n. 76, & suivans. Des ascendans du tuteur, *ibid.* n. 82, & suivans. Des parens collatéraux du tuteur, *ibid.* n. 85, & suivans. De l'associé du tuteur, *ibid.* n. 88 & 89.

Perte: *res perit domino*, quest. 8, n. 37. Si le donataire est tenu d'exécuter la charge à lui imposée, quoique les biens donnés aient péri, *ibid.* n. 35 & 36.

Portion: différence entre les cas où les portions se font par le seul concours, ou bien de plein droit, quest. 1, n. 24 & 25. Quand la portion n'est pas exprimée, elle doit être de la moitié, quest. 14, n. 22.

Possession: si dans le concours de deux Donations universelles, dont la première est faite avec retention d'usufruit, & la deuxième sans réserve d'usufruit, la deuxième doit prévaloir, lorsque le donataire s'est mis en possession le premier des biens donnés, quest. 39. *Quid*, dans le concours d'une Donation générale, avec une particulière, quest. 39. Le second acheteur doit être préféré au premier, quand il a pris plutôt la possession des biens vendus, *ibid.* n. 1. Il en est de même du second donataire de la même chose, *ibid.* n. 2 & 5. La prise de possession doit régler la propriété, même dans le cas de deux ventes de la même hérédité à deux personnes différentes, *ibid.* n. 3. Raisons de cette préférence en faveur de celui qui se met le premier en possession, *ibid.* n. 8 & suivans. La possession est transférée au donataire, *fictione brevis manūs* par la réserve d'usufruit faite par le donataire, *ibid.* n. 34. La possession transférée au donataire, par la retention d'usufruit, faite

par le donateur, acquiert la propriété, *ibid.* n. 36, & suivans. La possession ne regle pas la préférence, lorsque la vente ou la Donation est faite à l'Eglise, *ibid.* n. 39. La préférence entre deux donataires ne se regle pas précisément par la possession, mais bien avant qu'elle transfere la propriété, *ibid.* n. 35. La propriété & la possession n'ont rien de commun, *ibid.* n. 55. Le second donataire, quoique le premier en possession, n'est pas préféré au premier, quoique la première Donation soit générale, & la seconde Donation particulière, *ibid.* n. 65. Entre deux donataires particuliers, le premier est préféré, quoique le second soit le premier en possession, si la première Donation est faite avec rétention d'usufruit, *ibid.* n. 66. Dans le concours d'un donataire, avec rétention d'usufruit, & d'un acheteur postérieur, avec tradition, le donataire doit l'emporter, *ibid.* n. 67.

Prescription : *contra non valentem agere non currit prescriptio*, q. 10, n. 52. De quel jour les donataires peuvent prescrire l'action du légitimaire, qui peut demander le retranchement des Donations, *ibid.*

Présomption : *juris & de jure*, ne souffrent point de preuve contraire, quest. 35, n. 49.

Preuve : *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*; quest. 35, n. 68. C'est au demandeur & à celui qui propose une exception, à prouver, quest. 32, n. 37.

Privilege : Dans le concours d'un privilege égal, on doit recourir au droit commun, quest. 26, n. 33.

Procureur : la Donation peut être acceptée par le Procureur fondé, quest. 2, n. 41. Il n'y a point de différence entre le

Procureur fondé & le Procureur légal, *ibid.* n. 41.

Procureur : les parens sont comme les Procureurs de leurs descendans; en sorte qu'ils peuvent agir pour eux sans mandat, quest. 3, n. 16. Si les Procureurs *ad lites* sont capables de recevoir des Donations & des libéralités de leurs Parties, tandis que le Procès dure, quest. 32. Les Procureurs sont capables, selon le Droit Romain, de recueillir des successions qui leur sont dévolues par le Testament de leurs Parties, *ibid.* n. 13.

Prohibition : quand la raison de la prohibition cesse, la prohibition doit cesser, quest. 40, n. 49. Quand la prohibition est dirigée à des personnes d'une certaine qualité, qui doit produire quelque effet, la qualité & l'effet doivent se vérifier, *ibid.* n. 51.

Promesse d'instituer, vaut comme Donation irrévocable, quest. 26, n. 39.

Propriété : est acquise par la tradition qui est faite par la rétention d'usufruit, quest. 3, n. 36, & suivans, & n. 49 & 56. La propriété & la possession n'ont rien de commun, *ibid.* n. 55. *Quod nostrum est, sine factio nostro ad alium transferrè non potest*, *ibid.* n. 48.

Pupille : est digne de faveur, quest. 2, n. 1. Si le pupille est incapable de consentir aucun Contrat synallagmatique, *ibid.* n. 4. Les pupilles ne sont point obligés dans les Contrats réciproques, *ibid.* Si le pupille peut accepter une hérédité sans l'autorité de son tuteur, *ibid.* n. 6. S'il peut accepter la restitution d'un fidéicommis universel, *ibid.* n. 7. Si le pupille peut accepter une Donation sans l'autorité de son tuteur, quest. 2, n. 9 & 23. Le pupille peut tout faire sans

tuteur, en rendant sa condition meilleure; il peut stipuler & accepter des obligations en sa faveur, quest. 2, n. 10 & 11. Ce qui doit être entendu du pupille qui a quelque connoissance, n. 13. L'acceptation du pupille lui profite, quoiqu'il ne soit pas lié envers le donateur, n. 12. Pour acquérir, le pupille n'a pas besoin de l'autorité de son tuteur, n. 15. Pourquoi le pupille ne peut pas accepter une hérédité sans l'autorité de son tuteur, n. 17, 18 & 19. Si le tuteur ou le curateur peuvent accepter la Donation faite à leur pupille ou mineur absent, *ibid.* n. 34.

R

Religieux: si la Donation faite avant la Profession religieuse, est révoquée par la naissance des enfans du Religieux qui se marie dans la suite, lorsque les enfans sont réputés légitimes à cause de la bonne foi de leur mere, quest. 17, n. 10, & suivans. La Profession religieuse produit une mort civile, qui confirme irrévocablement toutes les dispositions de dernière volonté, de même que la mort naturelle, *ibid.* n. 13. Elle ouvre la succession, *ibid.* n. 14.

Renonciation: si on peut renoncer par Contrat à la faculté de substituer *ex intervallo* aux biens donnés, quest. 26, n. 45. Différence entre la renonciation pure privative, & celle qui est faite en faveur d'une certaine personne, quest. 43, n. 18. La renonciation pure est une répudiation, *ibid.* n. 19. La renonciation *in favorem* fait le renonçant de son droit, & le transporte à celui en faveur duquel la renonciation est faite, *ibid.* n. 20 & 21. La renonciation *in favorem*

étant libre, elle est une liberté, *ibid.* n. 47. La renonciation à une hérédité ou à un legs en faveur d'un autre, est une Donation, *ibid.* n. 72 & 73. La renonciation du premier appelé, fait place au second, *ibid.* n. 98. Le renonçant est regardé *pro non nato*, *ibid.* n. 99. Celui qui a renoncé au fidéicommiss, n'est pas compté pour remplir les degrés, *ibid.* n. 100. *remittentibus actiones suas, non datur regressus*, *ibid.* n. 101. Les renonciations privent le renonçant de son droit, *ibid.* n. 102. Celui qui n'est pas revêtu de l'hérédité, ne peut que renoncer, & faire place à celui qui est appelé à un degré postérieur, *ibid.* n. 110. Celui qui renonce à une hérédité, est regardé comme étranger, *ibid.* n. 119.

Réparations qui concernent l'usufruit & le propriétaire pendant l'usufruit. Voyez *Usufruit*: quelles sont les menues réparations, quest. 45, n. 7 & 8. On ne tient compte des réparations, qu'autant que la chose en est plus précieuse, *ibid.* n. 18. La douairière peut contraindre le propriétaire à faire les réparations qui le regardent, *ibid.* n. 25. L'usufruitier est obligé d'avertir le propriétaire des réparations à faire, *ibid.* n. 27.

Représentation: le petit-fils succède à l'ayeul par droit de représentation, quest. 44, n. 47. Qu'est-ce que la représentation, *ibid.* n. 48. La représentation opere deux effets. Le premier, est de placer au premier degré ceux qui par leur naissance, sont à un degré plus éloigné. Et le deuxième, d'admettre le représentant *ex propria persona*, *ibid.* n. 49 & 50. On ne peut pas opposer au représentant les renoncia-

ions & les autres exceptions qu'on auroit pu opposer à la personne représentée, *ibid.* n. 50. Si pour user du droit de représentation, le petit-fils doit être conçu lors de la mort de son ayeul, *ibid.* n. 52, & suivans. Le petit-fils représentant son pere, est considéré comme s'il étoit né au moment que son pere est venu au monde, *ibid.* n. 55.

Répudiation : si le majeur peut répudier la Donation qu'il a acceptée, quest. 2, n. 51, & quest. 8. La répudiation est un Acte légitime, de même que l'addition d'hérédité, & ne peut pas se faire à jour ni sous condition, ni pour partie, q. 43, n. 25 & 26. On ne peut pas répudier une hérédité ou fidéicommiss, qui ne sont pas ouverts, *ibid.* n. 33. L'héritier qui répudie en faveur d'un autre, est censé n'avoir jamais été héritier, & celui qui répudie une hérédité, est regardé comme étranger, *ibid.* n. 119. Lorsque les plus proches ont répudié, ils font place à ceux qui viennent immédiatement, quest. 44, n. 46.

Réserve : si lorsque le donateur s'est réservé la faculté de disposer de certains biens, ou d'une certaine somme, il doit en disposer expressément, q. 38. A qui doit appartenir la réserve faite dans une Donation générale, faute de disposition, *ibid.* n. 2. Ancienne Jurisprudence en faveur du donataire, *ibid.* n. 3. Raisons & autorités pour cette Jurisprudence, *ibid.* n. 4 & 5. Nouvelle Jurisprudence en faveur des héritiers du donateur, *ibid.* n. 6 & 7. Auteurs conformes, *ibid.* n. 8. A qui doit appartenir la réserve faite dans une institution contractuelle, faute de disposition, *ibid.* n. 9. Résolution que la réserve est

comprise dans l'institution, faute de disposition, *ibid.* n. 12, & suivans. La réserve n'est retranchée de l'institution contractuelle, que par la disposition, *ibid.* n. 15. Quand le donateur a fait la réserve pour en disposer expressément, la disposition doit être expresse, *ibid.* n. 18. Si la réserve peut être comprise dans la Donation, faute de disposition expresse, dans les Pays Coutumiers où la tradition est nécessaire, *ibid.* n. 21. Comment faut-il disposer d'une réservation faite dans une Donation de tous les biens présens & à venir, avec clause que la réserve appartiendra au donataire, faute de disposition, *ibid.* n. 22, 23 & 24. A qui doit appartenir la réserve faite dans une Donation particuliere, avec clause qu'en cas de disposition elle appartiendra au donataire : une disposition générale la comprend-elle ? *ibid.* n. 25. Hypothèse jugée en faveur du donataire, *ibid.* n. 26, & suivans. Différence entre la Donation générale & la particuliere, par rapport à la réserve, *ibid.* n. 51. Disposition de l'Ordonnance du mois de Février 1731, au sujet des réserves faites dans les Donations, *ibid.* n. 55.

Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis, quest. 42, n. 47.

Retour a lieu pour toute sorte de libéralités, quest. 43, n. 44. Se fait de plein droit *veluti quodam jure postliminii*, *ibid.* n. 45. Si le retour a lieu dans la restitution anticipée du fidéicommiss, *ibid.* n. 43, & suivans, n. 59, 61, & n. 112, & suivans. Le retour a lieu pour tout ce qui est profectif, & l'on appelle profectif tout ce qui procede du fait, ou à l'occasion du pere, de même que ce qui procede de la

substance, *ibid.* n. 62, 63 & 64. La restitution anticipée du fidéicommiss procédant du fait de l'héritier grevé, elle doit lui faire retour, *ibid.* n. 65. La renonciation à un droit non-acquis, est sujette au droit de retour, *ib.* n. 66. Quand la Donation est bornée à certain genre de personnes, lorsqu'elles manquent, les biens donnés font retour au donateur, *ib.* n. 76, & suivans. L'existence des filles n'empêche pas le retour de la Donation faite aux mâles taxativement, *ib.* n. 81.

Retour: de l'origine du droit de retour, de sa nature; s'il peut être considéré comme une condition tacite; s'il se fait de plein droit, & quels sont ses effets, quest. 42. Le droit de retour est considéré différemment au pays de Droit Ecrit, qu'au pays Coutumier, *ibid.* n. 1. Le droit de retour de la dot est établi par le Droit Romain, *ibid.* n. 2. Quelles sont les Loix qui parlent du retour de la dot profectice, *ibid.* n. 7. Si le retour de la dot profectice a lieu, indépendamment de la puissance paternelle, *ibid.* n. 8 & 9. Si la Loi unique, §. 13, *Cod. de rei uxor. actione*, fait dépendre le retour de la puissance paternelle, *ibid.* n. 10, & suivans. La Loi répute étrangères toutes les personnes, autres que les ascendans *per virilem sexum*, *ibid.* n. 12. La dot faisoit retour au pere par le divorce de sa fille, tout comme par sa mort, *ibid.* n. 13, & suivans.

Retour: du droit de retour pour les Donations, quest. 42, n. 17, & suivans. La Loi 2, *Cod. de bonis quæ liberis*, ne parle que du retour de la dot & de la Donation *ante nuptias*, *ibid.* n. 18 & 19. Le retour de la Donation *ante nuptias* étoit fondé sur la puissance paternelle,

ibid. n. 20. La Loi dernière; *Cod. comm. utriusque iudicii*, ne parle non-plus que du retour de la dot, & de la Donation *ante nuptias*, *ibid.* n. 21. La Nouvelle 15 de l'Empereur Leon, prouve qu'il y avoit des Loix qui avoient réglé le droit de retour des Donations simples; mais elles n'ont pas été inférées ni au Digeste, ni au Code de Justinien, *ibid.* n. 22 & 23. Ces Loix anciennes, qui ont été supprimées, n'ordonnent le retour des Donations, qu'en cas de prédécès du donataire sans enfans, *ibid.* n. 24. Le droit de retour n'étoit pas accordé à la mere, ni aux étrangers sans convention, *ibid.* n. 25. Le droit de retour des Donations simples, n'est pas fondé sur la disposition du Droit Romain, *ibid.* n. 27 & 28. Faveur du droit de retour au Parlement de Toulouze, *ibid.* n. 29. Il a été étendu non-seulement aux Donations simples, mais encore on l'accorde à la mere & à tous les ascendans, sans égard à la puissance paternelle, aux freres & soeurs, oncles & tantes du sang, & non par alliance, grands-oncles & grandes-tantes, lorsque le donataire précède sans enfans, même s'il en laisse, le retour est accordé à toutes ces personnes, pourvu que les enfans décèdent avant les donateurs, quest. 42, n. 30 & 31.

Retour: de la nature & des motifs du droit de retour, quest. 42, n. 32. Opinion de M. Dolive, *ibid.* n. 33. Opinion de Lebrun, contraire à celle de M. Dolive, *ibid.* n. 34. Le premier motif du droit de retour est pour consoler le pere de la perte de ses enfans, *ibid.* n. 35. Le deuxième motif, est d'encourager les peres à doter leurs enfans, en les assurant qu'ils reprendront les biens donnés, en cas

de

Le précédés ; *ibid.* n. 36. Le troisieme motif , est qu'on présume que le pere a voulu pourvoir , non-seulement à son fils , mais encore à sa postérité , *ibid.* n. 37. On ne peut pas tirer du Droit Romain les motifs du droit de retour des Donations simples , *ibid.* n. 38. Motifs du retour de la dot & de la Donation *ante nuptias* , *ibid.* n. 39. Il faut appliquer aux Donations simples les motifs particuliers du retour de la dot & de la Donation *ante nuptias* , *ibid.* n. 40. Le retour est fondé sur une stipulation tacite suppléée par la Loi , *ibid.* n. 41 , & suivans. Au Parlement de Toulouse , le retour résoud toutes les aliénations , & fait revenir les biens francs de toutes les charges & hypotheques qui peuvent avoir été contractées par le donataire , sauf l'hypothèque de la dot & des conventions matrimoniales , en cas d'insuffisance des autres biens , *ibid.* n. 44 , 45 & 52. N'est pas empêché par les dispositions entre-vifs ou testamentaires , *ibid.* n. 52. Cette Jurisprudence est plus conforme aux principes du Droit Romain , que celles des autres Parlemens , qui en font un simple droit de succession , *ibid.* n. 54. Le retour résoud , *ex causa antiqua* , le droit du donataire , *ibid.* n. 46. Le retour est plus fort que le droit de succession , *ibid.* n. 48. Il exclud le droit de légitime des ascendants du donataire , *ibid.* n. 49. Les biens donnés reviennent de plein droit , *veluti quodam jure postliminii* , *ibid.* n. 50. La stipulation tacite affecte , *ex causa antiqua* , les biens donnés , *ibid.* n. 55. Elle résoud la Donation , & la réduit *ad non causam* , *ibid.* n. 56. A la rigueur , l'hypothèque de la dot devoit être résolue par le droit de retour , *ibid.* n. 58. Les mêmes

Tome VI,

raisons militent dans le cas du droit de retour , que la révocation qui se fait par survenance d'enfans , n. 58.

Révocation : si la Donation peut être révoquée avant l'acceptation , quest. 5 , n. 1 , jusqu'au n. 24. Si la charge de rendre à un tiers peut être révoquée avant que le tiers absent ait accepté , *ibid.* n. 24 , jusqu'au n. 58. Si la charge de rendre à un tiers absent peut être révoquée avant l'acceptation , lorsque le premier donataire , qui a accepté la Donation avec la charge , a le droit de stipuler pour l'absent , *ibid.* n. 58 & suivans ; voyez *Substitution*.

Révocation : la mort du donateur avant l'acceptation du donataire , produit une révocation tacite du projet de donner , quest. 5 , n. 22.

Révocation : si le donateur peut révoquer avant l'acceptation , les Donations qui valent sans acceptation , quest. 5 , n. 81. Distinction , *ibid.* n. 82. La Donation faite en faveur de mariage , aux enfans qui en naîtront , ne peut pas être révoquée , quoiqu'il n'y ait pas d'acceptation , *ibid.* n. 82 & 83 , *Quid* , si l'acceptation est simplement remise , *ibid.* n. 84.

Révocation : si la Donation peut être révoquée , quand le donataire ne remplit pas les charges qui lui ont été imposées , q. 8 , n. 27 & suivans.

Révocation : si la Donation faite en faveur de mariage est révoquée par la survenance d'enfans , quest. 11 , n. 1 & suivans. Les Donations qui ont une cause onéreuse , ne sont pas révoquées par la survenance d'enfans , *ibid.* n. 2 ; mais le Contrat doit être onéreux de la part du donateur & du donataire , *ibid.* n. 3. Le mariage ne fait pas considérer la Donation comme onéreuse , *ibid.* n. 4.

K k

Auteurs qui ont cru que la Donation faite en faveur de mariage, étoit révoquée par la survenance d'enfans, quest. 11, n. 7. Si lorsque la Donation est révoquée, les biens donnés sont hypothéqués subsidiairement à la dot & aux autres conventions matrimoniales de la femme du donataire, *ibid.* n. 8 & suivans.

Révocation : si la Donation à cause de mort est révoquée par la survenance des enfans, quest. 12; voyez *Donation à cause de mort.*

Révocation : si la Donation faite à l'Eglise ou autre cause pie, est révoquée par la Loi *Si unquam*, quest. 13. Variété de la Jurisprudence du Parlement de Toulouse sur cette question, *ibid.* n. 1, 2 & 3. Raïsons pour la négative, *ibid.* n. 4 jusqu'au n. 13. Raïsons pour l'affirmative, n. 13 & suivans. Décisions pour cette opinion, n. 19. Auteurs qui ont tenu pour cette opinion, n. 20. Réponse aux raïsons de l'opinion contraire, n. 22. & suiv.

Révocation : les Donations faites à un enfant, ne sont révoquées par la survenance des autres, qu'à concurrence de la légitime, quest. 13, n. 7. La raison pourquoi les Donations sont révoquées par la survenance d'enfans, est que le Donateur n'auroit pas donné, s'il avoit cru avoir des enfans, *ibid.* n. 15 & 24. Si le titre Sacerdotal est révoqué par la survenance des enfans, *ibid.* n. 26. Jurisprudence des Arrêts, n. 27, *Quid*, s'il excède le revenu fixé par les Ordonnances & l'usage, n. 28.

Révocation : si la Donation d'une chose particuliere est révoquée par la Loi *Si unquam*, quest. 14. Jurisprudence du Parlement de Toulouse pour l'affirmative, *ibid.* n. 1 & 2. Auteurs qui ont

cru qu'il falloit que la Donation fût de tous les biens ou de la plus grande partie, pour que la révocation eût lieu, *ibid.* n. 3. Cette opinion n'a aucune apparence de fondement, n. 4 & 7. Explication des mots *partem aliquam facultatum*, de la Loi *Si unquam*, n. 5, 8, 9, 10 & suivans. Auteurs qui ont cru qu'il falloit que la Donation fût d'une quotité pour être révoquée par la Loi *Si unquam*, n. 6. D'où dépend la décision de la question, si la Donation d'une chose particuliere est révoquée par la Loi *Si unquam*, *ibid.* n. 8. Si la révocation qui se fait par la Loi *Si unquam* est favorable, quest. 14, n. 14, 23, 24, 41 & 42. L'opinion de ceux qui tiennent que la Donation d'une chose particuliere n'est pas révoquée par la Loi *Si unquam*, est mieux fondée sur l'esprit de cette Loi que l'opinion contraire, *ibid.* n. 28. Réponse aux raïsons de l'opinion contraire, n. 29 & suivans. Considérations dans lesquelles on doit entrer pour savoir si les Donations d'une chose particuliere doivent être révoquées par la survenance d'enfans, quest. 14, n. 44. Fixation au quart, faite par M. le Premier Président de Lamoignon, *ibid.* n. 46. La matiere de la révocation des Donations par la Loi *Si unquam*, est conjecturale, *ibid.* n. 45. Disposition de l'Ordonnance du mois de Février 1731, pour la révocation de toute sorte de Donations par survenance d'enfans, *ibid.* n. 47.

Révocation : si la Donation rémunératoire est révoquée par la survenance des enfans, quest. 15. Variété dans la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, *ibid.* n. 1 & 2. Auteurs qui décident pour l'affirmative, *ibid.* n. 2. Auteurs qui distin-

guent si les services sont estimables ou non, *ibid.* n. 3. Auteurs qui tiennent que la Donation rémunératoire n'est pas révoquée par la Loi *Si unquam*, *ibid.* n. 4; pourvu, selon certains Auteurs, que les services soient d'une nature à mériter une récompense, & à exclure la pure libéralité, *ibid.* n. 5. La Donation en récompense de services inestimables, n'est pas révoquée par la Loi *Si unquam*, quest. 15. n. 6, 7 & 8. Si la Donation faite en récompense de services estimables, est révoquée par la Loi *Si unquam*, à concurrence de l'excédant de la valeur des services, n. 9 & suivans. Résolution de cette question, n. 21. Le donateur ayant fait lui-même l'estimation des services, il ne convient pas d'en faire une nouvelle pour connoître l'excédant, n. 18 & 19; il doit y avoir de la différence entre l'estimation faite par des Experts, & celle qui est faite par le donateur, *ibid.* n. 20. Suivant l'Ordonnance de 1731, les Donations rémunératoires sont révoquées par la survenance d'enfans, *ibid.* n. 35, à moins que les services ne fussent d'une telle nature, que le donataire eût une action pour pouvoir en demander la valeur en jugement, *ibid.* Même dans ce cas elles seroient révocables à concurrence de l'excédant de la valeur des services, *ibid.*

Révocation: si l'enfant justement exhéredé ou mort civilement, donne lieu à la révocation de la Donation par la Loi *Si unquam*, quest. 16. Opinion des Auteurs pour la négative, n. 1 & 2; raisons de cela, n. 3, 4, 5 & 6. Résolution pour l'affirmative, n. 7. Fondemens de cette résolution, n. 8 & suivans.

Si la révocation de la Donation arrive par la grossesse de la femme

du donateur, & si celui-ci peut dès-lors intenter son action, quest. 16. n. 6 & 16. La condition résolutive qui opère la révocation de la Donation, n'arrive pas par la conception, mais bien par la naissance des enfans, quest. 16, n. 17 & 18. La Donation révoquée par la survenance d'enfans ne peut pas être confirmée par aucun Acte postérieur, quest. 16, n. 20. La révocation de la Donation, par survenance d'enfans se fait de plein droit, sans que la mort des enfans puisse la rétablir, *ibid.*

Révocation: si les enfans nés d'un mariage nul par l'incapacité de l'un des Contractans, & qui sont légitimés à cause de la bonne foi de l'un des mariés, donnent lieu à la révocation de la Donation par la Loi *Si unquam*, quest. 17. Autorités pour prouver que les enfans ne révoquent la Donation par leur naissance, que quand ils sont procréés d'un légitime mariage, *ibid.* n. 1 & 2. La naissance des enfans, ne révoque pas les Donations, lorsque le Donateur avoit des enfans lors des Donations, *ibid.* n. 3. Tous ces cas doivent se décider par la bonne ou mauvaise foi du Donateur, *ibid.* n. 9, 19 & 39. Des enfans du Religieux Profès, n. 10, 11, 12, 13 & 14. Des enfans du Prêtre, n. 16 & suivans. Des enfans de celui qui s'est marié avec connoissance de l'empêchement, n. 13 & suivans. De la naissance des enfans sous l'ombre de mariage, comme dans le cas de Martin Guerre, n. 26 & 27. Des enfans de ceux qui sont mariés, ignorant l'un & l'autre l'empêchement qui rend le mariage nul, n. 28 & 29. Des enfans d'un homme qui se remarie de bonne foi, croyant sa femme morte, & vice versa, n. 30.

31 & 32. Des enfans d'une personne condamnée à mort, n. 33, 34 & 35. Des enfans d'une femme mariée de bonne foi à un Religieux Profès, ou Prêtre, ou autre personne incapable, n. 36, 37 & 38.

Révocation : si la légitimation du bâtard par mariage, révoque la Donation faite avant la naissance du bâtard, quest. 17, n. 41. *Quid*, si la naissance du bâtard précède la Donation, *ibid.* n. 43, & suivans. Auteurs qui ont décidé pour la négative, n. 44; raisons de cette décision, n. 45 & suivans. Les Arrêts ont jugé pour l'affirmative, *ibid.* n. 63. Cas auxquels le mariage subséquent ne fait pas révoquer la Donation, n. 64; faveur, lorsque le mariage a été contracté clandestinement & lorsqu'il a été célébré à l'article de la mort, n. 65 & 66. Fondemens de ces exceptions, n. 67 & 68. Les enfans qui ne sont pas capables de succéder au moment de la légitimation ou de la naissance légitime, ne révoquent pas les Donations par la Loi *Si unquam*, n. 72. Troisième exception des enfans de celui qui s'est marié, après avoir été condamné à mort, même par contumace, n. 73, à moins que le condamné ne se fût fait rétablir avant sa mort, n. 74.

Révocation : si la Donation faite par le pere à son fils naturel, est révoquée par la Loi *Si unquam*, lorsqu'il survient des enfans légitimes au donateur, quest. 18. Examen de la question par rapport à deux cas, *ibid.* n. 3 & 4. Distinction, si la Donation excède les alimens ou ne les excède pas, n. 5 jusques au n. 15. Si la légitimation du bâtard par rescrit du Prince, obtenue par le pere naturel, est révoquée, lorsqu'il lui survient des enfans lé-

gitimes, quest. 18, n. 15 & suivans; raisons pour l'affirmative, *ibid.* n. 16 & suivans, jusques au n. 22. Raisons pour empêcher la révocation, n. 22, jusques au n. 33. Décision de la difficulté contre la révocation, n. 34 & suivans, & n. 40. Réfutation de la distinction de Tiraqueau, n. 41 & 42. Si l'adoption est révoquée par la Loi *Si unquam*, n. 27. Si la liberté est révoquée par la Loi *Si unquam*, *ibid.* n. 28.

Révocation : si la Donation faite par un homme ayant des enfans, qu'il croyoit morts, est révoquée par leur retour, quest. 19; raisons pour la négative, *ibid.* n. 2 & suivans. La Loi *Si unquam* ne révoque les Donations, que quand elles ont été faites par celui qui n'avoit point d'enfans, *ibid.* n. 3. Il n'y a que les enfans survenus après la Donation qui operent la révocation, *ibid.* n. 5 & 6. Raisons pour la révocation par le retour, de même que par la survenance, *ibid.* n. 10 & suivans. La fausse opinion de la mort est le motif de la Donation, *ibid.* n. 13. Auteurs qui ont tenu pour la révocation, *ibid.* n. 19; résolution pour cette opinion, *ibid.* n. 20.

Révocation : si le pere qui n'a que des filles, faisant une Donation à un de ses parens de son nom, ou avec charge de porter son nom, la Donation est révoquée par la naissance d'un enfant mâle, qui survient au donateur, quest. 20; raisons pour la négative, *ibid.* n. 1, 2 & 3. Résolution pour la révocation de la Donation, n. 4 & suivans: Auteurs qui ont été de cet avis, *ibid.* n. 9.

Révocation : si celui qui a fait deux Donations à cause de mort en différens tems, déclarant par acte devant Notaire & deux

témoins, qu'il veut que la premiere sorte à effet, est censé avoir suffisamment révoqué la seconde, sans qu'il y ait une révocation expresse, quest. 41. La Donation à cause de mort est révocable de sa nature, *ibid.* n. 15. Si pour révoquer les actes il faut les mêmes formalités que pour les faire, *ibid.* n. 12. La Donation à cause de mort doit être révoquée expressément, *ibid.* n. 13 & 14. Si le Fidécummis à une Donation à cause de mort est une espece de révocation, *ibid.* n. 16. Un Testament ne peut pas être révoqué par la simple volonté du testateur, *ibid.* n. 18. Donation à cause de mort, comment peut être révoquée, quest. 41, n. 20 & suivans. Par le seul repentir, *ibid.* n. 22, de la même maniere que les legs, *ibid.* n. 23: Par la seule démonstration de la volonté, *ibid.* n. 24; même par une volonté tacite, *ibid.* n. 25. *Sive contrariis verbis, sive non contrariis*, *ibid.* n. 27: Par des inimitiés survenues, *ibid.* n. 28. La révocation peut se faire par simple acte devant Notaire & deux témoins, *ibid.* n. 38 & 39.

S

S Ang; jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt, quest. 17, n. 56. Les droits du sang sont toujours les mêmes avant la légitimation, comme après, *ibid.* n. 55.

A separatis non fit illatio, quest. 50, n. 55.

Servitude: ne se présume point; mais il faut la prouver, quest. 25, n. 70. Comment les servitudes peuvent-elles être divisées, q. 31, n. 59. Si y a des cas où celui qui doit une servitude, est obligé de faire quelque chose, quest. 45, n. 32. La nature des servitudes n'est pas d'obliger celui qui les doit, à faire

quelque chose, mais seulement à souffrir, *ibid.* n. 19.

Société: l'associé peut accepter la Donation faite à son associé, quest. 4, n. 7. L'associé a droit d'accepter & de stipuler les Contrats favorables à la société, *ibid.* n. 8. L'associé a un mandat tacite des autres associés pour faire l'avantage de la société, *ibid.* n. 9.

Stipulation du Notaire pour le donataire absent, ne rend pas la Donation valable, quest. 1, n. 2. La stipulation pour soi & pour un tiers, n'acquiert aucun droit au tiers, *ibid.* n. 7. On ne peut point stipuler pour autrui, quest. 1, n. 16, quest. 3, n. 14. Excepté, *quandò stipulatoris interest*, quest. 8, n. 61.

Stipulation: si les ascendans peuvent stipuler pour leurs descendans à cause du lien du sang, & de l'affection, quest. 3, n. 14. La stipulation n'est pas nécessaire pour la validité de la Donation, *ibid.* n. 23.

Stipulation est censée intervenue dans tous les Contrats en France, quest. 8, n. 32. La stipulation se règle par la nature du Contrat où elle est appliquée, *ibid.* n. 44. *Pendet ex negotio contracto*, *ibid.* Si en France on peut stipuler pour autrui, quest. 8, n. 60.

Stipulation: toute sorte de biens, meubles, immeubles, & actions, peuvent faire la matiere de la stipulation, quest. 31, n. 66. La stipulation ne peut être faite qu'entre présens, quest. 47, n. 11. Anciennement les Donations n'étoient bonnes que quand il y avoit stipulation ou tradition, *ibid.* n. 6. Loix qui parlent de la stipulation aux Donations, *ibid.* n. 7. Si la nécessité de la stipulation a été retranchée aux Donations à cause de mort, *ibid.* n. 12.

Subrogation: mettre quelqu'un à sa place, c'est le subroger, & lui

transporter son droit, quest. 43, n. 23.

Substitution : la substitution contractuelle faite en faveur d'un tiers absent, n'acquiert d'action que suivant la volonté du donateur, quest. 5, n. 33, 34, 38 & 39. Si elle peut être révoquée avant l'acceptation, *ibid.* n. 24, & suivans, n. 32, & suivans. Si la révocation peut être faite avant ou après le terme de la restitution, n. 40. Si le consentement du premier donataire est requis, afin que la substitution puisse être révoquée par le donateur, *ibid.* n. 52, 53 & 54. Si la substitution faite en faveur d'un tiers, en Contrat de mariage, est révocable avant l'acceptation, *ibid.* n. 59, & suivans. *Quid*, si le substitué n'est pas des descendans du mariage, *ibid.* n. 62. *Quid*, si la substitution est faite hors du Contrat de mariage en faveur d'un des enfans du donataire qui accepte pour lui & pour le substitué, *ibid.* n. 65. La charge de rendre à un tiers, imposée dans une Donation, vaut comme substitution, *ibid.* n. 72. En France, les substitutions contractuelles valent sans acceptation de la part du substitué, *ibid.* n. 73. Mais elles ne sont pas irrévocables avant l'acceptation, *ibid.* n. 74. La substitution faite en faveur d'un tiers absent, par Contrat de Donation, n'est irrévocable avant l'acceptation qu'en deux cas. Le premier, lorsque la substitution est faite en faveur des enfans qui naîtront du mariage, à l'occasion duquel la Donation est faite. Et le deuxième, lorsque le premier donataire grevé de rendre est du nombre des personnes qui ont droit d'accepter pour le substitué, quest. 5, n. 80.

Substitution : la faculté de substituer exemplairement au fils su-

rieux ou imbécille, s'évanouit par la naissance d'un enfant survenu à l'imbécille, quest. 18, n. 19.

Substitution : si le donateur peut substituer *ex intervallo* aux biens par lui donnés, *ibid.* quest. 26. Au Parlement de Toulouse, les ascendans peuvent substituer *ex intervallo* aux biens donnés à leurs descendans, *ibid.* n. 1. Mais ce n'est que sous trois conditions qui doivent concourir. La première, que la substitution soit faite nommément aux biens donnés. La deuxième, que le donataire n'ait point d'enfans. La troisième, que la substitution soit faite en faveur d'un autre descendant, *ibid.* n. 2. On peut substituer sur la tête du petit-fils les biens donnés au fils prédécédé, *ibid.* n. 3. Les étrangers ne peuvent pas substituer *ex intervallo* aux biens donnés, *ib.* n. 4. Auteurs qui établissent ces propositions, n. 5. Motifs de la Jurisprudence du Parlement de Toulouse sur la substitution aux biens donnés, *ib.* n. 6. Equité de cette Jurisprudence, *ib.* n. 7. Mais elle doit cesser quand le donataire laisse ses biens à un de ses frères, ou à quelqu'autre descendant du donateur, *ibid.* n. 8 & 10. Raison de cela, n. 9, 12, & suivans.

La *substitution ex intervallo* aux biens donnés, est contraire aux règles, quest. 26, n. 9, 12, & suivans. La faculté de substituer aux biens donnés, donne atteinte à la Donation, *ibid.* n. 18. Il n'y a que la faveur des descendans en concours avec des étrangers, qui puisse faire valoir la substitution *ex intervallo* aux biens donnés, *ibid.* n. 27. En substituant, on doit faire mention des biens donnés, & cette condition ne peut pas être suppléée par des équipollens, *ibid.* La substitution *ex intervallo*

aux biens donnés, ne doit pas nuire à la femme pour ses conventions matrimoniales, *ibid.* n. 28. Ni au droit des tierces personnes qui auroient contracté avec le donataire, *ibid.* n. 19. La substitution *ex intervallo* aux biens donnés, peut être faite en faveur des freres du donataire, quoiqu'ils ne soient joints que d'un côté, *ibid.* n. 30. Le motif de la substitution se vérifie lorsque le substitué est descendant du substituant, *ibid.* n. 31.

Substitution ex intervallo aux biens donnés, ne peut pas être faite en faveur des enfans du donataire, quest. 26, n. 32, & quest. 27, n. 70. Pas même au préjudice des filles du donataire, quest. 26, n. 34. Pourvu qu'on substitue nommément aux biens, il n'est pas nécessaire d'exprimer les autres conditions; il suffit qu'elles se vérifient, *ibid.* n. 35. La substitution *ex intervallo* aux biens donnés, ne devoit avoir d'autre effet que d'empêcher le donataire de disposer à titre gratuit des biens donnés, page 206. Il n'est pas nécessaire d'exprimer la condition *si sine liberis*, elle est sous-entendue *tacito juris intellectu*, *ibid.* n. 36. Espece d'un Arrêt du Parlement de Toulouse, pag. 208. La faveur des enfans du donataire est la seule chose qu'on considère, *ibid.* Les enfans ne sont que la condition, qui empêche l'effet de la substitution, *ibid.* La substitution *ex intervallo* en faveur de celui qui n'est pas descendant du donateur, est nulle, quest. 26, n. 37. On peut substituer *ex intervallo* à l'institution contractuelle, ou à la promesse d'instituer, de même qu'à la Donation, *ibid.* n. 38. La Donation, qui n'est confirmée que par la mort, peut être chargée de substitution *ex intervallo*, *ibid.* n. 40. Afin que la substitution

aille, il faut qu'elle parle nommément des biens donnés, *ibid.* n. 42. On ne peut pas renoncer, même par Contrat, à la faculté de substituer *ex intervallo* aux biens donnés, *ibid.* n. 45. l'Article XIII du titre 1 de l'Ordonnance du mois d'Août 1747, regle toutes les anciennes questions, pag. 210.

Substitution: dans quels cas la substitution aux biens donnés peut être faite *ex intervallo*, quest. 27. En élisant, on peut substituer en faveur d'un des éligibles, *ibid.* n. 1. Raisons de cela, *ibid.* n. 2, & suivans, jusques au n. 15. On peut substituer aux biens qu'on laisse, & qu'on peut ôter, quest. 27, n. 5. Celui qui substitue à sa propre libéralité, est plus favorable que celui qui substitue à la libéralité d'autrui, *ibid.* n. 9. Si on peut substituer aux biens donnés, lorsque le donataire est en même-tems institué héritier, ou que le substituant lui fait une libéralité, *ibid.* n. 9, & suivans. Variété de la Jurisprudence du Parlement de Toulouse sur cette question, *ibid.* n. 16. D'où vient la diversité des Arrêts, *ibid.* n. 17.

Substitution: l'héritier qui accepte sans Inventaire, doit rendre les biens donnés, quand ils ont été nommément substitués, quest. 27, n. 32. Cela n'arrive pas par la force de la confusion, *ibid.* n. 33, & suivans. Mais à cause de la liberté que le testateur a de charger de substitution les biens propres de son héritier, *ibid.* n. 37. Lorsque les biens donnés n'ont pas été nommément substitués, le donataire institué à la charge de rendre, n'est pas obligé de restituer les biens donnés, *ibid.* n. 40. Raison de cela, *ibid.* n. 41. Les biens donnés étant *extra causam bonorum*, n'entrent pas dans l'institution, ni par conséquent

dans la substitution, *ibid.* n. 42. On ne présume pas que le testateur ait voulu substituer les biens de son héritier, *ibid.* n. 43.

Substitution : lorsque le pere en se mariant fait une Donation en faveur de l'aîné des enfans qui naîtra de son mariage, il peut substituer un second fils quand l'aîné est furieux, prodigue, ou autrement incapable, quest. 27, n. 44. A moins que l'aîné n'eût des enfans mâles ou filles, *ibid.* n. 45. La substitution aux biens donnés, est bonne quand le donateur majeur y a consenti, ou s'il a approuvé la substitution, *ibid.* n. 46. Sauf les droits des créanciers & des tiers-acquéreurs, *ibid.* n. 47 & 48. Si dans les maisons nobles il est permis de faire des substitutions aux biens donnés, lorsqu'il s'agit des fiefs, *ibid.* n. 49. Cette substitution ne doit pas avoir lieu au préjudice des enfans du donataire, mâles ou filles, n. 50. Ni au préjudice des créanciers, des tiers-acquéreurs, ni de la femme du donataire, *ibid.* n. 51. Elle ne pourroit être faite qu'en faveur des mâles d'une autre ligne, non en faveur des femelles, *ibid.* n. 52. Les biens donnés doivent être des fiefs de dignité, afin que la substitution puisse être faite, *ibid.* n. 53. La substitution aux biens donnés, peut être faite quand le donateur s'en est réservé la faculté dans la Donation, *ibid.* n. 54. Si dans ce cas le donateur peut faire plusieurs degrés de substitution, *ibid.* n. 55.

Substitution : par quels Actes la substitution aux biens donnés peut-elle être faite, quest. 27, n. 56. Par Testament ou Codicille, *ibid.* n. 57. Par Donation à cause de mort, *ibid.* n. 58. Par Contrat entre-vifs, *ibid.* n. 59. Sentimens des Auteurs étrangers sur les substitutions contractuelles, *ibid.* n. 60. Par l'u-

sage du Royaume, on peut substituer par Contrat, de même que par Testament, *ibid.* n. 61. Les Ordonnances autorisent les substitutions contractuelles, en prescrivant la nécessité de l'Insinuation, *ibid.* n. 62. En France, les substitutions contractuelles sont reçues avec la même faveur que les testamentaires, *ibid.* n. 63. La substitution pupillaire ne peut pas être faite par Contrat, *ibid.* n. 64. La substitution étant faite en faveur d'un descendant, il suffit qu'il paroisse de la volonté du substituant, *ibid.* n. 56. De quelle maniere doit-on entendre *M. Maynard*, lorsqu'il dit que les institutions & substitutions contractuelles ne peuvent être faites qu'en faveur de mariage, *ibid.* n. 66.

Substitution : si elle doit être faite nommément aux biens donnés, quand le donateur s'est réservé dans la Donation la faculté d'y substituer, q. 28. Jurisprudence du Parlement de Toulouse sur cette question, *ibid.* n. 1. Le donateur qui s'est réservé la faculté de substituer aux biens donnés, peut substituer à une partie, ou à une chose particulière, *ibid.* n. 3. Il n'est pas nécessaire de faire mention expresse des biens donnés; mais il suffit que la substitution s'y applique sans équivoque, *ibid.* n. 4, 5, & suivans. Quand il paroît que le donateur a eu intention de substituer aux biens donnés, en conséquence de la réservation, il n'est pas nécessaire qu'il soit fait mention des biens donnés, *ibid.* n. 7. Exemple de cela, *ibid.* n. 8, 9 & 11. La substitution faite après une institution, ne se rapporte pas aux biens donnés, mais seulement à ceux qui sont compris dans l'institution, *ibid.* n. 13 & 14. La substitution à tous les biens, n'a pas plus d'étendue

que la substitution à l'hérédité, *ibid.* n. 20. Le donateur peut user ou ne pas user de la faculté de substituer aux biens donnés, *ibid.* n. 21. Lorsque les biens donnés ne sont ni nommés ni désignés, la substitution ne s'y applique pas, quoique le donateur se fût réservé la faculté d'y substituer, *ibid.* n. 22. Le mari peut substituer aux biens qu'il a donnés à sa femme *constante matrimonio*, pourvu qu'il le fasse expressément, *ibid.* n. 24. La faculté de substituer aux biens donnés, qui a été réservée, n'est pas dans le patrimoine du donateur, *ibid.* n. 25. En substituant à l'hérédité, on n'est pas censé substituer aux biens donnés, *ibid.* n. 26. La substitution *ex intervallo* aux biens donnés, étant contre le droit, on ne doit pas en tirer argument, *ibid.* n. 27.

Substitution : si lorsque la Donation est faite pour conserver une maison noble, & que la faculté de substituer aux biens donnés a été réservée, le donateur peut faire une substitution masculine, *verbis generalibus*, quest. 29. Résolution pour l'affirmative, *ibid.* n. 2. Tempéramens, afin que cette décision puisse être reçue, *ibid.* n. 3, 6, & suivans. Les filles empêchent la substitution aux biens donnés, lorsque le donateur s'en est réservé la faculté seulement dans le cas *si sine liberis*, *ibid.* n. 5. Les enfans n'empêchent pas le donateur de pouvoir substituer aux biens donnés, lorsqu'il s'en est réservé la faculté en termes généraux, *ibid.* n. 7. Afin que la substitution s'applique aux biens donnés, il faut qu'il paroisse de la volonté du substituant, *ibid.* n. 13.

la substitution contenue dans un Testament antérieur à la Donation contenant réserve de

la faculté de substituer aux biens donnés, comprend les biens donnés, quest. 30. Raisons pour l'affirmative, *ibid.* n. 1, 2, 3, 4, 5 & 6. Résolution pour la négative, *ibid.* n. 7, & suivans. Si la substitution contenue dans le Testament, est censée répétée dans la Donation postérieure, qui contient réserve de la faculté de substituer aux biens donnés, *ibid.* n. 6. La réserve de pouvoir substituer aux biens donnés, ne se rapporte qu'à l'avenir, *ibid.* n. 15.

Substitution : si lorsque la Donation est nulle par le défaut d'acceptation du premier donataire, la substitution faite par le même Acte aux biens donnés, & qui est acceptée par le substitué, est valable, quest. 50, n. 11, & suivans. Si la substitution & la Donation sont deux correlatifs, *ibid.* n. 3 & 6. Si la substitution est un accessoire de la Donation à laquelle elle est faite, *ibid.* n. 7 & 13. Si la substitution contractuelle est un transport de la Donation sur la tête du substitué, n. 16 & 31. La substitution est une seconde Donation, *ibid.* n. 19. La substitution, revêtue de toutes les formalités, doit valoir, quoique la première Donation soit nulle, *ibid.* n. 21. La substitution testamentaire est bonne, quoique l'institution soit nulle ou caduque, *ibid.* n. 26. Différence entre la substitution contractuelle acceptée, & celle qui ne l'est pas; la première dépend de la Donation, mais non-pas celle qui est acceptée, *ibid.* n. 27. Résolution pour la validité de la substitution acceptée, nonobstant la nullité de la première Donation, *ibid.* n. 28. La substitution acceptée est fondée sur la volonté du donateur, *ibid.* n. 30.

Succeffion : si les enfans du Religieux Profès, qui sont réputés

légitimes par la bonne foi de leur mere, peuvent succéder à leur pere, quest. 17, n. 11 & 15. La Profession religieuse fait ouvrir la succession, *ibid.* n. 34. Si la légitimation *per subsequens matrimonium* a un effet rétroactif pour faire adjuger au fils légitime une succession échue, & acquise à une autre personne avant le mariage, qui a opéré la légitimation, *ibid.* n. 49. Les enfans nés d'un mariage clandestin ou contracté à l'article de la mort, ne peuvent pas succéder à leurs parens, quest. 17, n. 65, 66 & 69. Il en est de même de ceux qui sont nés de celui qui s'est marié, après avoir été condamné à mort, même par contumace, n. 33 & 37. A moins que le condamné n'eût été rétabli avant son décès, n. 74.

Succession : si les enfans naturels légitimés par rescrit du Prince, peuvent succéder, & comment. Voyez *Légitimation*.

Succession : si l'enfant qui n'est point né ni conçu au tems de la mort de l'ayeul, est capable de recueillir sa succession qui est vacante, quest. 44. Loix & Autorités pour la négative, *ibid.* n. 1 & 2. La Nouvelle 118, abroge toutes les Loix précédentes en matiere de succession *ab intestat*, *ibid.* n. 3 & 4. C'est par elle seule que la succession *ab intestat* doit se régler, *ibid.* n. 5. Suivant cette Nouvelle, le petit-fils est capable de recueillir la succession de son ayeul, quoique mort avant sa conception, *ibid.* n. 7. Par le Droit ancien, la succession *ab intestat* n'étoit fondée que sur la puissance paternelle, *ibid.* n. 8 & 9. Les enfans émancipés en étoient exclus, *ibid.* n. 10. Par le Droit nouveau, le droit de succéder n'est fondé que sur le lien du sang, sans aucun égard à la dif-

férence des sexes, ni à la puissance paternelle, *ibid.* n. 11, 12 & 13. Par le Droit ancien, le petit-fils avoit part à ce qui étoit attaché au lien du sang, quoiqu'il eût été conçu après la mort de son ayeul, *ibid.* n. 17 & 18. Arrêt du Parlement de Paris, qui a déferé la succession au petit-fils, quoique conçu après la mort de son ayeul, *ibid.* n. 21. Autre Arrêt du Parlement de Toulouze, qui a jugé la même chose, *ibid.* n. 55. La succession des ascendans est déferée aux descendans par le vœu commun de la nature & des parens, quest. 44. n. 22. Le Prêtreur refusoit au petit-fils conçu après la mort de l'ayeul, la possession des biens de l'ayeul, *ibid.* n. 25. Mais il l'accordoit aux enfans émancipés, *ibid.* n. 23. La Loi, & non le Prêtreur, pouvoit faire des héritiers légitimes, *ibid.* n. 24. Si le Prêtreur, en accordant la possession des biens aux enfans émancipés, se fondeoit sur la filiation, *ibid.* n. 26, 31, & suivans. Le petit-fils, conçu après la mort de l'ayeul, n'a jamais été parent de l'ayeul, *ibid.* n. 27. La mort de celui de *cujus successione agitur*, est le point fixe qui détermine la capacité de ceux qui doivent recueillir la succession du défunt, *ibid.* n. 28, & 36. La Nouvelle 118 a corrigé la Loi des douze Tables & l'Édit du Prêtreur, *ibid.* n. 29, 30. De quelle maniere la Loi des douze Tables déferoit la succession *ab intestat*, *ibid.* n. 33. Le motif de la puissance paternelle qui déferoit la succession, ayant été abrogé, toutes les décisions du Droit ancien sont abrogées, *ibid.* n. 34. Quand la succession est déferée aux plus proches parens existans lors de la mort, ceux qui survivent, quoique également proches, ne sont pas admis en concours, *ibid.* n. 35. La

furvenance d'un petit-fils n'ôte pas la succession déjà acquise, *ibid.* n. 37. Tous les descendans, à quelque degré qu'ils soient, sont capables de succéder, *ibid.* n. 40. Explication de la maxime, *le mort saisit le vif*, *ibid.* n. 43, 44. Le petit-fils succède à l'aïeul par représentation, *ibid.* n. 47.

T

Tacite : la disposition tacite ne doit pas avoir plus de force que celle qui est expresse, *quest.* 25. n. 46.

Testament : si le fils de famille peut faire Testament avec la permission de son pere, *quest.* 21, n. 41. On ne doit pas argumenter de l'incapacité du fils de famille à tester, à celle de donner, *ibid.* La Loi des douze Tables ne permet qu'aux peres de famille de tester, n. 15. La faculté de tester est de droit public, n. 16.

Testament : a trait de tems à la mort du testateur, c'est dès ce moment qu'il prend sa force, *quest.* 30, n. 2. Le Testament est révoqué par la Donation postérieure, ou du moins la Donation retranche les biens donnés du Patrimoine du donateur, *ibid.* n. 8 & 9. La Donation révoque le Testament antérieur, quand même il contiendrait la clause dérogoratoire, *ibid.* n. 10; nonobstant la fiction qui fait rapporter le Testament au tems de la mort, *ibid.* n. 11. Quand la Donation est d'une quote ou d'une chose particuliere, elle tire du Patrimoine les biens donnés, *ibid.* n. 12. En quelque tems que l'on considere le Testament, la chose est égale, *ibid.* n. 14. Le Testament antérieur ne peut pas comprendre les biens donnés postérieurement, *ibid.* n. 16. Le Testateur ne peut pas user dans le Testament, d'une faculté qui n'existoit pas lors qu'il a été fait, *ibid.* n. 17.

Le Testament n'est confirmé que par la mort du testateur, *ibid.* n. 21. Si la disposition du testateur doit être considérée, eu égard au tems du Testament, ou à celui de sa mort, *ibid.* n. 22 & 23. On ne peut faire valoir le Testament par rapport à sa date, & par rapport à la mort du testateur, cumulativement, *ibid.* n. 24. Un Testament ne peut pas être révoqué par la simple volonté du testateur, *quest.* 41. n. 18. Il faut une déclaration, & le laps de dix ans, *ibid.* n. 19. Un premier Testament révoqué par un second, reprend sa force, lorsque le premier est biffé & bâtonné, *quest.* 41. n. 43, 44. Quand la déclaration du testateur ne suffit pas pour révoquer le Testament pour l'institution, elle suffit pour révoquer les legs, *ibid.* n. 46 & 47. Le Testament ne se révoque pas par la seule volonté du testateur, *ibid.* n. 58. *Testamentorum jura per se firma esse oportet*, *quest.* 46, n. 30. Dans quels cas le testateur peut-il remettre sa disposition à la volonté de son héritier ou d'un tiers, *quest.* 46, n. 6 & suivans, jusqu'au n. 33, où la matiere est expliquée par 10 exemples ou cas.

Tithe Sacerdotal : s'il est révoqué par la furvenance des enfans, *quest.* 13, n. 26. Jurisprudence des Arrêts pour la négative, *ibid.* & n. 27. *Quid*, s'il excède le revenu fixé par les Ordonnances & l'usage, *ibid.* n. 28.

Tradition : si lorsque le mari possède les biens de sa femme, la possession fait présumer la tradition à titre de dot, *quest.* 25, n. 6, 65 & 69. La tradition est un moyen d'acquérir, *ibid.* n. 7. Ce qui s'entend, quand elle est fondée sur une juste cause, *ibid.* n. 66. La tradition n'est pas nécessaire au Pays du Droit écrit pour la validité des Do-

nations, quest. 38, n. 17. Il en est autrement dans le pays Coutumier, *ibid.* n. 21. La propriété n'est acquise que par la tradition, quest. 39, n. 9. Le second acheteur devient propriétaire par la Tradition, *ibid.* n. 10. Si la retention d'usufruit vaut tradition, *ibid.* n. 25, 32, 33 & suivans. Par le Droit ancien, les Donations n'étoient valables, que quand il y avoit tradition ou stipulation, *ibid.* n. 31. Le donataire acquiert la propriété par la tradition qui se fait au moyen de la retention de l'usufruit, *ibid.* n. 36. Lorsque la Donation ou la vente sont faites à l'Eglise, la propriété lui est acquise avant la tradition, *ibid.* n. 39. La tradition feinte est reçue par les Coutumes, *ibid.* n. 40. Anciennement la tradition étoit nécessaire dans les Donations qui étoient faites à toutes personnes, autres que les enfans, quest. 47, n. 2, 3, 4, 5 & 6.

Transacion : le tuteur ou autre administrateur peut transiger *super re dubia*, quest. 39, n. 22.

Transmission : si le donataire, qui décède avant l'acceptation, transmet quelque droit sur les biens donnés à ses héritiers, quest. 17, n. 10. Si le droit d'accepter la Donation se transmet aux héritiers, *ibid.* n. 11.

Trebellianique : si les Donataires à cause de mort & les légataires y contribuent *pro rata*, quest. 9, n. 19.

Tuteur : s'il peut accepter la Donation faite à son pupille absent, quest. 2, n. 34. Les tuteurs peuvent acquérir des actions à leurs pupilles, n. 37. Les Contrats passés avec le tuteur, sont regardés comme le fait du pupille, n. 38. Le tuteur peut accepter la possession des biens pour son pupille, n. 39. Les Loix ont confondu le curateur avec le tuteur, & accordent à l'un

& à l'autre le même pouvoir, n. 40. Le tuteur, est *loco Domini*, n. 43 ; il est considéré comme une même personne avec son adulte, *ibid.* Le tuteur a le même pouvoir que le procureur-fondé, n. 44. Si l'acceptation du tuteur doit être accompagnée de l'avis des parens, n. 46.

Tuteur : la mere & l'ayeule peuvent être tutrices, quest. 3, n. 8. La mere naturelle est tutrice de son fils bâtard, *ibid.* n. 29.

Tuteur : si les donations faites par les adultes à leurs tuteurs avant d'avoir rendu compte, sont bonnes, quest. 33, n. 1, 15, 16, & quest. 35, n. 2 & suivans, v. *Donation*. Si la prohibition comprend les enfans du tuteur comme des personnes interposées, quest. 33, n. 3, 27 & suivans. *Quid*, après la mort du tuteur, sans avoir rendu compte, *ibid.* n. 5 & suivans. La tutelle prend fin par la mort du tuteur, *ib.* n. 9, 24. En France les tutelles sont datives, *ibid.* n. 10. La prohibition de donner au tuteur ne doit pas s'étendre à l'enfant émancipé, selon M. Cujas, *ibid.* n. 12. La tutelle ne passe point aux héritiers, *ibid.* n. 25. Le fils du tuteur n'est pas tuteur, *ibid.* n. 26. Si la tutelle est censée durer après la mort du tuteur, *ibid.* 42. Si l'héritier du tuteur est tenu de continuer ce que le tuteur a commencé, *ibid.* n. 43, 44, 48, & 49. La puissance & l'administration du tuteur cessent à la puberté du pupille, quest. 36, n. 10.

V

Variation : celui qui est chargé de rendre à sa mort, peut varier, quoiqu'il ait élu par Contrat, quest. 43, n. 24 & suivans, excepté quand la première élection est faite en faveur de mariage, *ibid.* n. 86.

Même dans ce cas l'élection est révoquée, quand le mariage est dissous sans enfans, *ibid.* n. 87. Si l'héritier peut varier, après avoir déclaré sa volonté, qui doit être considérée comme la condition de la disposition, *quest.* 46, n. 13 & 15.

Vente: ce Contrat est de bonne foi, *id quod bonum & æquum est tantum spectatur*, *quest.* 1. n. 28. La vente ne doit pas avoir lieu pour partie du tout vendu, *ibid.* n. 29.

Volonté expresse est plus efficace que la tacite, *quest.* 5, n. 23. Le changement de volonté ne se présume pas, *quest.* 30. n. 5.

Volonté: de quelle maniere doit-on entendre la regle que les dispositions du testateur doivent dépendre de sa volonté & non de celle d'autrui, *quest.* 46. On doit considérer quatre fortes de volonté; la premiere, est la pure & libre volonté qui rend la disposition nulle; la deuxieme, est la volonté considérée comme condition, qui la rend conditionnelle; la troisieme, est la volonté réglée *arbitrio boni viri*, qui la rend bonne & sans condition; & la quatrieme, la volonté apposée pour condition résolutive de la disposition, *ibid.* n. 6. ce qui est expliqué par dix cas ou exemples, *ibid.* n. 7, jusques au n. 19, & n. 25, jusques au n. 33; voyez *Legs*.

Volonté: le testateur peut remettre à la volonté d'un tiers, la libre disposition de ses biens en faveur d'un certain nombre de personnes *ex certo genere*, *quest.* 46, n. 9, 33. Cette volonté peut être de deux fortes, ou libre ou réglée *arbitrio boni viri*, *ibid.* n. 35. Quoique la substance du Legs ne puisse pas être remise à la volonté libre d'un tiers, on peut y remettre la fixation de la quantité, *ibid.* n. 37 & 38.

Le testateur peut ordonner la distribution de son bien, suivant la volonté d'une personne qu'il nomme pour cela, *ibid.* n. 39. Comment peut-on connoître si le testateur s'en est remis à la volonté libre ou à la volonté réglée, *arbitrio boni viri*, *ibid.* n. 40 & suivans. La volonté du testateur doit être la regle dans le Testament, *ibid.* n. 40. Quel est le pouvoir du tiers lorsque le testateur s'en est remis à sa volonté réglée *arbitrio boni viri*, *ibid.* n. 34 & suivans; dans ce cas on peut recourir à un autre estimateur, *ibid.* n. 45. Quelles sont les circonstances qu'on doit examiner en faisant l'estimation, *ibid.* n. 44. La légitime n'est pas la regle du pouvoir, *ibid.* n. 46. Quel est le pouvoir de celui qui doit régler à sa volonté libre, *ibid.* n. 47 & suivans. Explication de l'Arrêt rapporté par *Henrys* sur cette matiere, *ibid.* n. 51.

Usufruit: le legs de l'usufruit des biens, comprend tous les biens, *quest.* 31, n. 12. L'usufruit des biens comprend les actions, *quest.* 31, n. 66. L'usufruitier doit bailler caution pour l'usufruit, *ibid.*

Usufruit: la retention d'usufruit vaut tradition, *quest.* 39, n. 33 & suivans. L'usufruit ne peut être établi que sur le bien d'autrui, *ibid.* n. 50. La propriété & l'usufruit sont incompatibles sur la tête de la même personne, *ibid.* n. 51. L'usufruit peut être prohibé au pere dans les libéralités faites au fils de famille, *quest.* 40. n. 40.

Usufruit: si le légataire de l'usufruit d'une maison, peut contraindre le propriétaire à faire les grosses réparations, ou s'il est lui-même obligé de les faire à ses frais; sauf à les répéter après la fin de l'usufruit, *quest.* 45. Le propriétaire n'est pas

tenu de faire les réparations qu'il convenoit faire lors de la mort du testateur, *ibid.* n. 2 & 3, excepté que le testateur ne l'en eût chargé, *ibid.* n. 4. En quel tems l'usufruitier, qui a fait des réparations permanentes, les peut répéter, *ibid.* n. 5. Qui, du propriétaire ou de l'usufruitier, doit faire les grosses réparations, qui deviennent nécessaires pendant l'usufruit, *ibid.* n. 6 & suivans. L'usufruitier est dispensé des grosses réparations, *ibid.* n. 9. Il est tenu de faire les menues, c'est-à-dire, les réparations d'entretien, *ibid.* n. 7 & 8. Qui est-ce qui doit prendre le soin & faire les avances des grosses répara-

tions durant l'usufruit, *ibid.* n. 10 & suivans. Résolution que c'est au propriétaire à faire l'avance, & à prendre le soin des réparations, qui deviennent nécessaires pendant l'usufruit, *ibid.* n. 20. L'usufruitier doit faire la dénoncé des réparations nécessaires, *ibid.* n. 21 & 27. Si l'usufruitier fait ces réparations; il pourra les répéter sans délai, *ibid.* n. 22, 23. L'usufruitier peut demander les dommages & intérêts au propriétaire qui n'a pas fait les réparations dont il est tenu, *ibid.* n. 24. L'usufruitier *custodiam præstare debet*, *ibid.* n. 27. Différence entre l'usufruitier & l'héritier grevé, *ibid.* n. 31.

Fin de la Table des Matieres des Questions.

