10180

COURS
DE CODE CIVIL,

PAR M. DELVINCOURT,

Avocat à la Cour royale, Professeur et Doyen de la Faculté de Droit de Paris;

Ouvrage divisé en deux Parties, dont l'une contient la quatrième Édition des INSTITUTES DE DROIT CIVIL FRANÇAIS, du même Auteur, revue et corrigée par lui; et l'autre, la seconde Édition, également revue, corrigée et considérablement augmentée, des Notes et Explications sur lesdites Institutes.

Nota. L'on trouvera, à la fin du troisième Volume, deux nouvelles Tables qui n'existent pas dans les précédentes Éditions; l'une des articles des différens Codes, par ordre de numéros, avec l'indication des pages du texte où ils sont rapportés; et l'autre des questions traitées dans les Notes, et rangées par ordre alphabétique.

TOME SECOND.

Bibliothèque de l'École de Droit

A PARIS,

CHEZ L'AUTEUR, À L'ÉCOLE DE DROIT,
ET CHEZ FOURNIER, JEUNE, LIBRAIRE, RUE SERPENTE, N°. 14.

1819.

BIU Cujas

COURS
DE CODE CIVIL.

LIVRE TROISIÈME.

Des différentes Manières d'acquérir la Propriété.

DIVISION GÉNÉRALE.

La Propriété s'acquiert de six manières :
Par l'Occupation ;
l'Accession ;
la Succession ;
la Donation ;
les Contrats translatifs de propriété ;
Et par la Prescription (1). 711. 712.

TITRE PREMIER.

De l'Occupation (2).

L'OCCUPATION est une manière d'acquérir, par laquelle les choses désignées ci-après, et qui n'appartiennent à personne, sont acquises au premier occupant.

Ce sont : 1°. les bêtes sauvages, sauf l'exécution des lois relatives à la chasse ou à la pêche (3). 715.

BIU Cujas

On entend par bêtes sauvages, celles qui jouissent de toute leur liberté (1). Nous avons vu, au Livre précédent, que celles qui peuvent être regardées comme l'accessoire d'un fonds, telles que les pigeons d'un colombier, les lapins d'une garenne, les poissons d'un étang, appartiennent au propriétaire de ce fonds. Mais comme il ne les a pas sous sa puissance immédiate, et qu'il ne les possède que comme faisant, en quelque manière, partie de l'objet qui les renferme, il en résulte que si, par cas fortuit et sans qu'il y ait fraude ni artifice, elles passent dans un autre étang, garenne ou colombier, elles cessent de lui appartenir (2), et sont acquises au propriétaire de la nouvelle
564. demeure.

2°. Les choses trouvées. Elles sont de deux espèces ; d'abord le trésor, c'est-à-dire toute chose (3) cachée ou enfouie (4), sur laquelle personne ne peut justifier sa propriété. Le trésor appartient en totalité à l'inventeur, s'il l'a trouvé dans son propre fonds; sinon, la moitié appartient au propriétaire (5) du fonds, et l'autre moitié à l'inventeur, si toutefois ce dernier l'a découvert (6) par le pur effet du hasard (7). Dans le cas contraire, il
716. appartient en entier au propriétaire du fonds (8).

La seconde espèce de choses trouvées, ce sont les choses abandonnées (9), et les choses perdues dont le propriétaire ne se représente pas. Le droit sur ces choses est réglé par des lois particulières (10). Il en est de même des effets jetés à la mer pour soulager le navire en cas de gros temps (11); des objets rejetés par la mer (12), et des plantes et herbages qui croissent sur ses
717. rivages (13).

Il est encore plusieurs manières d'acquérir par l'occupation, telle que la découverte d'une île inhabitée, le butin fait sur l'ennemi, les prises maritimes, etc. Mais comme ces objets tiennent plutôt au droit public qu'au droit privé, les règles qui y sont relatives n'entrent pas dans le plan de ce Traité.

BIU Cujas

TITRE II.

De l'Accession (1).

L'ACCESSION est une manière d'acquérir, par laquelle la chose accessoire appartient au propriétaire de la chose principale. 546.

Une chose peut être l'accessoire d'une autre, de deux manières : ou parce qu'elle est produite par elle, ou parce qu'elle y a été unie ou incorporée. *Ibid.*

CHAPITRE PREMIER.

Du Droit d'Accession, relativement à ce qui est produit par la chose.

Le droit d'accession, relativement à ce qui est produit par la chose, s'applique principalement (2) aux fruits. Nous avons vu, au Titre *de l'Usufruit*, Livre précédent, ce qu'on doit entendre par fruits, et quelles sont leurs différentes espèces. 547.

Régulièrement, les fruits d'une chose appartiennent au propriétaire de la chose même, ou à ceux à qui il a donné le droit de les percevoir (3), et, dans tous les cas, à la charge de tenir compte des frais de labour, travaux et semences faits par des tiers (4). *Ibid.* 548.

Si cependant la chose a été possédée de bonne foi par un autre que le propriétaire, les fruits perçus (5) appartiennent au possesseur. 549.

On entend par possesseur de bonne foi, celui qui possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété, dont il ignore les vices. Par conséquent, sa bonne foi cesse, du moment que ces vices lui sont connus (6); mais elle est toujours présumée, surtout quand il y a titre; et c'est alors à celui qui allègue la mauvaise foi, à la prouver. 550. 2268.

Si la mauvaise foi est prouvée, et que la chose principale ne soit pas prescrite, la restitution des fruits est ordonnée. Cette

BIU Cujas

restitution a lieu, à compter du jour où la mauvaise foi a com-
549. mencé. Elle doit se faire, autant que possible, en nature, pour la dernière année; et, pour les précédentes, suivant les mercuriales du marché le plus voisin, ou, à défaut de mercuriales, à dire d'experts. Si la restitution en nature pour la dernière année est impossible, elle se fait comme celle des années
Pr. 129. précédentes.

CHAPITRE II.

Du Droit d'Accession, relativement à ce qui est uni ou incorporé à la chose.

Les règles relatives à cette espèce d'accession, étant différentes, suivant que la chose est mobilière ou immobilière, nous allons traiter séparément ce qui concerne chacune des deux espèces.

SECTION PREMIÈRE.

De l'Accession par union ou incorporation, relativement aux choses mobilières.

Il est difficile de poser des règles générales et précises relativement au droit d'accession, quant aux choses mobilières. Aussi, en établissant d'abord généralement que ce droit, quand il a pour objet deux choses appartenant à deux maîtres différens, est entièrement subordonné aux principes de l'équité naturelle, il suffira ensuite de donner quelques règles particulières, propres à déterminer le juge dans les cas analogues et
565. non prévus.

Ces règles sont relatives à trois cas :

Union de deux choses appartenant à divers propriétaires;

Formation d'une nouvelle espèce, avec une matière appartenant à autrui;

Mélanges de plusieurs matières appartenant à divers propriétaires.

BIU Cujas

§. Ier.

Union de deux choses appartenant à divers propriétaires.

Lorsque deux choses appartenant à différens propriétaires, ont été unies de manière à former un seul tout (1), ce tout appartient au propriétaire de la chose principale, quand même les deux choses seroient séparables et pourroient subsister l'une sans l'autre, à la charge toutefois par lui de rembourser la valeur de l'autre objet (2). 566.

Est réputée partie principale, la chose, pour l'usage, l'ornement, ou le complément de laquelle l'autre a été ajoutée (3). 567. Si néanmoins il étoit difficile de discerner laquelle est l'accessoire de l'autre (4), alors il faudroit réputer chose principale, celle qui seroit la plus considérable en valeur, ou en volume si les valeurs étoient à-peu-près égales (5). 569.

Le principe posé dans l'article 567, souffre cependant une exception, quand la valeur de la chose accessoire est beaucoup plus considérable que celle de la chose principale (6), et qu'elle a été employée à l'insu de celui qui en est propriétaire (7). Celui-ci peut alors demander qu'elle soit séparée (8) pour lui être rendue, quand même il devroit résulter de l'opération, quelque dégradation de la chose principale (9). 568.

§. II.

Formation d'une nouvelle espèce avec une matière appartenant à autrui.

Ce cas est celui qui est appelé, en droit romain, *spécification.*

Le principe général, à cet égard, est que, dans tous les cas, et soit que la matière puisse, ou non, reprendre sa première forme (10), celui qui en est propriétaire en totalité, a le droit de réclamer la nouvelle espèce, en remboursant le prix de la main-d'œuvre. Mais si l'ouvrier est, en même temps, propriétaire d'une partie de la matière (11), et que la séparation ne puisse se faire sans inconvénient, alors la nouvelle espèce lui 570.

BIU Cujas

est commune avec le propriétaire de l'autre partie, en raison, quant à ce dernier, de la partie de matière qui lui appartient; et, quant à l'ouvrier, en raison tout à la fois, et du prix de sa
572. matière, et de celui de sa main-d'œuvre (1).

Cependant, comme ces principes, tout équitables qu'ils paroissent, deviendroient rigoureux et même injustes, dans le cas où le prix de la main-d'œuvre surpasseroit de beaucoup celui de la matière (2), l'on doit regarder alors l'industrie comme la chose principale, et décider que l'ouvrier a le droit de retenir la chose travaillée (3), en indemnisant le propriétaire de la
571. matière (4).

De même, quand le propriétaire de tout ou partie de la matière a ignoré l'emploi qui en a été fait (5), comme il ne seroit pas juste de l'obliger à faire, contre son gré, une dépense qu'il n'a pas prévue, celle du prix de la main-d'œuvre, il peut, même dans le cas où la loi lui donne le droit de réclamer la propriété de tout ou partie de la nouvelle espèce, exiger, à son choix, de l'ouvrier, ou la valeur de sa matière, ou la restitution en même
576. nature, quantité, poids, mesure et bonté (6).

§. III.

Formation d'une chose par le mélange de plusieurs matières appartenant à divers propriétaires (7).

Dans cette espèce, si l'une des deux matières, à raison d'une grande disproportion dans la quantité ou le prix, peut être regardée comme la chose principale, celui qui en est propriétaire peut (8) réclamer le mélange entier, en remboursant à l'autre
574. la valeur de sa matière.

Dans le cas contraire, il faut distinguer:

Si les matières peuvent se séparer, comme dans le cas de fusion de deux métaux ensemble, celui à l'insu duquel le mélange a eu lieu, peut demander la division (9).

Si la séparation ne peut avoir lieu, ou qu'il en résulte un inconvénient notable, la chose reste commune à tous les pro-

BIU Cujas

priétaires, en proportion des quantité, qualité et valeur de la matière appartenant à chacun d'eux. 573.

§. IV.

Dispositions applicables aux trois cas ci-dessus.

Elles sont au nombre de trois : la première, c'est que, dans tous les cas où la chose reste commune, chaque propriétaire a le droit de demander qu'elle soit licitée (1) au profit commun. 575.

La seconde, que ceux qui ont employé des matières appartenant à autrui, à l'insu des propriétaires, peuvent être condamnés aux dommages-intérêts de ceux-ci, sans préjudice des poursuites extraordinaires (2), si le cas y échet. 577.

La troisième, que si la chose faite, en tout ou en partie, avec la matière d'autrui, a passé en mains tierces, par achat ou autrement, il faut distinguer :

Si le propriétaire de la matière l'avoit perdue, ou si elle lui avoit été volée, il conserveroit ses droits, pendant trois ans, même à l'égard des tiers ; sauf néanmoins le cas où ceux-ci auroient acheté la chose dans une foire, dans un marché, dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles ; auxquels cas, le propriétaire ne pourroit revendiquer sa chose qu'à la charge de rendre au possesseur le prix qu'il auroit payé. 2279. 2280.

Si la matière n'a été ni perdue, ni volée, alors la possession vaut titre, et le propriétaire n'a aucune action contre les tiers. 2279.

SECTION II.

De l'Accession par union ou incorporation, relativement aux choses immobilières.

Les objets qui se rapportent à cette espèce d'accession, sont :

1°. Les constructions, plantations, et autres ouvrages du même genre ;

2°. Les alluvions ;

3°. Les îles formées dans les rivières.

BIU Cujas

§. Ier.

Des Constructions, Plantations, etc.

En général, la propriété du sol emporte celle du dessus et du dessous (1). De là il résulte :

1°. Que le propriétaire du sol peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos, en se conformant aux réglemens de police (2), et sauf les droits des tiers à raison des servitudes qu'ils peuvent avoir;

2°. Qu'il peut faire au-dessous toutes constructions et fouilles, et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf l'exécution des lois de police (3), et des lois relatives à
552. l'exploitation des mines (4);

3°. Que toutes constructions, plantations, et ouvrages faits sur un terrain ou dans l'intérieur, sont présumés faits aux frais et avec les matériaux du propriétaire du terrain, fauf la preuve contraire; et sans préjudice du droit de propriété qu'un tiers pourroit acquérir ou avoir acquis par prescription, soit d'un souterrain sous le bâtiment (5), soit de toute autre partie du
553. bâtiment même (6).

Nous disons *sauf la preuve contraire*, parce qu'il peut être prouvé que les ouvrages ont été faits, ou par le propriétaire du sol, avec les matériaux d'autrui, ou par un tiers avec ses propres matériaux.

Dans le premier cas, le propriétaire du fonds n'est pas tenu de restituer les matériaux (7) en espèce; mais il doit en payer la valeur, sans préjudice des dommages et intérêts, s'il y a
554. lieu (8).

Dans le second cas, le propriétaire du fonds a le choix (9), ou de retenir les ouvrages, en remboursant la valeur des matériaux et le prix de la main-d'œuvre, sans égard au plus ou moins d'augmentation de valeur que le fonds a pu éprouver à raison des ouvrages faits (10); ou d'obliger celui qui a fait les ouvrages, de les enlever à ses frais, et même de lui payer, s'il y a lieu, des dommages et intérêts (11).

BIU Cujas

Si cependant les ouvrages ont été faits par un possesseur de bonne foi (1), le propriétaire ne peut en demander la suppression; mais il a le choix, ou de rembourser ce que les ouvrages ont coûté, ou de payer une somme égale à l'augmentation de valeur du fonds (2). 555.

§. II.

De l'Alluvion.

L'alluvion est un accroissement qui se forme, successivement et imperceptiblement, aux fonds qui bordent un fleuve ou une rivière. 556.

Un accroissement : Il peut avoir lieu de deux manières; ou par la jonction successive de terres charriées par le fleuve, et alors l'alluvion se nomme aussi *attérissement;* ou par des relais que forme quelquefois l'eau courante, en se retirant insensiblement de l'une de ses rives, pour se reporter sur l'autre. L'alluvion appartient, dans les deux cas, au propriétaire riverain, sans aucune indemnité pour celui de la rive opposée; mais à la charge, s'il s'agit d'une rivière navigable ou flottable, de laisser le marche-pied ou chemin de halage, conformément aux réglemens (3). 557. 556.

Successivement et imperceptiblement : En conséquence, si une partie considérable et reconnoissable d'un champ riverain est enlevée par la force subite d'une rivière, navigable ou non, et portée vers un champ inférieur ou vers la rive opposée, le propriétaire de cette partie peut la réclamer, mais dans l'année seulement (4); à moins cependant que le propriétaire du champ auquel la partie enlevée a été unie, n'en ait pas encore pris possession : auquel cas, la réclamation pourra être faite, tant que la prise de possession n'aura pas été effectuée. 559.

Par une conséquence du même principe, si une rivière navigable, flottable, ou non, abandonne son lit (5) pour s'en former un nouveau, il n'y a pas lieu au droit d'alluvion; mais le lit abandonné appartient, à titre d'indemnité (6), aux propriéII. 2

BIU Cujas

taires des fonds nouvellement occupés par le fleuve, chacun en
563. proportion du terrain qui lui a été enlevé.

Qui bordent un fleuve ou une rivière : Parce que l'alluvion n'a pas lieu, 1°. à l'égard des relais de la mer; ils appartien-
538. 557. nent à l'Etat.

2°. A l'égard des lacs et étangs. Le propriétaire de l'étang conserve toujours le terrain que l'eau couvre, quand elle est à la hauteur de la décharge, et ce, quand même le volume d'eau viendroit à diminuer; comme aussi, il n'acquiert aucun droit sur les terres riveraines que l'eau de son étang viendroit à cou-
558. vrir dans les crues extraordinaires (1).

§. III.

Des Iles formées dans les Rivières.

Nous avons vu, Livre précédent, que les îles formées dans les rivières navigables ou flottables appartiennent à l'État, s'il n'y a titre ou prescription contraire.

Il en est de même des attérissemens (2) qui se forment dans
560. le lit des mêmes rivières.

Quant aux îles et attérissemens formés dans les autres rivières, ils appartiennent aux propriétaires riverains. Mais pour déterminer la manière dont cette propriété doit être distribuée, il faut supposer une ligne tracée au milieu de la rivière: si l'île est toute entière d'un côté de la ligne, elle appartient en entier aux propriétaires de ce côté, qui prennent chacun la portion qui se trouve en face de leur héritage (3).

Si l'île est coupée par la ligne, alors la portion qui se trouve de chaque côté de la ligne, appartient aux propriétaires de ce
561. côté, qui se la partagent comme ci-dessus.

Ces dispositions n'ont pas lieu, quand l'île est formée par un simple détour de la rivière, qui, au moyen d'un bras nouveau, coupe et embrasse le champ d'un propriétaire riverain. Dans ce cas, la propriété n'est pas changée, quand même
562. il s'agiroit d'une rivière navigable ou flottable.

BIU Cujas

TITRE III.

Des Successions (1).

Le mot de *Succession*, dans le langage ordinaire, et souvent même dans celui des lois (2), signifie la masse ou l'universalité des biens et charges qu'une personne laisse en mourant (3). Mais quelquefois, et principalement dans ce Titre, on entend par *Succession*, le droit de recueillir cette masse ou universalité; et l'on appelle ordinairement *héritier* (4) celui auquel ce droit est dévolu.

C'est sous ce dernier rapport que la succession peut être regardée comme manière d'acquérir la propriété. On en distingue deux espèces : la succession légitime, qui est déférée par la loi seule; et la succession testamentaire, qui est déférée par la volonté de l'homme, d'après la permission de la loi.

On verra dans le Titre suivant quels sont les cas dans lesquels l'une de ces successions doit être préférée à l'autre.

La succession testamentaire étant réellement un effet de la libéralité du testateur, se rapporte naturellement à la quatrième manière d'acquérir, qui est l'objet du Titre suivant. Il ne sera donc parlé ici que des successions légitimes (5); et nous verrons, en premier lieu, comment s'ouvrent les successions;

2°. Quels sont les divers ordres de succession;

3°. Quelles sont les qualités requises pour pouvoir succéder;

4°. De quelle manière ceux auxquels une succession est dévolue, peuvent l'accepter ou la répudier;

5°. Enfin, quelles sont les obligations de l'héritier qui a accepté, tant à l'égard de ses co-héritiers, qu'à l'égard des créanciers de la succession.

BIU Cujas

CHAPITRE PREMIER.

De l'Ouverture des Successions.

Il est important de déterminer le moment de l'ouverture de la succession, parce que c'est de ce moment que le droit de l'héritier est définitivement fixé (1). *La place du défunt*, dit l'Orateur du Conseil-d'État, *ne peut rester vacante, ni le sort de ses propriétés incertain ;* tellement que l'héritier, n'eût-il survécu qu'un instant au défunt, est censé avoir recueilli la succession, et l'avoir transmise, avec la sienne, à ses propres héritiers (2). Il est donc nécessaire d'établir les règles servant à déterminer l'instant de cette ouverture.

Et d'abord, on ne succède point à une personne vivante. En conséquence, la succession ne peut s'ouvrir que par la mort,
718. soit naturelle, soit civile, soit présumée (3).

Nous avons vu, au Titre *de la Privation des Droits civils, par suite de condamnations judiciaires*, sect. 1re., à quelle époque
719. la mort civile est encourue, et en conséquence la succession ouverte ; nous avons vu également, au Titre *des Absens*, ce qui résulte de la présomption de mort des personnes absentes.

Il sembleroit qu'il ne dût y avoir aucune difficulté pour fixer le moment de l'ouverture d'une succession par la mort naturelle. Cependant il peut arriver que plusieurs personnes, héritières l'une de l'autre, décèdent ensemble dans un naufrage, un incendie, etc. ; et comme il est très-souvent important de déterminer quelle est celle qui est morte la première (4), il faut bien, dans ce cas, à défaut de preuve certaine, s'en rapporter à des présomptions.

La principale est celle qui se tire des circonstances du fait, s'il en existe de suffisantes (5) : à défaut de circonstances, la présomption de survie est déterminée suivant l'âge ou le sexe,
720. conformément aux règles suivantes :

Le plus âgé est présumé avoir survécu dans deux cas :

1°. Si ceux qui ont péri ensemble, avoient tous moins de
721. quinze ans ;

BIU Cujas

2°. Si les uns avoient moins de quinze ans, et les autres moins de soixante (1).

C'est, au contraire, le moins âgé qui est présumé avoir survécu dans les cas suivans :

1°. S'ils ont tous plus de soixante ans ;

2°. Si les uns ont moins de quinze ans, et les autres plus de soixante (2) ; 721.

3°. A plus forte raison, si les uns ont plus de quinze ans, et les autres plus de soixante (3) ;

4°. Enfin, s'ils ont tous plus de quinze ans, et moins de soixante. Si néanmoins, dans ce dernier cas, il y a diversité de sexe, et qu'il y ait égalité d'âge, ou une différence seulement d'une année, le mâle est présumé avoir survécu (4). 722.

CHAPITRE II.

Des divers Ordres de succéder.

Les successions sont régulières ou irrégulières.

Les successions régulières sont celles qui sont dévolues dans l'ordre de la parenté civile ou mixte.

Les successions irrégulières sont celles qui sont dévolues à des personnes qui n'étoient unies au défunt par aucun lien de parenté civile ou mixte, ou, à défaut de ces personnes, au domaine public (5). 723.

Ces deux espèces de successions diffèrent, en ce que, dans les successions régulières, l'héritier est saisi de plein droit, du moment de la mort, des biens, droits et actions du défunt (6), sous la condition d'en acquitter les charges ; tandis que ceux à qui les successions irrégulières sont dévolues, sont tenus de se faire envoyer en possession par justice (7), dans les formes qui seront ci-après déterminées. 724.

Comme la représentation a lieu dans plusieurs espèces de successions, tant régulières qu'irrégulières, nous ferons connoître dans une première section ce qu'on entend en droit par cette expression, quels en sont les effets, et dans quelles suc- 740. 742. 759.

BIU Cujas

cessions elle a lieu ; et dans les deux sections suivantes, nous exposerons l'ordre dans lequel sont déférées les successions, tant régulières qu'irrégulières.

SECTION PREMIÈRE

De la Représentation (1).

La représentation est une fiction de la loi, dont l'effet est de faire monter les enfans ou descendans d'une personne prédécédée, au degré de cette même personne, et, par suite, de leur donner les droits qu'elle auroit eus, si elle eût survécu à
739. l'ouverture de la succession (2).

Nous disons *les enfans ou descendans*, parce que la représentation, même en directe, n'a lieu que dans la ligne descendante, et jamais dans la ligne ascendante. Le plus proche ascendant,
741. dans chaque ligne (3), exclut toujours le plus éloigné.

D'une personne prédécédée, c'est-à-dire, d'une personne morte (4) avant celui de la succession duquel il s'agit. Il faut donc que la personne qu'on veut représenter, soit morte, au moins civilement, avant l'ouverture de la succession. De là cette maxime, qu'on ne peut représenter une personne vi-
744. vante. En conséquence, si l'héritier au premier degré renonce, sa part accroît à ses co-héritiers dans sa ligne ; ou, s'il est seul de son degré, elle est dévolue au degré subséquent, tou-
786. jours dans la même ligne (5) ; et ses descendans ne peuvent venir à la succession à laquelle il a renoncé, qu'autant qu'ils y ont droit de leur chef, et sans le secours de la représenta-
787. tion (6) ; et alors ils succèdent par tête.

Au degré : De là il résulte que le représentant, montant au degré du représenté, exclut ceux d'un degré égal au sien, et même d'un degré plus proche, mais qui ne peuvent s'aider du secours de la représentation. Ainsi, l'arrière-petit-fils dont l'aïeul et le père sont morts, exclut de la succession de son bisaïeul le petit-fils dont le père a renoncé (7).

Et de leur donner les droits qu'elle auroit eus, etc. : Ce qui

BIU Cujas

signifie deux choses ; la première, que les représentans n'ont absolument que le même droit qu'auroit eu leur auteur, s'il avoit survécu. Si donc ce dernier n'eût pu être héritier, pour raison d'indignité, par exemple, ses enfans ne pourroient le devenir de son chef, et en prenant sa place (1) : et la seconde, 730.
que les représentans, quel que soit leur nombre, ne peuvent prendre que la même part qu'auroit eue la personne qu'ils représentent ; c'est ce que l'on exprime, quand on dit que le partage se fait par souche (2), et ce qui a lieu dans tous les cas où la représentation est admise, soit entre les différentes souches, soit entre les diverses branches d'une même souche (3). 743.

La représentation a lieu, 1°. en ligne directe descendante à l'infini (4), soit que les héritiers soient entr'eux au même degré (5), ou à des degrés inégaux. 740.

2°. En collatérale, mais seulement en faveur des enfans et descendans des frères et sœurs du défunt, aussi à l'infini, soit qu'ils concourent avec d'autres frères ou sœurs, ou avec des enfans ou descendans de frères ou sœurs prédécédés, à degrés égaux ou inégaux. 742.

3°. A l'égard des enfans naturels, dans le sens qu'ils peuvent être représentés, mais non représentans. (*Voyez* ci-après sect. 3, §. 2.) 756. 759.

Elle n'a jamais lieu, comme nous l'avons dit, en ligne ascendante. 741.

Il faut observer, au surplus, que le représentant ne tient pas son droit du représenté, mais de la disposition de la loi seulement ; que c'est à lui, en un mot, que la succession est personnellement déférée. De là il suit, 1°. qu'on peut représenter quelqu'un sans être son héritier ; par exemple, celui à la succession duquel on a renoncé (6) ; 744.

Et 2°. que, pour être capable de représenter, il faut être capable de succéder à celui de la succession duquel il s'agit ; car, quoique le représentant monte au degré, et prenne la place du représenté, ce n'en est pas moins à lui, comme on vient de le dire, que la succession est déférée ; et il faut par

BIU Cujas

conséquent qu'il ait la capacité personnelle de succéder à celui à la succession duquel il vient par représentation (1).

SECTION II.

Des Successions Régulières.

Il y a trois sortes de successions régulières :

Celle des descendans ;

Celle des ascendans ;

731. Et celle des collatéraux.

Nous allons exposer séparément les règles relatives à ces divers ordres de successions.

Rien de plus simple que celles qui concernent la succession des descendans. Ils succèdent à l'exclusion de tous autres, soit de leur chef (2), soit par représentation, sans distinction de
745. lit, de sexe ou de primogéniture (3).

Nous disons *à l'exclusion de tous autres* : parce que le descendant, à quelque degré qu'il soit, et quand même il ne pourroit user du bénéfice de la représentation, excluroit toujours l'ascendant ou le collatéral, à un degré égal ou même
746. plus proche (4).

Mais en ligne collatérale, ou directe ascendante, le principe général est que toute succession se divise en deux parts égales, dont l'une pour les parens les plus proches de la ligne paternelle, et l'autre pour les parens également les plus pro-
733. ches de la ligne maternelle (5), sans aucun égard à la nature
732. ou à l'origine des biens (6). Cette première division opérée, il ne s'en fait plus entre les diverses branches de la même
734. ligne (7), sauf le cas de la représentation, quand elle a lieu.

Ce principe est néanmoins susceptible de quelques modifications et exceptions, tant à l'égard des ascendans qu'à l'égard des collatéraux.

BIU Cujas

§. Ier.

Ligne directe ascendante.

Les ascendans sont au premier degré, c'est-à-dire, père ou mère, ou à un degré plus éloigné.

Succession des Père et Mère.

Pour déterminer le droit des père et mère dans la succession de leurs enfans, il faut distinguer deux cas :

Si le défunt n'a laissé ni frères ni sœurs, ni descendans d'eux, alors d'après le principe général, la succession se divise par moitié entre le père et la mère, s'ils sont tous deux vivans; sinon, entre le survivant d'une part, et les plus proches parens de l'autre ligne, d'autre part. Mais, dans ce dernier cas, le survivant a l'usufruit du tiers des biens auxquels il ne succède pas (1). 746. 753. 754.

Si le défunt a laissé des frères et sœurs, ou descendans d'eux, la succession se divise encore en deux parts égales, dont l'une est déférée auxdits frères, etc., et l'autre seulement au père et à la mère, par portion égale, s'ils sont tous deux vivans. 748.
Si l'un des deux est prédécédé, sa portion accroît à celle des frères, sœurs, etc., qui recueillent alors les trois quarts de la succession (2). 749. 751.

Cette disposition a lieu en faveur des frères, quels qu'ils soient, germains, utérins, ou consanguins (3) : il y a seulement cette différence, que s'ils sont tous du même lit (4), ils prennent part égale dans la portion dévolue aux frères; mais s'ils sont de lits différens, alors cette portion, pour ce qui les concerne (5), se divise par moitié entre les deux lignes, paternelle et maternelle, du défunt : les germains, s'il y en a, prennent part dans les deux lignes, et les utérins et consanguins, seulement dans leur ligne respective (6). 752.

Succession des Ascendans autres que les Père et Mère.

Il faut apporter la même distinction qu'à l'égard des père et mère, mais avec des effets différens.

BIU Cujas

S'il y a des frères, sœurs (1), ou descendans d'eux (2), les
750. ascendans sont exclus.

S'il n'y a pas de frères, etc., le principe général reprend toute sa force, et la succession se divise en deux parts égales, dont une pour les ascendans paternels, et l'autre pour les ma-
746. ternels, à l'exclusion de tous autres collatéraux.

S'il n'y a d'ascendans que dans une ligne, ils n'ont toujours que la moitié; et le surplus est dévolu aux parens collatéraux
753. les plus proches de l'autre ligne.

La représentation, ainsi que nous l'avons dit, n'ayant pas lieu dans la ligne directe ascendante, celui qui se trouve le plus proche dans chaque ligne, recueille la moitié affectée à sa ligne, à l'exclusion de tous les autres; et s'ils sont plusieurs
746. au même degré dans la même ligne, ils succèdent par tête.

Succession des Ascendans aux choses par eux données.

Il est un droit particulier aux ascendans, quels qu'ils soient, père, mère, ou autres; c'est celui de succéder, à l'exclusion de tous autres, aux choses par eux données à leurs enfans ou
747. descendans décédés sans postérité.

Nous disons *le droit de succéder*: parce que ce n'est pas un droit de retour (3), mais une véritable succession *ab intestat*. Les ascendans sont donc, sous ce rapport, vraiment héritiers légitimes, et, comme tels, tenus des faits du défunt. De là il résulte:

1°. Qu'ils contribuent aux dettes de la succession, en proportion de la valeur des objets auxquels ils succèdent (4);

2°. Que ce droit ne peut être exercé, qu'autant que le donataire n'a disposé des objets entre-vifs ni par testament (5); et qu'il ne peut être également exercé au préjudice des aliénations faites par le défunt (6);

3°. Que les objets donnés reviennent à l'ascendant donateur, avec les charges et hypothèques dont ils sont grevés, sauf son recours contre la succession, si, par l'effet de l'action hypothécaire (7), il est obligé de payer au-delà de sa portion contributoire dans les dettes.

BIU Cujas

A l'exclusion de tous autres ; parce que ce droit appartient à l'ascendant, en sa seule qualité de donateur, et indépendamment de tout autre droit qu'il peut avoir d'ailleurs sur la succession. De là il suit :

1°. Qu'il peut l'exercer, quand même il ne seroit pas héritier du défunt d'après les règles établies ci-dessus (1) ;

Et 2°. que, lorsqu'il est d'ailleurs héritier, il succède aux choses données par lui, par préciput et hors part, c'est-à-dire, sans être tenu d'imputer ce qu'il en retire, sur la part héréditaire qu'il a droit de prétendre dans le surplus de la succession (2).

Aux choses (3) *par eux données :* Comme l'ascendant donateur ne peut succéder qu'aux choses mêmes qu'il a données, il en résulte que son droit s'évanouit, du moment que ces choses ne se trouvent plus en nature dans la succession du donataire (4). Si cependant le prix provenant de l'aliénation n'est pas encore confondu avec les autres biens de la succession, par exemple, s'il est encore dû, l'ascendant a droit de le recueillir. Par la même raison, il succède à l'action en reprise que pouvoit exercer le donataire (5).

A leurs enfans ou descendans : Ainsi l'aïeul qui a donné à son petit-fils, succède aux objets donnés, de préférence même au père ou à la mère du donataire (6).

Décédés sans postérité : parce que cette espèce de succession ne peut avoir lieu au préjudice de la postérité du donataire (7), que l'ascendant est censé avoir embrassée toute entière dans sa libéralité.

§. II.

Ligne Collatérale.

Le principe de la division en deux lignes reçoit aussi deux exceptions en collatérale.

La première, lorsqu'il n'existe que des frères utérins ou consanguins, ou des descendans d'eux ; ils excluent alors tous autres

BIU Cujas

750. collatéraux. Mais s'ils concourent avec des frères germains, alors
752. l'application du principe a lieu, et ils ne prennent part que dans leur ligne, tandis que les germains prennent part dans les deux
733. lignes (1).

La deuxième exception consiste en ce que les parens au-delà du douzième degré ne succèdent pas : si donc il ne s'en trouve pas de ce degré dans une des deux lignes, ceux de l'autre ligne
755. succèdent pour le tout.

SECTION III.

Des Succesions irrégulières.

Les successions irrégulières sont au nombre de quatre :
Celle des hospices ;
Celle des enfans naturels ;
Celle du conjoint survivant ;
Et celle du domaine.

§. Ier.

De la Succession des Hospices.

Les hospices succèdent :

1°. Dans certains cas, aux enfans qui y ont été admis. Cette succession se règle, en général, de la manière suivante :

Si l'enfant décède avant sa sortie de l'hospice, son émancipation, ou sa majorité (2), sa succession appartient à ses héritiers légitimes, s'il s'en présente, mais à la charge d'indemniser l'hospice des alimens fournis à l'enfant décédé, et des dépenses faites pour lui pendant le temps qu'il est resté à la charge de la maison ; sauf à faire entrer en compensation, jusqu'à due concurrence, les revenus perçus par l'établissement.

S'il ne se présente aucun héritier, l'hospice, à la diligence du receveur, et sur les conclusions du Ministère public, est envoyé en possession des biens que l'enfant peut av

S'il se présente des héritiers après l'envoi en possession, la

BIU Cujas

succession leur est rendue, avec les fruits, à compter du jour de la demande (1). (*Loi du* 15 *pluviose an* 13, *Bulletin*, n°. 526, art. 8 et 9.)

2°. Les hospices succèdent également, à l'exclusion des héritiers, et même du domaine en cas de déshérence, aux effets mobiliers apportés par les malades qui y sont décédés, et qui y ont été traités gratuitement (2).

Quant aux malades, ou personnes valides, dont le traitement et l'entretien ont été acquittés de quelque manière que ce soit, l'hospice succède également, dans le cas de déshérence, et à l'exclusion du domaine, aux effets mobiliers que ces personnes y ont apportés. Mais s'il existe des héritiers ou des légataires, le droit de l'hospice cesse, et ces effets appartiennent à ceux qui ont droit de les réclamer d'après les dispotions du Code. (*Avis du Conseil-d'État, approuvé le* 3 *novembre* 1809, *Bulletin*, n°. 4778.)

§. II.

De la Succession des Enfans Naturels.

Quoique la loi refuse à l'enfant naturel le titre d'héritier, cependant, lorsqu'il a été légalement reconnu (3), elle lui accorde le droit (4) de prendre une portion, et quelquefois même la totalité de la succession de ses père et mère. 756.

Cette portion varie suivant la qualité des héritiers légitimes.

Si ces héritiers sont des descendans légitimes, la portion de l'enfant naturel est du tiers de ce qu'il auroit eu, s'il eût été légitime lui-même (5); mais il faut, en outre, dans ce cas, qu'il ait été reconnu avant le mariage dont sont issus les enfans avec lesquels il concourt (6). 757. 337.

Il prend la moitié de ce qu'il auroit eu, s'il eût été légitime (7), lorsqu'il n'y a que des ascendans ou des frères et sœurs; les trois quarts, lorsqu'il n'y a ni ascendans, ni frères, ni sœurs (8). 757.

Enfin il succède à la totalité, lorsque ses père ou mère ne laissent pas de parens au degré successible (9). 758.

BIU Cujas

La représentation a lieu dans ce genre de succession, mais, comme nous l'avons dit, dans le sens que l'enfant naturel peut être représenté, et non représentant : ainsi, quand il est prédécédé, ses descendans (1) peuvent réclamer la portion qu'il
759. auroit eue dans la succession de ses père et mère : mais quant à lui, il n'a de droit, à aucun titre, sur les biens des parens
756. de ces mêmes père et mère (2).

Tels sont les droits accordés par la loi à l'enfant naturel, et
908. auxquels les père et mère ne peuvent rien ajouter, directement ni indirectement, quoiqu'ils puissent néanmoins en diminuer l'étendue. Car si, par exemple, il a reçu (3) d'eux, de leur vivant, un objet quelconque, avec déclaration expresse, de leur part, que leur intention est de le réduire à ce qu'ils lui ont assigné, il ne peut réclamer qu'autant que la valeur de l'objet donné est inférieure à la moitié de la portion légale ; et dans ce cas même, il ne peut répéter que le supplément né-
761. cessaire pour parfaire cette moitié (4).

C'est par suite de la prohibition faite aux père et mère d'avantager leur enfant naturel, au-delà de ce qui lui est assigné par la loi, qu'il est tenu d'imputer sur sa portion légale tout ce qu'il a reçu de celui auquel il succède, si toutefois les objets donnés sont sujets à rapport, d'après les règles ci-après établies (5) : et la même obligation est imposée à ses descen-
760. dans, tant pour ce qui a été donné à leur auteur, que pour ce qui leur a été donné à eux-mêmes.

L'enfant naturel n'étant point héritier, ne peut prétendre, comme nous l'avons dit, à la saisine, dont les héritiers (6) sont investis par la loi. Il est donc tenu de demander aux héritiers légitimes (7) la délivrance (8) de la portion qui lui est attribuée ; et, lors même qu'il a droit à la totalité des biens, il doit se faire envoyer en possession par le Tribunal dans le
770. } ressort duquel la succession est ouverte, après avoir préala-
773. } blement fait apposer les scellés et procéder à l'inventaire, dans les formes qui seront déterminées ci-après pour le cas du bénéfice d'inventaire. Il est fait, en outre, trois publications et
769. affiches dans les formes usitées (9) ; et l'envoi en possession ne

BIU Cujas

peut être accordé qu'après l'observation de toutes ces formalités, et sur les conclusions du Procureur du Roi (1). 770.

Cet envoi étant toujours présumé ordonné à la charge de restitution aux héritiers légitimes, s'il s'en présente, l'enfant naturel est tenu de faire emploi du mobilier, ou de donner caution suffisante pour en assurer la restitution aux héritiers (2) qui se présenteroient dans l'intervalle de trois ans. Après ce temps la caution est déchargée, sans préjudice néanmoins 771. de l'action en pétition d'hérédité, qui peut être exercée tant qu'elle n'est pas prescrite (3), mais contre l'envoyé en possession seul, sans aucun recours contre la caution.

Toutes les formalités ci-dessus étant requises dans l'intérêt des héritiers qui viendroient à se présenter, leur inobservation pourroit, le cas échéant, donner lieu à des dommages-intérêts (4) contre l'enfant naturel qui auroit négligé de s'y conformer. 772.

Les enfans naturels reconnus étant admis, comme on vient de le voir, à la succession de leurs père et mère, ceux-ci, par réciprocité, sont également appelés (5) à la succession de ces mêmes enfans, décédés sans postérité (6).

Dans ce cas, si l'enfant a été reconnu par son père ou sa mère, et qu'ils soient tous deux vivans, sa succession se partage entr'eux par égale portion. Si l'un d'eux est prédécédé, elle appartient en entier au survivant; elle appartient également en entier à celui qui l'a reconnu, lorsqu'il ne l'a été que par un seul. 765.

En cas de prédécès des père et mère ou de celui des deux qui a reconnu l'enfant, les biens qu'il en a reçus, et qui se trouvent encore en nature dans sa succession, passent (7) à ses frères et sœurs légitimes (8). Il en est de même des actions en reprise, s'il en existe, ainsi que du prix des biens aliénés, s'il est encore dû. Tout le surplus est dévolu à ses frères et sœurs naturels (9), légalement reconnus, ou à leurs descendans; à 766. leur défaut, au conjoint survivant et non divorcé; et à défaut de conjoint, au fisc.

L'enfant naturel ne pouvant réclamer la portion qui lui est

BIU Cujas

attribuée par la loi, qu'autant qu'il est reconnu, il en résulte
335. que l'adultérin et l'incestueux, qui ne peuvent être reconnus, n'ont aucun droit à cet égard. Si cependant il arrivoit que la paternité ou la maternité se trouvât prouvée, indépendamment de toute reconnoissance (1), alors l'enfant pourroit
762. exiger des alimens, dont la quotité seroit réglée, eu égard aux forces de la succession, au nombre et à la qualité des
763. héritiers (2). Si le père ou la mère lui ont assuré des alimens de leur vivant, ou même s'ils lui ont fait apprendre un art mécanique (3), il ne pourra rien réclamer de leur succes-
764. sion (4).

§. III.

De la Succession du Conjoint survivant, et de celle du Domaine.

Lorsque le défunt ne laisse ni parens au degré successible,
767. ni enfans naturels (5), ses biens passent à son conjoint non di-
768. vorcé (6); et à défaut de conjoint, au domaine.

Ces deux espèces de successions donnent lieu aux mêmes formalités que celle qui est dévolue en totalité à l'enfant naturel, sauf cependant l'emploi du mobilier et l'obligation de donner caution, auxquels l'administration du domaine n'est pas assu-
771. jettie (7).

CHAPITRE III.

Des Qualités requises pour succéder.

L'héritier étant, comme nous l'avons vu, saisi du moment de la mort, il s'ensuit que c'est de cette époque qu'il faut partir pour déterminer sa capacité; et comme le néant ne peut avoir aucun droit, il est évident que la première qualité requise pour succéder, est l'existence au moment de l'ouverture de la succession (8). L'enfant conçu étant regardé comme existant toutes les fois qu'il s'agit de ses intérêts, succède, pourvu toutefois
725. qu'il naisse viable (9).

BIU Cujas

La seconde qualité est la jouissance des droits civils. En conséquence, le mort civilement ne succède point. Il en est de même de l'étranger, sauf les cas exprimés aux art. 11 (1) et 13. 725. 726.

Enfin la troisième qualité est de n'être point dans les cas d'indignité (2) prévus par la loi.

Sont déclarés indignes de succéder :

1°. Celui qui a été condamné (3) pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt ;

2°. Celui qui a porté contre lui une accusation (4) capitale (5), jugée calomnieuse (6) ;

3°. Celui qui, étant majeur (7), n'a pas dénoncé à la justice le meurtre du défunt (8). Cependant cette dernière cause d'indignité ne peut être opposée aux proches parens du meurtrier, tels que ses ascendans ou descendans, ses frères, sœurs, oncles, tantes, neveux, nièces, ou alliés aux mêmes degrés (9). 727.

Elle ne peut l'être, à plus forte raison, à son conjoint. 728.

L'indignité devant être prouvée, et ne pouvant l'être qu'après la mort du défunt (10), n'empêche point la saisine (11) ; mais si l'héritier, jugé indigne, a perçu, dans l'intervalle, des fruits ou revenus de la succession, il est tenu de les restituer (12). 729.

Au surplus, l'indignité étant une peine, et provenant d'un fait personnel, ne préjudicie pas aux enfans de l'indigne, qui peuvent en conséquence venir à la succession dont leur père est exclu, pourvu que ce soit de leur chef, et sans le secours de la représentation (13). Mais, dans ce cas, leur père, comme il a été dit au Liv. 1^er^. Tit. 8, est privé de l'usufruit légal qu'il pourroit prétendre, par suite de la puissance paternelle, sur les biens provenant de cette succession (14). 730.

CHAPITRE IV.

De l'Acceptation et de la Répudiation des Successions.

Il existoit sur cette matière, dans l'ancien droit, deux principes que le Code a consacrés :

BIU Cujas

1°. *Le mort saisit le vif;*

2°. *N'est héritier qui ne veut.*

Nous allons développer succinctement ces deux principes, qui au premier coup-d'œil paroissent contradictoires, et qui néanmoins se concilient facilement.

Le mort saisit le vif: c'est-à-dire, que l'héritier étant le successeur immédiat et universel du défunt, et, comme disent les auteurs, la continuation de sa personne, est, ainsi qu'il a été dit plus haut, saisi (1), dès le moment de la mort, de tous les biens composant la succession, sous la condition d'en acquitter les charges.

Cette saisine a lieu de plein droit, c'est-à-dire, en l'absence de l'héritier, et même sans qu'il ait la moindre connoissance que la succession lui est déférée. On le répète; l'héritier, n'eût-il survécu au défunt qu'un seul instant, c'est assez pour qu'il ait recueilli la succession, et pour qu'il la transmette, avec la sienne, à ses propres héritiers.

Mais si l'héritier peut acquérir une succession sans le savoir, il ne peut l'acquérir malgré lui. Sa volonté, comme dit POTHIER, n'est pas nécessaire pour la saisine: mais sa volonté contraire l'empêche. Delà ce second principe, *n'est héritier qui ne veut;* c'est-à-dire, que nul n'est tenu d'accepter une succession qui
775. lui est échue (2). En conséquence, quoique la saisine existe de plein droit, cependant son effet, quant à la personne en faveur de laquelle elle doit avoir lieu, est suspendu, jusqu'à ce que l'héritier présumé se soit expliqué sur l'acceptation ou la répudiation de la succession. S'il accepte, il est réputé avoir été saisi
777. (3) du moment de la mort. S'il répudie, il est censé n'avoir jamais
785. eu la saisine, qui appartient alors, et toujours rétroactivement (4), à celui qui se trouve appelé, et qui accepte, à son défaut.

Ces principes posés, nous aurons à voir comment on peut accepter ou répudier une succession. Si elle est répudiée par ceux qui y ont droit, elle est dite *vacante*, et il en résulte des formalités particulières à remplir. Le présent Chapitre sera donc divisé en trois Sections:

BIU Cujas

La première traitera de l'acceptation des successions ;
La deuxième, de leur répudiation ;
Et la troisième des successions vacantes.

SECTION PREMIÈRE.

De l'Acceptation des Successions.

En principe général, l'héritier qui accepte, est tenu, comme nous le verrons par la suite, d'acquitter, même sur ses biens personnels, toutes les obligations du défunt. Cependant il peut se trouver des successions dont l'état soit tellement incertain, qu'il seroit difficile, et quelquefois même impossible, de prendre de suite à leur égard un parti définitif. Dans ce cas, la loi vient au secours de l'héritier, en lui procurant, sous certaines conditions, le moyen d'accepter, sans courir le risque d'une pareille responsabilité ; c'est ce qu'on appelle *le bénéfice d'inventaire.* En conséquence, nous distinguerons deux espèces d'acceptation ; celle qui est dite pure et simple, et l'acceptation sous bénéfice d'inventaire. 774.

§. I^er^.

De l'Acceptation pure et simple.

L'acceptation pure et simple est expresse ou tacite.

Elle est expresse, quand on prend la qualité d'héritier dans un acte authentique ou privé (1).

Elle est tacite, quand l'on fait un acte qui suppose nécessairement (2) l'intention d'accepter, ou que l'on n'a droit de faire qu'en qualité d'héritier. Telle est 1°. la donation, vente ou transport que feroit un héritier, de ses droits successifs, en faveur de quelques personnes que ce fût, même de tous ses cohéritiers (3), ou de quelques-uns d'eux ; 778.

2°. La renonciation même pure et simple à la succession, si elle n'est pas faite gratuitement (4) ;

BIU Cujas

3°. La renonciation même gratuite, si elle n'est faite qu'au
780. profit de quelques-uns des cohéritiers (1);

4°. Enfin, toute disposition des effets de la succession, qui ne peut être faite que par le propriétaire. Si cependant il existe des objets susceptibles de dépérissement, ou d'une conservation dispendieuse, l'héritier présumé peut, en sa seule qualité d'habile à succéder, et sans qu'on puisse en induire une accep-
796. tation, se faire autoriser par justice à procéder à la vente. L'autorisation est accordée, sur requête, par le Président du Tribunal de l'ouverture de la succession; et la vente est faite par
Pr. 617 et 986. un officier public, après affiches et publications.

L'héritier présumé peut faire également, et même sans autorisation, tous les actes purement conservatoires (2), de surveillance (3), ou d'administration provisoire (4), sans qu'on puisse en induire acceptation, pourvu qu'il n'y prenne pas la
779. qualité d'héritier (5).

D'après les effets de la saisine dont nous avons parlé au commencement de ce Chapitre, l'héritier qui meurt après le défunt, mais avant d'avoir pris qualité (6), transmet à ses propres héritiers le même droit qu'il avoit. Ceux-ci peuvent donc, lorsqu'ils ont toutefois accepté sa succession, accepter ou répudier
781. de son chef celle qui lui est échue : mais ils ne peuvent l'accepter purement et simplement, qu'autant qu'ils sont tous d'accord; dans le cas contraire, elle doit être acceptée sous béné-
782. fice d'inventaire (7).

L'acceptation d'une succession emportant, ainsi que nous l'avons dit, obligation, de la part de l'acceptant, de satisfaire à toutes les charges, il s'ensuit :

1°. Qu'elle ne peut être faite que par une personne ayant capacité de s'obliger. En conséquence, la succession échue à une femme mariée ne peut être acceptée par elle qu'avec
776. l'autorisation de son mari ou de justice (8); et celle qui est échue à un mineur (9) ou à un interdit, ne peut l'être que par le tuteur ou curateur, avec l'autorisation du conseil de famille,
484. 461. et sous bénéfice d'inventaire.

2°. Que l'acceptation ne peut être révoquée que pour dol

BIU Cujas

ou violence (1). Quant à la lésion, quelque considérable qu'elle soit, elle ne peut donner lieu à rescinder l'acceptation, que dans le cas où la succession se trouveroit diminuée de plus de moitié, par la découverte d'un testament inconnu au moment de ladite acceptation (2). 783.

Les effets de l'acceptation étant, comme on le voit, de la plus grande importance, on a dû mettre à la disposition de l'héritier les moyens suffisans pour connoître les forces de la succession. Les principaux de ces moyens, sont l'inventaire et les délais pour délibérer. Mais la confection de l'inventaire entraîne toujours quelque délai. D'ailleurs, dans tous les cas, il ne peut être commencé au plus tôt que trois jours après l'inhumation; et comme il est essentiel d'empêcher, pendant ce temps, le divertissement des effets de la succession, il y est pourvu par l'apposition du scellé. *Pr.* 928.

Le scellé est l'application du sceau d'un juge de paix sur les effets de la succession qui en sont susceptibles (3). *Pr.* 907.

L'apposition du scellé peut être requise :

1°. Par tous les prétendant droit à la succession (4), ou à la communauté (5);

2°. Par tout créancier (6) fondé en titre exécutoire (7), ou muni d'une permission, soit du Président du Tribunal, soit du juge de paix du canton où le scellé doit être apposé. 820. *Pr.* 909.

Les prétendant droit et les créanciers, mineurs, peuvent requérir l'apposition du scellé, même sans l'assistance de leur curateur, pourvu qu'ils soient émancipés; sinon elle est requise par leur tuteur, ou par un de leurs parens, s'ils n'ont pas de tuteur, ou qu'il ne soit pas présent. *Pr.* 910.

3°. En cas de non-présence (8), soit du conjoint du défunt, soit des héritiers, ou de l'un d'eux, l'apposition du scellé peut être requise par les personnes qui demeuroient avec le défunt, ainsi que par ses serviteurs ou domestiques. *Pr.* 909.

4°. Enfin, le scellé est apposé à la diligence du Ministère public, ou sur la déclaration d'un officier municipal, ou même d'office par le juge de paix, dans les trois cas suivans :

BIU Cujas

Si l'héritier mineur est sans tuteur (1), et que le scellé ne soit pas requis par un parent ;

En cas de non-présence du conjoint ou des héritiers, lorsque personne ne requiert l'apposition ;

Si le défunt étoit dépositaire public ; mais, dans ce dernier cas, le scellé ne peut être apposé que pour raison de ce dépôt,
Pr. 911. et sur les objets qui le composent.

Lorsque le scellé a été apposé, tous créanciers peuvent y former opposition (2), quoiqu'ils n'aient ni titre exécutoire,
821. ni permission du juge (3). L'effet de l'opposition, est que le
Pr. 931. scellé ne peut être levé sans appeler l'opposant.

La levée du scellé ne peut avoir lieu que trois jours après l'inhumation, si le scellé a été apposé auparavant; ou trois jours après l'apposition, si elle a été faite depuis l'inhumation (4); à moins, dans les deux cas, que, pour des raisons urgentes, il n'en soit autrement ordonné par le Président du Tribunal, qui alors (5) commet un notaire pour représenter, tant à la lévée du scellé qu'à l'inventaire, les parties non présentes, qui
Pr. 928. ont droit d'y assister.

La levée du scellé (6) est ordinairement accompagnée de l'inventaire.

L'inventaire est un acte contenant la déclaration des titres actifs et passifs de la succession, ainsi que la description des effets mobiliers qui en dépendent, et qui doivent être en outre
Pr. 943. estimés à juste valeur et sans crue (7).

L'inventaire, même quand il n'est pas précédé du scellé, ne peut être commencé, au plus tôt, que dans le délai fixé ci-
Pr. 928. dessus pour la levée du scellé ; et il doit être terminé dans les trois mois, à compter du jour de l'ouverture de la succes-
795. sion (8).

L'héritier a, de plus, pour prendre connoissanee des forces de la succession, et pour délibérer sur son acceptation ou sa répudiation, un délai de quarante jours, qui commencent à courir du jour de l'expiration des trois mois ci-dessus (9), ou du jour de la clôture de l'inventaire, s'il a été terminé avant
Ibid. les trois mois. Pendant ces délais, il ne peut être contraint à

BIU Cujas

prendre qualité; il ne peut être obtenu contre lui aucune condamnation (1); et, s'il renonce, les frais faits par lui légitimement (2) jusque-là, sont à la charge de la succession. 797.

Il peut même, en cas de poursuites (3) dirigées contre lui après l'expiration des délais, en demander un nouveau (4), que le Tribunal accorde ou refuse suivant les circonstances; 798. mais les frais de poursuites sont à sa charge, quand même il viendroit à renoncer, à moins qu'il ne justifie, ou qu'il n'a pas eu connoissance du décès, ou que les délais ont été insuffisans, à raison, soit de la situation des biens, soit des contestations survenues (5). 799.

Dans tous les cas, comme la faculté de renoncer, ainsi que celle d'accepter, ne se prescrivent que par trente ans (6), l'héritier présumé conserve, pendant tout ce temps, le droit de renoncer, ou d'accepter sous bénéfice d'inventaire, pourvu qu'il n'ait pas fait d'ailleurs acte d'héritier, ou qu'il n'existe pas contre lui de jugement passé en force de chose jugée, qui le condamne en qualité d'héritier pur et simple (7). 789. 800.

§. II.

De l'Acceptation sous bénéfice d'inventaire.

Le bénéfice d'inventaire, d'après ce que nous avons dit, est la faculté accordée à l'héritier présumé d'accepter la succession sans être tenu des charges au-delà de l'émolument (8).

L'héritier qui veut user de ce bénéfice, est assujetti à plusieurs formalités:

Il doit 1°. en faire la déclaration au greffe du tribunal dans l'arrondissement duquel la succession est ouverte, et sur le registre destiné à recevoir les actes de renonciation; 793.

2°. Procéder, si fait n'a été (9), à un inventaire fidèle et exact (10) des biens de la succession, conformément aux dispositions du paragraphe précédent. L'héritier qui se rendroit coupable de recélé, ou qui omettroit, sciemment et par mauvaise foi, de comprendre dans l'inventaire quelques-uns des 794.

BIU Cujas

effets de la succession, seroit déchu du bénéfice (1), ainsi que de la faculté de renoncer, tenu, en conséquence, pour héritier
801. } pur et simple, et privé, en outre, de toute part (2) dans les effets
792. } divertis ou recélés.

803. 3°. Il est chargé d'administrer les biens de la succession, et
804. il est tenu des fautes graves (3) qui pourroient lui être imputées. Il peut néanmoins, dans tous les temps, se décharger de cette administration, en abandonnant (4) aux créanciers et aux légataires tous les biens de la succession (5) qui sont en son
802. pouvoir.

4°. Pour la vente du mobilier, des rentes, et des immeubles (6), dépendans de la succession, il est tenu, à peine d'être réputé héritier pur et simple (7), de se conformer aux dispositions des articles 987, 988 et 989 du Code de Procédure. S'il représente les meubles en nature, il est tenu des dépréciation
805. et détérioration (8) causées par sa négligence. Il ne peut transférer les inscriptions au-dessus de cinquante francs de rente, sans autorisation préalable (9).

5°. Le prix de la vente des immeubles est distribué aux créanciers privilégiés et hypothécaires, dans l'ordre de leurs
Pr. 991. priviléges et hypothèques (10).

6°. Celui de la vente du mobilier est distribué par contri-
Pr. 990. bution (11) entre les créanciers opposans (12). Il en est de même de la portion du prix des immeubles, non distribuée aux créanciers hypothécaires ou privilégiés. S'il n'y a pas d'opposans, l'héritier paye les créanciers et les légataires, à mesure qu'ils
808. se présentent (13)

7°. Il est tenu, si les créanciers (14) ou autres personnes intéressées l'exigent, de donner bonne et solvable caution (15) de la valeur du mobilier compris dans l'inventaire, et des deniers comptans dépendant de la succession; sinon, les meubles sont vendus, si fait n'a été, et leur prix est déposé, ainsi que les deniers comptans, pour le tout être employé à l'ac[illegible] des
807. charges de la succession.

8°. Enfin, il doit compte de son administration aux créan-
803. ciers non payés qui se sont fait connoître, et aux légataires (16).

BIU Cujas

Il est autorisé à y porter les frais du scellé, s'il a été apposé, ceux d'inventaire et du compte même : ces frais sont à la charge de la succession, ainsi que toutes les autres dépenses légitimes faites par lui, et suffisamment justifiées (1). 810.

L'effet du bénéfice d'inventaire est d'empêcher la confusion du patrimoine de l'héritier avec celui du défunt; d'où il résulte :

1°. Que l'héritier conserve le droit de réclamer contre la succession le payement de ses créances (2). Son action, dans ce cas, est dirigée contre les autres héritiers. S'il n'y en a pas, ou que l'action soit intentée par tous, elle est dirigée contre un curateur au bénéfice d'inventaire, nommé en la même forme que le curateur à la succession vacante (3). 802. *Pr.* 996.

Et 2°. qu'il ne peut être tenu sur ses biens personnels (4) pour raison des dettes et charges (5) de la succession, excepté dans deux cas : si, après avoir été mis en demeure de rendre son compte, il ne satisfait pas à cette obligation; ou pour le payement du reliquat, si par l'événement du compte il se trouve débiteur. 802. 803.

Quant aux créanciers non opposans qui ne se présentent qu'après l'apurement du compte et le payement du reliquat, ils n'ont de recours à exercer que contre les légataires payés (6), et encore pendant trois ans seulement (7), à compter du jour du payement du reliquat. 809.

SECTION II.

De la Répudiation des Successions.

S'il résulte de l'inventaire, ou de la connoissance particulière de l'héritier, que la succession lui seroit plus onéreuse que profitable, il a la faculté d'y renoncer; quoi faisant, il est censé n'avoir jamais été héritier, et sa part accroît à ses cohéritiers (8); s'il est seul de son degré, elle est dévolue au degré subséquent (9). Mais pour user de la faculté de renoncer, il faut : 785. 786.

BIU Cujas

1°. Que la succession soit ouverte. En conséquence, on ne peut, même par contrat de mariage, renoncer à la succession d'une personne vivante, ni aliéner les droits éventuels qu'on
791. peut y avoir, même du consentement de celui de la succession
1130. duquel il s'agit (1).

2°. Que la succession soit déférée en renonçant (2).

3°. Que le renonçant soit capable d'aliéner. En conséquence, la femme mariée ne peut renoncer qu'avec l'autorisation de son
217. mari ou de justice (3); et si l'héritier est mineur, même émancipé, ou s'il est interdit, la renonciation ne peut être faite que
461. 484. 509. par le tuteur ou curateur, avec l'autorisation du conseil de famille.

4°. Que le renonçant n'ait fait aucun acte d'héritier.

5°. Qu'il n'ait diverti ni recélé aucun des effets de la succession; autrement il seroit, comme nous l'avons dit, réputé héritier pur et simple, nonobstant toute renonciation (4); et, s'il avoit des cohéritiers, il seroit en outre privé de toute por-
792. tion dans les objets divertis ou recélés.

789. 6°. Qu'il n'ait pas laissé prescrire la faculté de répudier (5).

La renonciation doit être formelle, et faite au greffe du tribunal (6) dans l'arrondissement duquel la succession est ouverte,
784. sur un registre particulier tenu à cet effet.

En général, toute renonciation à succession est définitive et irrévocable, excepté dans deux cas (7):

Premièrement, si elle a été faite au préjudice des créanciers du renonçant (8). Ceux-ci (9) peuvent se faire autoriser (10) en justice à accepter du chef de leur débiteur (11); mais, dans ce cas, la renonciation n'est annullée que dans leur intérêt; et ce qui peut rester de la portion de l'héritier débiteur, après leur payement total, accroît à ses cohéritiers, sans que le renon-
788. çant puisse y prétendre aucun droit.

La renonciation peut encore être révoquée, lorsque la succession n'a pas été acceptée (12) par d'autres héritiers (13), et que la faculté d'accepter n'est pas prescrite, sans préjudice toutefois des droits acquis à des tiers, soit par prescription, soit par

BIU Cujas

des actes valablement faits avec le curateur à la succession vacante. 790.

SECTION III.

Des Successions vacantes.

Une succession est vacante, quand il n'y a pas d'héritiers connus, ou que tous les héritiers connus y ont renoncé (1). 811.

Dans le premier cas, la succession est dévolue au domaine par droit de déshérence.

Dans le second cas, qui est celui dont il s'agit dans cette section (2), il est nommé un curateur pour administrer la succession.

Cette nomination est faite par le Tribunal du lieu de l'ouverture de la succession, sur la demande des parties intéressées (3), ou sur la réquisition du Procureur du Roi (4). 812.

Si, par événement, il se trouve deux ou plusieurs curateurs nommés pour la même succession (5), le premier nommé est préféré, sans qu'il soit besoin de jugement. *Pr.* 999.

Ce curateur est assujetti aux mêmes obligations (6) et formalités que l'héritier bénéficiaire, quant à l'inventaire (7), à l'administration, à la vente des meubles, des rentes et des immeubles de la succession, ainsi qu'aux comptes à rendre : il exerce et poursuit les droits de la succession ; il répond aux demandes formées contr'elle (8) ; mais il est tenu de verser ou faire verser le numéraire trouvé dans la succession (9), et celui qui provient du prix des meubles ou immeubles vendus (10), dans la caisse des Dépôts et Consignations (11), pour la conservation des droits de qui il appartiendra ; le tout sans préjudice de l'exécution des lois relatives aux priviléges et hypothèques. *Pr.* 1000. 1001. et 1002. 814. 813.

CHAPITRE V.

Des Obligations de l'héritier qui a accepté, tant à l'égard de ses cohéritiers, qu'envers les créanciers de la succession.

Le Titre seul de ce chapitre indique sa division. Il est évident

BIU Cujas

que la première section n'a pas d'objet, lorsqu'il n'y a qu'un seul héritier.

SECTION PREMIÈRE.

Des Obligations respectives des Cohéritiers.

Lorsqu'une succession est acceptée par plusieurs héritiers, chacun d'eux a le droit, comme nous le verrons au §. II, de provoquer le partage des biens qui la composent.

Le partage est la division, entre les divers héritiers, des biens auxquels ils ont droit en cette qualité.

L'égalité est de l'essence du partage (1). Or, cette égalité seroit blessée dans trois cas:

Le premier, si le cohéritier qui auroit été avantagé par le défunt, ne rapportoit pas à la masse ce dont il a profité;

Le second, si, après le partage, un des copartageans se trouvoit évincé, en tout ou en partie, des objets composant son lot;

Le troisième, enfin, s'il existoit une différence considérable entre la valeur réelle des objets, et celle qui leur a été donnée dans le partage.

C'est donc pour rétablir l'égalité, qui doit régner principalement entre cohéritiers, qu'ont été établies l'obligation du rapport, l'action en garantie des lots, et l'action en rescision.

D'après cela, nous diviserons cette section en cinq paragraphes:

Le premier traitera des rapports;

Le second, du partage en lui-même, et de la manière d'y procéder;

Le troisième, de la garantie respective des lots;

Le quatrième, de la rescision du partage:

Et le cinquième, de l'effet du partage valablement consommé.

§. Ier.

Des Rapports (2).

Le rapport est la réunion, réelle ou fictive (3), à la masse de

BIU Cujas

la succession, des objets donnés par le défunt à l'un des héritiers, pour le tout être partagé ensuite entre les divers cohéritiers.

La nécessité du rapport étant fondée sur l'égalité, le principe général, en cette matière, est que tout héritier, venant à la succession, doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt à titre gratuit (1), directement ou indirectement, et même les sommes dont il est débiteur. Pour le développement de ce principe, nous aurons à voir par qui est dû le rapport, à qui il est dû, de quelles choses il est dû, et enfin comment il doit être effectué. 843. 829.

Par qui est dû le rapport ?

Nous disons que le rapport est dû par *tout héritier*, pur et simple ou sous bénéfice d'inventaire, en ligne directe ou collatérale (2); mais il faut que l'héritier ait été lui-même donataire du défunt. 843.

Il faut qu'il ait été donataire : Il ne suffiroit pas qu'il eût profité de la donation. En conséquence, le père ne doit, dans aucun cas, le rapport de ce qui a été donné à son fils (3). 847.

Pareillement, le fils ne doit point le rapport de ce qui a été donné à son père, quand même il auroit accepté la succession de ce dernier (4), si toutefois il vient de son chef à celle du donateur; mais s'il vient par représentation, il doit le rapport (5), quand même il auroit répudié la succession de son père (6). 848.

Ce qui a été donné à l'époux du successible, est censé donné avec dispense de rapport (7); et si le don a été fait aux deux conjoints, le rapport n'est dû que pour moitié, et par celui des deux qui est successible. 849.

Il faut que l'héritier ait été *donataire du défunt*, parce que le rapport n'est dû qu'à la succession du donateur; en conséquence, le petit-fils, donataire de l'aïeul, ne doit point le rapport à la succession de son père (8). 850.

Pour connoître dans quelle proportion, et à quelle succession

BIU Cujas

est dû le rapport de la dot, il est nécessaire d'entrer dans quelques détails.

Quand le père et la mère ont doté conjointement l'enfant commun, sans exprimer la portion pour laquelle ils entendoient y contribuer chacun, ils sont censés avoir doté chacun pour moitié (1), soit que la dot ait été fournie en effets de la
1438. communauté, ou en biens personnels à l'un des époux (2); et dans ce cas, le rapport doit se faire pour moitié à la succession de chacun.

Si la dot a été constituée par un des époux seul, mais sur ses biens personnels, le rapport n'est dû qu'à sa succession.

Si elle a été constituée par le mari seul, mais sur les biens de la communauté, et sans énonciation de la part pour laquelle il entend s'en charger, elle est toujours, à la vérité, à la charge de la communauté; mais néanmoins, quant au rapport, il faut distinguer :

Si la femme accepte la communauté, comme elle se trouve, par le fait, avoir payé la moitié de la dot (3), le rapport doit se faire, par moitié, à sa succession et à celle de son mari.

Si, au contraire, elle y renonce, alors le mari se trouve avoir doté seul (4), et le rapport doit se faire en totalité à sa succession.

Si la dot a été constituée par le mari seul, sur les biens de la communauté, mais avec déclaration qu'il entend s'en charger pour le tout, ou pour une portion plus forte que la moitié, il est dû à sa succession le rapport, soit de la totalité de la dot,
1439. soit de la portion dont il a déclaré se charger; et dans ce dernier cas, le surplus doit être rapporté à la succession de la mère, si elle a accepté la communauté.

Nous disons que le rapport est dû par tout héritier *venant à la succession;* ce qui signifie deux choses : premièrement, qu'il suffit, pour que le donataire soit sujet à rapport, qu'il soit un des successibles au moment du décès, quoiqu'il ne le fût pas
846. au moment de la donation; et, en second lieu, que, s'il renonce à la succession (5), il peut retenir les dons et réclamer

BIU Cujas

les legs (1) à lui faits par le défunt, sauf réduction, s'il y a lieu (2). 845.

A qui est dû le rapport ?

Le rapport est dû aux cohéritiers seuls, et jamais aux légataires (3) ni aux créanciers de la succession (4). 857.

De quoi est dû le Rapport?

Nous avons dit que le rapport étoit dû de tout ce que le successible a reçu du défunt à titre gratuit, directement ou indirectement, et même des sommes dont il est débiteur envers la succession. 843. 829.

Il faut qu'il ait reçu *à titre gratuit :* en conséquence, ne doivent pas être rapportés les profits qu'il a pu retirer des conventions passées avec le défunt (5), si ces conventions ne présentoient aucun avantage indirect quand elles ont été faites (6). 853. Il en est de même à l'égard des avantages que le successible a pu retirer des associations faites sans fraude (7) avec le défunt, si toutefois les conditions ont été réglées par un acte authentique (8). 854.

La règle que tous les objets reçus du défunt, à titre gratuit, sont sujets à rapport, est elle-même susceptible de plusieurs exceptions. Ainsi, ne doivent point être rapportés :

1°. Les frais de nourriture, éducation, entretien et apprentissage (9); mais ce qui a été employé pour l'établissement ou pour le payement des dettes d'un des cohéritiers, est sujet à rapport. 852. 851.

2°. Les frais ordinaires d'équipement, de noces, et présens d'usage; 852.

3°. Enfin, les objets donnés ou légués par le défunt, avec dispense du rapport (10), pourvu qu'ils n'excèdent pas la portion disponible; autrement, l'excédant doit être rapporté. 843. 844.

La fille dotée doit le rapport de la dot, quand même le mauvais état des affaires de son mari lui ôteroit tout espoir de s'en

BIU Cujas

procurer la restitution. Si cependant le mari étoit déjà insolvable lorsque la dot a été constituée, et qu'il n'eût alors ni métier ni profession, elle est tenue seulement de rapporter à la succession du constituant, l'action qu'elle a contre son mari ou
1573. sa succession, pour se faire rembourser (1).

Nous disons *directement ou indirectement* : parce que l'héritier doit le rapport de tout ce dont il a profité aux dépens et par la volonté du défunt, à quelque titre que ce soit (2).

Même des sommes dont il est débiteur : parce que l'on regarde comme un avantage sujet à rapport, les sommes prêtées par le défunt à l'héritier (3). Il est, en conséquence, tenu de les imputer sur sa part, quand même elles ne seroient pas encore exigibles (4).

Comment le Rapport doit-il être effectué ?

Le rapport, comme nous avons dit, se fait réellement ou
858. fictivement.

Le rapport se fait réellement, lorsque c'est l'objet même donné, qui est rapporté à la succession. Cette espèce de rapport ne s'applique qu'aux immeubles, et il n'a lieu que dans le cas où l'objet donné est encore dans la main du donataire. Ce dernier peut même alors se dispenser du rapport réel (5), s'il y a d'ailleurs dans la succession des immeubles de même nature, valeur et bonté, dont on puisse former des lots à-peu-près égaux pour chacun des autres cohéritiers, qui les prélèvent alors
859. } avant partage.
860. }

Le rapport a également lieu en nature, s'il est possible, pour l'excédant de la portion disponible, lorsque l'immeuble a été donné avec dispense du rapport (6); mais si la division ne peut se pratiquer commodément (7), il faut distinguer si l'excédant est de plus ou moins de moitié de la valeur de l'immeuble.

Dans le premier cas, le donataire doit le rapport de l'objet en totalité, sauf à prélever sur la masse la valeur de la portion disponible.

Dans le second, il peut (8) retenir l'immeuble, sauf à moins

BIU Cujas

prendre, ou à récompenser (1) ses cohéritiers, en argent ou autrement. 866.

Le rapport réel, ou en nature, a deux effets principaux : le premier, c'est que les biens sont rapportés francs et quittes de toutes charges et hypothèques créées par le donataire (2), sauf aux créanciers hypothécaires de ce dernier, à intervenir au partage, pour empêcher que le rapport ne se fasse en fraude de leurs droits (3). 865.

Le second, c'est que ce rapport devant avoir lieu, comme dit POTHIER, *en essence et en espèce*, il en résulte que l'objet à rapporter, est censé avoir été aux risques de la succession depuis le moment de la donation (4), et qu'il doit y être réuni tel qu'il se trouve au moment où le rapport en doit être fait, c'est-à-dire, à l'époque de l'ouverture de la succession.

Si donc la valeur que l'objet donné avoit au moment de la donation, se trouve augmentée à l'époque du décès, il faut considérer si cette plus value provient de causes étrangères au donataire, et indépendantes de son fait, ou d'améliorations industrielles qui lui aient occasioné quelques dépenses.

Dans le premier cas, le bénéfice est pour la succession, sans que le donataire puisse rien réclamer.

Dans le second, l'équité exige qu'il soit tenu compte au donataire de ses dépenses, mais seulement jusqu'à concurrence de la plus value qui en résulte (5). Si cependant les dépenses 861.
faites étoient nécessaires pour la conservation du fonds, il a droit de les répéter (6), quoique la valeur du fonds n'en soit pas augmentée (7). 862.

Dans tous les cas où le donataire a quelques répétitions à exercer, il a droit de retenir l'immeuble jusqu'à son entier remboursement. 867.

La même distinction doit avoir lieu, si l'héritage a péri, ou s'il est diminué ou dégradé. Si c'est par la faute ou la négligence du donataire, il doit tenir compte de la perte ou de la moins value (8); sinon la perte est pour la succession (9). 855. 863.

Le rapport est fictif, quand ce n'est point l'objet même

BIU Cujas

donné qui est rapporté, mais sa valeur ou une quantité représentative.

Le rapport fictif peut s'appliquer à des immeubles ou à du mobilier.

Il s'applique aux immeubles dans deux cas :

Le premier, quand il existe dans la succession de quoi faire
859. des lots à-peu-près égaux pour les autres cohéritiers.

Le second, quand le donataire a aliéné l'immeuble avant
860. l'ouverture de la succession (1), ou quand l'objet a péri par sa faute. Dans ces deux cas, la somme à rapporter par lui, est évaluée d'après les mêmes principes que nous avons établis ci-dessus relativement au rapport en nature (2), sans aucun égard au prix qui a pu être retiré de l'aliénation.

Ainsi, le donataire doit la valeur de l'immeuble au moment
Ibid. de l'ouverture de la succession (3).

Les améliorations ou dégradations faites par l'acquéreur, doivent être imputées comme si elles avoient été faites par le
864. donataire lui-même.

Enfin, si l'immeuble a péri par cas fortuit (4), le donataire n'est sujet à aucun rapport, pas même à celui de la somme
855. qu'il a reçue pour prix de la vente (5).

Si l'objet donné est de l'argent comptant, le rapport, quant à la quotité (6), n'est susceptible d'aucune difficulté.

Si la donation consiste en autres effets mobiliers, le rapport se fait sur le pied de la valeur au moment de la donation (7), d'après l'état estimatif annexé à l'acte; et, à défaut d'état,
868. d'après une estimation par experts, à juste prix, et sans crue.
858. Dans tous les cas, le rapport fictif se fait en moins prenant, c'est-à-dire, qu'on ajoute à la masse des biens de la succession la valeur de l'objet donné, estimée d'après les règles ci-dessus : on détermine, d'après cette réunion, la part que chacun des cohéritiers doit avoir dans la masse ainsi augmentée, et l'héritier donataire tient compte, sur la sienne, de la valeur des objets sujets à rapport.

L'excédant de la part des autres cohéritiers doit être composé, autant que possible, en objets de même nature que

BIU Cujas

ceux qui ont été donnés. Si la donation consiste en argent comptant, et qu'il n'y ait pas assez de numéraire dans la succession, pour former une part égale (1) à chaque cohéritier, le donataire est tenu, ou de remettre du numéraire, ou de moins prendre sur le mobilier, ou, à défaut de mobilier, sur les immeubles de la succession. 869.

Le rapport étant dû par le donataire, du moment de l'ouverture de la succession, de plein droit, et sans qu'il soit besoin de demande, il doit, à compter de la même époque (2), les fruits et intérêts des choses sujettes à rapport. 856.

§. II.

Du Partage (3) *et de la Manière d'y procéder.*

Les inconvéniens sans nombre qui résulteroient d'une indivision forcée, ont déterminé la disposition portant que nul ne peut être contraint à y demeurer (4); en conséquence, l'action en partage ne peut être écartée, au moins à perpétuité, par aucune prohibition (5) ou exception, même celle du pacte ou de la prescription.

Nous disons *à perpétuité*, parce que les cohéritiers peuvent convenir entr'eux de suspendre le partage, mais pendant cinq années au plus. La convention qui fixeroit un terme plus long, seroit nulle de droit (6) au bout de cinq ans; mais elle pourroit être renouvelée. 815.

Quant à la prescription, elle ne peut jamais être opposée, tant que dure l'indivision (7). Mais si, par le fait, un des cohéritiers (8) a joui séparément de partie des biens de la succession pendant le temps requis pour la prescription (9), le partage est censé, dans ce cas, avoir été fait à son égard dans le principe, et ne peut plus, en conséquence, être demandé par lui ni contre lui. 816.

Le partage ne peut être provoqué que par les cohéritiers. Cependant, si l'un d'eux a cédé ses droits successifs (10) à un étranger (11), le cessionnaire peut provoquer le partage, comme il

BIU Cujas

peut être provoqué contre lui ; mais si la cession a été faite à titre onéreux (1), les autres cohéritiers (2) ont le droit d'écarter le cessionnaire du partage, en lui remboursant ce qu'il a
841. payé (3).

Le partage peut être provoqué par tout cohéritier, sauf les modifications suivantes :

S'il y a des cohéritiers mineurs ou interdits (4), l'action ne peut être exercée, pour ce qui les concerne, que par leur
817. tuteur, à ce spécialement autorisé par un conseil de famille ; et, s'il y en a plusieurs qui aient des intérêts opposés dans le partage, et qui aient le même tuteur, il doit leur en être
838. donné, à chacun, un spécial et particulier, nommé suivant
Pr. 968. les règles prescrites au Titre *de la Minorité*.

A l'égard des cohéritiers absens (5), l'action appartient aux
817. envoyés en possession (6).

Si une femme mariée est héritière, il faut distinguer :

Si elle est séparée de biens, et que la succession soit purement mobilière, elle peut procéder au partage, seule et sans
1449. autorisation. S'il y a des immeubles dans la succession, elle ne peut procéder au partage qu'avec l'autorisation de son mari ou
1538. de justice (7).

Si les époux sont en communauté, le mari peut, seul et sans le concours de sa femme, procéder au partage de tous les objets meubles ou immeubles (8) qui tombent dans la communauté : à l'égard des objets qui n'y tombent pas, il ne peut procéder au partage sans le concours de sa femme ; il peut seulement, s'il a le droit de jouir de ces biens, demander un partage provisionnel (9), sauf aux cohéritiers de la femme à la mettre en cause, s'ils veulent rendre le partage définitif.

Si les époux sont mariés sous le régime dotal, et que les biens à venir aient été constitués en dot, la succession est alors dotale, et le mari peut procéder seul au partage, soit en demandant, soit en défendant (10), et soit que la succession soit
1549. mobilière ou immobilière.

Si les biens à venir n'ont pas été constitués en dot, la succes-

BIU Cujas

sion est alors paraphernale; et l'on appliquera ce que nous avons dit plus haut, pour le cas de séparation de biens. 1576.

Dans les cas où nous avons dit que la femme pouvoit procéder seule au partage, nous avons supposé qu'il étoit fait à l'amiable. S'il est fait judiciairement, elle doit toujours être autorisée par son mari ou par justice. 215.

Le partage doit être fait avec tous les cohéritiers. En cas de refus de l'un ou de plusieurs d'entr'eux d'y consentir, la contestation est soumise au Tribunal du lieu de l'ouverture de la succession, qui connoît également de toutes celles qui peuvent survenir dans le cours des opérations. Le Tribunal procède à cet égard, comme en matière sommaire (1), ou commet, s'il y a lieu, pour les opérations du partage, un des juges, sur le rapport duquel il décide les contestations. 823.

C'est devant le même Tribunal qu'il est procédé aux licitations (2), et que doivent être portées les demandes relatives à la garantie des lots entre les copartageans, et même les demandes en rescision du partage (3). 822.

De la Forme du Partage.

Lorsque tous les cohéritiers sont présens et usant de leurs droits, le partage peut être fait dans la forme, et par tel acte qu'ils jugent convenables. Dans le cas contraire (4), il ne peut avoir lieu définitivement qu'en justice, et avec les formalités suivantes (5): 819. 838.

Nous avons vu précédemment ce qui concernoit l'apposition et la levée des scellés, ainsi que l'inventaire. Quant à la vente des meubles, elle n'est indispensablement nécessaire, qu'autant qu'il y a des créanciers saisissans ou opposans, ou que la majorité des cohéritiers l'exige (6). Si la vente n'a pas lieu, chacun des cohéritiers peut prendre sa part en nature, d'après l'estimation faite dans l'inventaire, ou, à défaut, d'après celle qui est faite par gens à ce connoissant, à juste prix et sans crue: ou enfin, la totalité des meubles est portée dans la masse pour le montant de ladite estimation. 826. 825.

BIU Cujas

Pr. 966. La poursuite du partage appartient à la partie la plus diligente. Si deux ou plusieurs ont formé leur demande le même jour, la poursuite appartient à celui qui, le premier, a fait viser l'original de son exploit par le greffier du Tribunal. Le *Pr.* 967. *visa* doit faire mention du jour et de l'heure.

Sur cette demande intervient jugement, qui 1°. commet un *Pr.* 969. juge, s'il y a lieu, pour les opérations du partage;

2°. Ordonne que les immeubles, s'il y en a, seront estimés par experts (1) choisis par les parties, ou, à leur refus, nommés d'office (2). Le procès-verbal des experts doit présenter les bases de l'estimation (3), indiquer la possibilité ou l'impossibilité de partager commodément les objets, et s'ils sont divisibles, fixer chacune des parts qu'on peut en former, et leur 824. valeur (4).

S'il résulte de ce procès-verbal, que les immeubles ne peuvent se partager commodément, ils sont vendus par licitation devant un membre du même Tribunal, ou devant un notaire *Pr.* 955. à ce commis par jugement (5). La licitation a lieu avec les formalités prescrites pour l'aliénation des biens de mineurs; et les 839. étrangers (6) y sont nécessairement admis (7).

Si la demande en partage n'a pour objet que la division d'un ou plusieurs immeubles, sur lesquels les droits des parties soient déjà liquidés (8), les experts, en procédant à l'estimation, et si la division est possible, composent les lots, qui, après l'entérinement (9) du rapport, sont tirés au sort, soit *Pr.* 975. devant le juge commissaire, soit devant le notaire.

Dans les autres cas, c'est-à-dire, lorsque les droits des parties ne sont pas encore liquidés, ce qui est le plus ordinaire, le juge commissaire renvoie (10) les parties devant un notaire dont elles conviennent, si elles peuvent (11) et veulent en con- *Pr.* 976. venir, ou qui, à défaut, est nommé d'office par le Tribunal.

On procède devant ce notaire, seul, et sans qu'il soit besoin *Pr.* 977. de l'assistance d'un second notaire, ou de témoins:

1°. Au compte que les copartageans peuvent se devoir (12);

828. 2°. A la formation de la masse générale: cette masse se compose de tous les objets existans dans la succession, du prix de

BIU Cujas

ceux qui ont été vendus, et des rapports qui ont dû être faits par chacun des cohéritiers, d'après les règles établies au précédent paragraphe (1); 829.

3°. Aux prélèvemens à faire, en faveur des cohéritiers auxquels le rapport est dû, dans le cas où ce rapport ne se fait pas en nature (2); 830.

4°. A la composition, sur ce qui reste de la masse, d'autant de lots égaux, qu'il y a de copartageans ou de souches copartageantes; sauf, dans ce dernier cas, à procéder ensuite entre les branches de chaque souche, et d'après les mêmes règles, à la subdivision du lot échu à la souche. Les lots sont faits par l'un des cohéritiers, s'ils sont tous usant de leurs droits, s'ils s'accordent sur le choix, et si celui qui a été choisi accepte la commission; sinon, et à défaut d'une seule de ces trois circonstances, ils sont faits par un expert nommé par le juge commissaire. L'on doit, autant que possible, faire entrer dans chaque lot la même quantité de meubles, immeubles, droits ou créances, de même nature et valeur, en évitant néanmoins, s'il se peut, de morceler les héritages et de diviser les exploitations, dût-on même, pour y parvenir, compenser l'inégalité des lots par un retour, soit en rente, soit en argent (3). Ce retour se nomme *soulte*. Le copartageant auquel la soulte est due, conserve un privilége sur les biens du lot qui en est chargé, en prenant une inscription sur lesdits biens, dans les soixante jours, à dater de l'acte de partage; et, durant ce temps, il ne peut être établi aucune hypothèque (4) sur les mêmes biens, au préjudice du privilége de la soulte. Cette disposition a lieu, toutes les fois qu'il y a soulte, et soit que le partage ait été fait à l'amiable ou en justice (5). 831. 834. *Pr.* 978. 832. 833. 2109.

Si, dans le cours du partage, il s'élève des contestations, soit sur la formation des lots, soit sur les opérations antérieures, le notaire en dresse procès-verbal, qu'il remet au greffe, et l'on procède dans la forme prescrite par l'article 977 du Code de Procédure (6). 837.

S'il n'y a pas de réclamations, ou quand elles sont jugées, le notaire clot son procès-verbal, les parties présentes ou

BIU Cujas

Pr. 980. dûment appelées, le signe avec les parties qui peuvent et veulent le signer, et en remet une expédition à la partie la plus diligente, sur la poursuite de laquelle le Tribunal homologue, s'il y a lieu, le partage, les parties présentes ou appelées, si elles n'ont pas toutes concouru à la clôture du procès-verbal, sur le rapport du juge commissaire, et sur les conclusions du Procureur du Roi, dans les cas où la qualité des parties
Pr. 981. requiert son ministère (1).

Le jugement d'homologation ordonne le tirage des lots au
834. sort (2), soit devant le juge, soit devant le notaire, lequel en
Pr. fait la délivrance aussitôt après le tirage, et remet les titres, savoir : ceux qui sont communs à toute l'hérédité, au dépositaire choisi par les co-partageans, ou nommé d'office par le juge, s'ils ne s'accordent pas sur le choix, à la charge d'en aider les ayant-droit, à toute réquisition (3); ceux qui sont relatifs à une propriété divisée, à celui qui en a la plus grande partie, à la charge d'en aider, comme dessus; et enfin ceux qui sont particuliers à chaque objet, à celui des co-partageans dans le lot
842. duquel l'objet est tombé.

Lorsque toutes les formalités ci-dessus ont été remplies, le partage est définitif, même à l'égard des absens, non-présens,
466. 840. 1314. mineurs ou interdits. Dans le cas contraire, il n'est que provisionnel (4).

Il est cependant un cas où le partage est définitif avec toutes sortes de personnes, quoique toutes ces formalités n'aient pas été observées; c'est quand les héritiers sont en ligne directe descendante, et qu'il a été fait un partage anticipé par l'ascendant
1075. de la succession duquel il s'agit (5). Ces sortes de partages font loi entre les co-partagés, lorsqu'ils réunissent les conditions suivantes :

Ils doivent être faits par actes entre-vifs ou testamentaires, avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs (6) ou les testamens (7). En conséquence, ceux qui sont faits par actes entre-vifs, ne peuvent avoir pour objet
1076. que les biens présens (8).

Il n'est pas nécessaire, comme l'on voit, que ce partage com-

BIU Cujas

prenne tous les biens que l'ascendant laisse à son décès (1); et, alors, ceux qui n'y sont pas compris, sont partagés, conformément aux règles établies pour les partages ordinaires (2). 1077.

Mais, si ce partage peut ne pas comprendre tous les biens, il est essentiel au moins qu'il soit fait entre tous les ayant-droit à la succession (3); autrement, l'omission d'un seul annulleroit le tout, et donneroit lieu à un nouveau partage dans la forme ordinaire, lequel pourroit être provoqué, même par ceux qui sont mentionnés expressément dans le premier (4). 1078.

§. III.

De la Garantie respective des Lots.

L'égalité qui doit régner dans les partages a dû donner lieu à l'action en garantie. 884.

Cette action est celle par laquelle le cohéritier, évincé ou troublé (5) dans la possession de l'objet qui lui est échu en partage, agit contre ses cohéritiers, pour qu'ils aient à faire cesser le trouble, ou à l'indemniser du préjudice que lui cause l'éviction.

Chaque cohéritier est personnellement obligé à la garantie envers ses cohéritiers, en proportion de sa part héréditaire. Si l'un d'eux est insolvable, sa part dans l'obligation de garantie est répartie également entre le cohéritier évincé et les autres copartageans. Outre l'action personnelle, le cohéritier évincé a encore, à raison de cette garantie, un privilége sur les immeubles dépendans de la succession (6). 885. 2103.

En cas d'éviction, pour déterminer le montant de l'indemnité due au cohéritier évincé, il faut 1°. considérer uniquement la valeur qui a été donnée dans le partage à l'objet dont il s'agit, sans aucun égard aux changemens qu'il a pu éprouver depuis (7); 885.

Et 2°. reporter cette valeur sur tous les cohéritiers, même sur celui qui a été évincé (8), chacun en proportion de sa part héréditaire.

BIU Cujas

L'action en garantie de partage cesse dans quatre cas :

1°. Si l'éviction qui y donne lieu, a été expressément (1) prévue et exceptée par l'acte de partage;

884. 2°. Si elle est arrivée par la faute du cohéritier évincé (2);

3°. Par le laps de trente ans écoulés depuis le moment du

2257. trouble;

884. 4°. Enfin, si elle procède d'une cause postérieure au partage (3). En conséquence, la garantie d'une créance n'a pas lieu pour l'insolvabilité du débiteur, quand cette insolvabilité n'est survenue qu'après le partage (4) : et s'il s'agit d'une rente, la garantie ne peut être exercée que dans les cinq ans qui suivent

886. le partage (5).

§. IV.

De la Rescision en matière de Partage.

Les partages (6) peuvent être rescindés (7) par trois causes;

887. violence, dol ou lésion (8).

La violence et le dol ont, en général, à l'égard des partages, le même effet qu'à l'égard de toutes les autres conventions (9). Il faut seulement observer que l'action en rescision, pour l'une de ces deux causes (10), a lieu même lorsque le cohéritier demandeur a aliéné tout ou partie de son lot, si toutefois l'aliénation est antérieure à la découverte du dol, ou à la cessation

892. de la violence.

Quant à la lésion, il suffit qu'elle soit de plus du quart (11)

887. pour donner lieu à la rescision.

Pour juger s'il y a eu lésion, on estime les objets suivant leur

890. valeur à l'époque du partage.

L'action en rescision pour lésion, cesse dans les cas suivans:

1°. Si la lésion provient de l'omission d'un objet de la succession : il y a seulement lieu alors à une demande en supplé-

887. ment de partage (12).

2°. Si, après un premier acte de partage, les parties ont transigé sur des difficultés réelles (13) que présentoit cet acte,

BIU Cujas

l'action en rescision n'est pas admise contre la transaction, quand même il n'y auroit pas eu encore de procès commencé (1). Mais il faut qu'il y ait eu un premier acte de partage; car, en général, l'action est admise contre tout acte ayant pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers, fût-il qualifié de vente, échange, transaction, ou de toute autre manière. Si cependant un ou plusieurs des cohéritiers ont vendu, avant partage, et sans fraude (2), leurs droits successifs, à l'un d'entr'eux, aux risques et périls de l'acquéreur, l'acte ne peut être attaqué pour cause de lésion (3). 888. 889.

3°. Si le défendeur offre de fournir au demandeur le supplément (4) de sa portion héréditaire, soit en numéraire, soit en nature (5). 891.

Les dispositions du présent paragraphe ne s'appliquent pas aux partages faits par les ascendans, dont il a été précédemment question : ils ne peuvent être attaqués que dans deux cas :

1°. Pour lésion de plus du quart;

Et 2°. si, du partage combiné avec d'autres dispositions faites par préciput, il résulte, en faveur d'un ou de plusieurs des copartagés, un avantage supérieur à la portion disponible (6). 1079.

L'enfant qui attaque le partage pour une de ces deux causes, est tenu d'avancer les frais de l'estimation qui doit avoir lieu pour établir la lésion ou l'avantage excessif; et il supportera en définitif ces frais, ainsi que les dépens de la contestation, si sa réclamation est jugée mal fondée. 1080.

§. V.

De l'Effet du Partage.

Le principal effet du partage est de faire cesser l'indivision, et de déterminer la portion de chaque cohéritier, en la restreignant aux objets tombés dans son lot.

Le partage, dans notre droit, n'est pas translatif, mais simplement déclaratif de propriété.

BIU Cujas

Pour entendre ce principe, il faut considérer que, dans la rigueur du droit, chaque cohéritier a, du moment de l'ouverture de la succession, un droit indivis sur chacun des objets qui la composent; que le partage ayant pour but de faire cesser l'indivision, attribue ordinairement à chaque cohéritier des objets entiers autant que possible; qu'il se fait donc, dans le partage, une espèce d'échange, entre les copartageans, des droits respectifs et partiels qu'ils avoient sur les objets tombés dans le lot de chacun d'eux (1).

Il sembleroit donc, d'après cela, que le partage dût être regardé comme une acquisition que chaque copartageant fait, des portions que ses cohéritiers avoient, avant le partage, dans les effets tombés dans son lot; et c'est effectivement ainsi qu'il étoit considéré dans le droit Romain. Mais de-là il seroit résulté que chaque cohéritier ayant pu, dans l'intervalle écoulé depuis le décès jusqu'au partage, hypothéquer la part qu'il avoit dans chaque immeuble, cette part auroit passé, avec la charge de l'hypothèque, à celui des copartageans dans le lot duquel elle seroit tombée. De-là se seroient ensuivies des difficultés sans nombre pour terminer les partages, des recours en garantie, etc. C'est pour prévenir ces inconvéniens, que, dans notre droit, on a préféré de ne point considérer le partage comme un titre d'acquisition, mais de supposer que chaque cohéritier a succédé seul et immédiatement au défunt, dans tous les objets compris dans son lot, et n'a eu aucun droit de propriété sur
885. aucune partie des autres objets de la succession.

En conséquence, chez nous, le partage est regardé seulement comme un acte déterminatif ou déclaratif des choses dans lesquelles chacun des cohéritiers a succédé au défunt.

Chaque héritier n'acquiert donc rien de ses cohéritiers par le partage; mais il tient tout du défunt immédiatement.

De là il suit 1°. que chacun des cohéritiers n'ayant pu donner à des tiers plus de droit qu'il n'en avoit lui-même, il n'a pu aliéner ni hypothéquer les objets tombés dans les lots de ses cohéritiers, puisqu'ils ne lui ont jamais appartenu;

2°. Que les hypothèques, même générales, qui peuvent exis-

BIU Cujas

ter sur ses biens, sont restreintes aux seuls immeubles qui tombent dans son lot;

3°. Qu'elles n'ont aucun effet sur les biens de la succession, lorsqu'il ne lui est échu que des objets mobiliers;

4°. Que les créanciers (1) d'un copartageant ayant, d'après cela, un très-grand intérêt à ce que le partage ne se fasse pas en fraude de leurs droits, peuvent s'opposer (2) à ce qu'il y soit procédé hors de leur présence; et qu'ils ont même le droit d'y intervenir à leurs frais, pour veiller plus sûrement à leurs intérêts. Mais si le partage a été consommé sans opposition de leur part, ils ne peuvent plus l'attaquer (3); 882.

5°. Enfin, que, jusqu'au partage, ces mêmes créanciers ne peuvent saisir aucun des objets de la succession, parce que, jusqu'au partage, on ne peut dire quels sont les objets qui appartiennent à leur débiteur. Mais alors, et en cas de refus ou de retard, de la part des cohéritiers, de procéder au partage, ils peuvent le provoquer et y intervenir. 2205.

Tout ce que nous avons dit dans ce paragraphe, sur l'effet du partage, s'applique également à la licitation (4). 883.

SECTION II.

Des Obligations des Héritiers envers les Créanciers de la Succession.

L'acceptation pure et simple assujettit l'héritier, ainsi que nous l'avons dit plusieurs fois, à toutes les dettes et charges de la succession.

Le motif de ce principe est évident. Il est de toute justice que celui qui a les bénéfices, supporte les charges. Aussi n'est-ce pas du principe en lui-même qu'il doit être traité dans cette section, mais du mode d'en faire l'application.

Cette application n'est susceptible d'aucune difficulté, lorsqu'il n'existe qu'un seul héritier : il est tenu, dans ce cas, du payement de toutes les dettes et charges, même sur ses biens personnels (5), et les titres qui étoient exécutoires contre le dé-

BIU Cujas

sunt le sont également contre lui, de plein droit, et sans qu'il soit nécessaire de les faire déclarer tels par jugement (1) : seulement les créanciers sont tenus de les lui signifier à personne ou à domicile (2); et ils ne peuvent en poursuivre l'exécution, que huit
877. jours (3) après cette signification. Il en est de même lorsqu'il y a plusieurs héritiers, c'est-à-dire, qu'ils sont tenus à eux tous de l'universalité des charges, même au-delà de l'émolument, sauf le cas du bénéfice d'inventaire; et les titres sont pareillement exécutoires contre eux. Mais il reste à déterminer dans quelle proportion chacun d'eux en est tenu.

Le principe général à cet égard, est qu'ils doivent contribuer au payement des dettes et charges de la succession, chacun au
870. prorata de sa part et portion héréditaire (4).

La division des dettes a lieu non-seulement à l'égard des héritiers entr'eux, mais encore à l'égard des créanciers de la succession, qui ne peuvent demander à chaque cohéritier qu'une
873. part dans les dettes, proportionnée à sa part héréditaire (5).

Nous verrons, au Titre *des Contrats en général*, quelles sont les exceptions dont le principe de la divisibilité des dettes est susceptible. Nous nous contenterons de traiter ici de la plus fréquente, celle qui résulte de l'action hypothécaire.

Comme l'hypothèque est, de sa nature, indivisible, qu'elle subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun d'eux, et sur chaque portion desdits immeubles, et qu'elle les
2114. suit dans quelque main qu'ils passent, il en résulte que le créancier hypothécaire peut demander le total de la dette à celui qui possède la plus petite partie de l'immeuble qui lui est hypothéqué (6).

D'après cela, si la succession est grevée d'une dette hypothécaire, il est évident, qu'outre l'action personnelle contre chacun des héritiers pour sa part et portion héréditaire, le créancier a encore l'action réelle et hypothécaire contre ceux d'entr'eux qui possèdent tout ou partie des immeubles hypothéqués à sa créance, comme il l'auroit contre tout autre détenteur (7); action qui lui donne le droit de conclure, contre

BIU Cujas

chacun desdits possesseurs, au payement du total de sa créance (1). {871. {873.

Lorsque la créance hypothécaire est d'une rente perpétuelle, comme alors il n'y a pas de terme d'exigibilité, chaque cohéritier, pour ne pas être exposé indéfiniment à l'action hypothécaire (2), peut exiger qu'avant de procéder à la formation des lots, il soit pris sur les biens libres, de quoi rembourser la rente et dégager l'hypothèque. Si ce remboursement n'est pas exigé, et que la succession soit partagée dans l'état où elle se trouve, l'immeuble hypothéqué n'est porté dans la masse que pour sa valeur, déduction faite du capital de la rente; et le cohéritier, dans le lot duquel il tombe, demeure seul chargé du service de ladite rente, et doit garantir (3) ses cohéritiers de toute poursuite. 872.

Dans tous les cas, l'héritier qui, par suite de l'action hypothécaire, a été obligé de payer au-delà de sa part dans la dette commune, a, de droit, son recours, soit contre ses cohéritiers, soit contre les légataires universels ou à titre universel (4). On doutoit, dans l'ancien droit, si ce recours, 875. quand il y avoit subrogation (5), pouvoit être exercé contre chacun des cohéritiers détenteurs d'immeubles, pour le total de la dette, déduction faite de la part de celui qui avoit payé, ou simplement pour la portion dont chacun desdits cohéritiers étoit personnellement tenu, à raison de son émolument (6).

Cette question a été décidée par l'article 875, portant que ce recours, même dans le cas de la subrogation, ne peut jamais avoir lieu, que pour la part et portion personnelle de chaque cohéritier, sauf, en cas d'insolvabilité de l'un d'eux, la réversion sur tous les autres, et sur celui qui a payé, de la part de l'insolvable dans la dette, au marc le franc (7). La 876. même décision doit être appliquée à tous les successeurs à titre universel.

Si cependant l'héritier qui a payé le total, n'avoit accepté que sous bénéfice d'inventaire, comme, par l'effet de ce bénéfice, il conserve la faculté de réclamer le payement total de ses créances personnelles, comme tout créancier étranger, il peut

BIU Cujas

exercer contre ses cohéritiers tous les droits résultant de la
875. subrogation (1).

L'effet de l'acceptation de la succession étant de confondre le patrimoine du défunt avec celui de l'héritier, il pourroit arriver que cette confusion préjudiciât aux créanciers de la succession, et principalement à ceux qui n'ont point d'hypothèque (2), dans le cas, par exemple, où l'héritier se trouveroit avoir personnellement plus de dettes que de biens (3).

C'est pour parer à cet inconvénient, que l'on a accordé aux créanciers de la succession, ainsi qu'aux légataires, le droit de
878. demander la séparation des patrimoines (4).

Par l'effet de cette séparation, les créanciers de l'héritier ne peuvent exercer d'action sur les biens provenant de la succession, qu'après l'entier acquittement de la portion que cet héritier doit supporter dans les dettes et charges de cette même succession.

Le droit de demander la séparation des patrimoines cesse dans trois cas :

1°. Si les créanciers de la succession ont consenti à la nova-
879. tion (5) de la dette, en acceptant l'héritier pour débiteur (6) ;

2°. Si les biens (7) sont sortis des mains de l'héritier;

3°. A l'égard des meubles, si les créanciers ont laissé passer trois ans (8) sans demander la séparation. Quant aux immeubles, l'action peut être exercée tant qu'ils existent dans la main
880. de l'héritier (9), pourvu toutefois que l'action principale ne soit pas prescrite. Mais pour conserver leur privilége à l'égard des créanciers de l'héritier (10), ceux de la succession sont tenus, dans les six mois à compter de l'ouverture de ladite succession (11), de prendre inscription sur chacun des biens immeubles qui en dépendent ; et il ne peut être établi, pendant cet intervalle, à leur préjudice (12), aucune hypothèque,
2111. sur lesdits biens, par les héritiers ou leurs représentans.

Le principe qui a fait admettre la séparation des patrimoines, n'étant pas applicable aux créanciers de l'héritier, ils ne peuvent, dans aucun cas, demander cette séparation contre les
881. créanciers de la succession (13).

BIU Cujas

TITRE IV.

Des Donations Entre-Vifs et Testamentaires (1).

La donation est la quatrième manière d'acquérir la propriété. Elle peut être définie, en général, un acte par lequel une personne dispose, à titre gratuit (2), en faveur d'une autre personne, de tout ou partie de ses biens.

La donation peut être faite de différentes manières et par différens actes. Mais avant d'exposer les règles particulières à chaque espèce, il est bon de faire connoître les dispositions qui s'appliquent généralement à tous les genres de donations. En conséquence, le présent Titre sera divisé en six chapitres, dont le premier traitera des dispositions communes à tous les genres de donations;

Le second, des donations entre-vifs, proprement dites;

Le troisième, des dispositions testamentaires;

Le quatrième, des donations à charge de restituer;

Le cinquième, des donations faites aux époux par contrat de mariage;

Et le sixième, des donations entre époux.

CHAPITRE PREMIER.

Dispositions générales.

Ces dispositions sont relatives au mode de disposer, à la capacité personnelle et respective du donateur et du donataire, et enfin à la portion de biens dont il est permis à chacun de disposer.

SECTION PREMIÈRE.

Du Mode de disposer.

Comme il existe des règles spéciales pour chaque espèce de donation, le principe général est que l'on ne peut disposer de

BIU Cujas

ses biens à titre gratuit, que dans les formes et suivant les con-
893. ditions expressément déterminées par la loi (1).

Sont en outre prohibées certaines dispositions regardées comme trop gênantes pour le commerce et la circulation des biens; ce sont les donations à charge de conserver et de rendre à une autre personne. Nous verrons au quatrième chapitre ce qu'on doit entendre par ces expressions, et les modifications que le Législateur lui-même a cru devoir apporter à la prohibition générale contenue dans l'article 896.

Ce cas excepté, toutes les autres conditions moralement ou physiquement impossibles (2), apposées à une donation entre-
900. vifs ou testamentaire, sont réputées non écrites (3).

SECTION II.

De la Capacité de donner ou de recevoir (4).

La faculté de donner et de recevoir est regardée comme étant de droit commun (5); elle appartient en conséquence à toute
902. personne qui n'en est pas privée formellement par la loi (6);

Sont déclarés incapables de donner :

25. 1°. Le mort civilement (7);

901. 2°. Celui qui n'est pas sain d'esprit (8);

3°. Le mineur. Cependant, à son égard, il faut distinguer : S'il s'agit de disposer entre-vifs, il ne peut le faire que par contrat de mariage (9), en faveur de son époux, et avec le consentement et l'assistance (10) de ceux dont le consentement est requis pour la validité du mariage (11); mais aussi alors, il peut donner à son conjoint tout ce dont il pourroit disposer en
1095. sa faveur, s'il étoit majeur (12). Quant au testament, le mineur (13) peut, lorsqu'il est parvenu à l'âge de seize ans (14), disposer seulement de la moitié (15) de ce dont il pourroit
904. disposer, s'il étoit majeur.

4°. La femme mariée, à moins qu'elle ne soit autorisée par son mari, ou par justice (16), si toutefois elle dispose entre-vifs (17); car, ainsi que nous l'avons vu au Titre *du Mariage*,
905. elle peut tester sans aucune autorisation;

BIU Cujas

5°. Toutes donations d'objets immobiliers (1), faites par un failli, dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite, sont nulles (2) et sans effet, relativement à la masse des créanciers (3). *Com.*444

6°. Enfin, les religieuses hospitalières ne peuvent, par actes entre-vifs, disposer de leurs biens en faveur de qui que ce soit. (*Art.* 10 *du décret du* 18 *février* 1809; Bulletin, n°. 4127.)

Quant à l'incapacité de recevoir, elle est absolue ou relative.

L'incapacité absolue est celle qui rend l'individu incapable de recevoir de qui que ce soit. Telle est :

1°. Celle de l'individu qui n'étoit pas encore conçu au moment de l'acte, s'il s'agit d'une donation entre-vifs, ou au moment du décès du testateur, s'il s'agit d'un testament (4). Dans les deux cas, pour que l'enfant, même conçu, soit capable de recevoir, il faut en outre qu'il naisse viable (5). Cette 906.
disposition, comme nous le verrons par la suite, ne s'applique pas aux donations de biens à venir, qui peuvent avoir lieu au profit des enfans à naître d'un mariage, ni aux dispositions à charge de conserver et de rendre, dans les cas où elles peuvent avoir lieu.

2°. Celle du mort civilement, à moins que la disposition ne soit purement alimentaire; 25.

3°. Celle de l'étranger (6), qui ne peut recevoir, que dans les cas où il pourroit lui-même disposer en faveur d'un Français (7). 912.

Et 4°. Celle de la femme mariée, qui ne peut recevoir aucune espèce de donation, sans être autorisée par son mari ou par justice (8). 217.

L'incapacité relative est celle qui rend l'individu incapable de recevoir de certaines personnes seulement, mais qui ne lui ôte pas le droit de recevoir de toute autre.

Ainsi, 1°. le tuteur ne peut rien recevoir de son pupille (9), même par testament. Il ne le peut, même lorsque le pupille est devenu majeur, tant que le compte définitif de tutelle n'a pas été rendu et apuré (10). Si cependant le tuteur étoit un ascendant, la prohibition n'auroit lieu dans aucun cas (11). 907.

BIU Cujas

2°. Les enfans naturels ne peuvent, comme nous l'avons dit, rien recevoir de leur père et mère, au-delà de ce qui leur est
908. accordé au Titre *des Successions* (1).

3°. Les officiers de santé de tout genre, les pharmaciens, et les ministres des cultes, ne peuvent profiter en aucune manière des dispositions qu'une personne à laquelle ils ont donné des soins (2) pendant la maladie dont elle est décédée, auroit faites en leur faveur pendant cette même maladie (3). Ils sont cependant capables de dispositions rémunératoires (4) faites à titre particulier (5), et proportionnées aux facultés du donateur, ainsi qu'aux services qu'ils ont pu lui rendre. Ils peuvent même recevoir des dispositions universelles dans deux cas : le premier, quand ils sont héritiers en directe (6) du donateur ; et le second, quand ce dernier n'a pas d'héritiers en directe, et qu'ils sont ses parens en collatérale au quatrième degré, ou à un degré
909. plus proche (7).

En établissant ces diverses prohibitions, on a dû prévenir les fraudes qui pourroient être mises en usage pour les éluder.

En conséquence, sont déclarées nulles, toutes dispositions faites au profit des personnes désignées ci-dessus, soit qu'elles aient été déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux (8), ou faites sous le nom de personnes interposées (9).

Sont réputés de droit (10) personnes interposées, les père,
911. mère (11), époux et descendans de l'incapable (12).

Il est encore une espèce d'incapacité relative, qui a lieu entre deux époux dont l'un a des enfans d'un premier mariage. Il en sera traité spécialement au chapitre VI du présent Titre.

Enfin, les dispositions au profit des hospices, des pauvres, et en général des établissemens d'utilité publique, ne peuvent avoir leur effet, qu'autant qu'elles sont autorisées par le Gou-
910. vernement.

SECTION III.

De la Portion disponible.

Le Législateur, en laissant à chaque individu le droit de disposer de ses biens à titre gratuit, n'a pas dû cependant per-

BIU Cujas

mettre l'exercice de ce droit dans toute sa plénitude, toutes les fois qu'il en résulteroit le dépouillement total de ceux auxquels ces biens semblent en quelque sorte naturellement dévolus. D'un autre côté, il eût été fort inutile de déterminer la quotité jusqu'à concurrence de laquelle on peut disposer, s'il n'eût pas été, en même temps, permis d'attaquer les dispositions qui entameroient la quotité réservée. En conséquence, la présente section sera divisée en deux paragraphes, dont le premier traitera de la quotité disponible; et le second, de la réduction des donations qui excèdent cette quotité.

§. I^er^.

De la Quotité disponible.

La portion de biens, affectée spécialement par la loi aux héritiers qu'elle désigne, et dont il est défendu de disposer, à titre gratuit, à leur préjudice, se nomme réserve (anciennement *légitime*) (1). Cette portion varie en raison du nombre et de la qualité des héritiers laissés par le disposant, et même quelquefois en raison de la qualité du donataire (2).

Quand il n'y a ni ascendans ni descendans (3), les libéralités entre-vifs ou testamentaires peuvent épuiser la totalité des biens. Mais s'il existe des héritiers directs, il faut distinguer : 916.
Si ces héritiers sont des ascendans, ils ont droit à une réserve qui est fixée à la moitié des biens (4), s'il y a des ascendans dans les deux lignes; et au quart, s'il n'y en a que dans une ligne, quel que soit leur nombre dans les deux cas. Cette réserve est recueillie par eux dans l'ordre où ils sont appelés *ab intestat* (5); et elle leur appartient exclusivement, dans tous les cas où un partage, en concurrence avec des collatéraux, ne leur donneroit pas la quotité de biens à laquelle elle est fixée (6). 915.

Quant à la réserve des enfans ou descendans, elle varie en proportion de leur nombre.

Ainsi, pour un enfant légitime, elle est de moitié des biens;

BIU Cujas

pour deux, des deux tiers; pour trois ou un plus grand nom-
913. bre, des trois quarts (1); en observant toutefois que les des-
cendans, au-delà du premier degré, ne sont comptés que pour
914. l'enfant au premier degré, dont ils descendent (2).

La réserve varie encore, lorsque les dispositions sont en faveur de l'époux du donateur. Dans ce cas, la réserve des ascendans est bornée à la nue propriété seulement de la portion qui compose cette même réserve (3) dans les autres cas. Celle des descendans, en quelque nombre qu'ils soient (4), est de moitié des biens en toute propriété, et du quart en nue
1094. propriété seulement (5); sans préjudice, 1°. du droit qu'a le donateur de disposer, en faveur de tout autre que de son époux, du surplus de la quotité disponible ordinaire, dans le cas où elle se trouveroit excéder la portion dont il lui est permis de disposer en faveur de son époux (6); et 2°. des dispositions portées en l'article 1098, relativement aux seconds mariages, et dont il sera traité à la fin de ce Titre.

La portion disponible peut être donnée, en tout ou en partie, aux enfans ou autres successibles du donateur, sans être sujette à rapport, quand même le donataire viendroit à la succession; pourvu, comme nous l'avons dit dans le Titre précédent, qu'il soit déclaré expressément que la disposition est faite *à titre de préciput*, ou *hors part*, ou autres termes équivalens (7). Cette déclaration peut être faite, soit par l'acte qui contient la disposition, soit par un acte postérieur, revêtu toutefois des formalités requises pour les dispositions entre-vifs ou testa-
919. mentaires (8).

Il existe néanmoins, à l'égard des successibles en ligne directe (9), une disposition particulière (10), qui consiste en ce que les biens aliénés à leur profit, par le défunt, à charge de rente viagère ou avec réserve d'usufruit (11), sont présumés leur avoir été transmis en pur don, et à titre de préciput. En conséquence, ils sont imputés sur la portion disponible pour leur valeur en pleine propriété; et l'excédant, s'il y en a, est rapporté à la masse (12). Il en est de même des deniers placés à fonds perdu entre les mains d'un des héritiers en ligne directe. Mais

BIU Cujas

ces dispositions, qui ne peuvent, dans aucun cas, être invoquées par les collatéraux (1), ne peuvent l'être davantage par les héritiers même directs, qui ont consenti à l'aliénation ou au placement (2). 918.

§. II.

De la Réduction des Donations excédant la quotité disponible.

La réduction des dispositions qui excèdent la quotité disponible, est une suite nécessaire de l'établissement d'une réserve. En conséquence, il est de principe que toutes dispositions (3), soit entre-vifs, soit à cause de mort (4), ont, à la vérité, pendant la vie du donateur, tout l'effet dont elles sont susceptibles; mais qu'elles peuvent être attaquées à son décès, et réduites à la quotité dont il lui étoit permis de disposer, eu égard à la valeur des biens qui composent sa succession (5). 920.

Nous verrons, en conséquence, dans ce paragraphe:

1°. Quelles sont les personnes qui peuvent demander la réduction;

Et 2°. Comment on doit procéder pour déterminer s'il y a lieu à l'opérer, comme elle doit être opérée, et quels en sont les effets.

Par qui peut être demandée la réduction?

La réduction des dispositions à titre gratuit faites par le défunt, n'ayant d'autre motif que celui de fournir ou de compléter la réserve fixée par la loi, il est clair qu'elle ne peut être demandée que par ceux au profit desquels la loi a établi cette réserve, leurs héritiers ou ayant-cause (6). Quant aux donataires, légataires (7), ou créanciers du défunt, ils ne peuvent jamais la demander, ni même en profiter, au moins pour ce qui concerne les donations entre-vifs (8). 921.

Quand et comment la réduction doit-elle être opérée, et quels en sont les effets?

Pour déterminer s'il y a lieu à opérer la réduction, et sur quelles donations elle doit porter, il faut distinguer trois cas:

BIU Cujas

ou il n'existe que des dispositions testamentaires ; ou il n'existe que des donations entre-vifs ; ou il en existe des deux espèces. Nous allons faire connoître les règles à suivre dans chacune de ces trois circonstances.

S'il n'existe que des dispositions testamentaires, on forme la masse de tous les biens existans au décès du testateur (1) ; on en déduit les dettes (2) ; on calcule, sur le restant, quelle est, eu égard à la qualité et au nombre des héritiers, la quotité
922. dont le défunt a pu disposer ; et si le montant des legs excède cette quotité, ils sont tous réduits au marc le franc, sans aucune distinction entre les legs universels et les legs parti-
926. culiers (3).

Si cependant le testateur a ordonné qu'un legs soit acquitté de préférence, alors la contribution porte d'abord exclusivement sur les autres dispositions ; et le legs préféré n'est sujet à réduction, qu'autant que la valeur entière des autres ne suffit
927. pas pour compléter la réserve.

S'il n'a été fait que des donations entre-vifs (4), on forme la masse, et l'on en déduit les dettes comme dans le cas précédent (5) ; on réunit ensuite fictivement au surplus, s'il y en a, le montant des biens donnés, calculé d'après leur état à l'époque
922. des donations, et leur valeur au temps du décès (6). On détermine, d'après cette réunion, le montant de la réserve ; et si les biens restant dans la succession ne suffisent pas pour la compléter, on procède à la réduction, en commençant par la dernière do nation, l'épuisant même s'il est nécessaire, et, en cas d'insuffisance, en remontant graduellement, par ordre
925. de dates, des dernières aux plus anciennes (7).

Troisièmement enfin, s'il existe tout ensemble des dispositions entre-vifs et par testament, on réunit, comme dessus, le montant des biens donnés entre-vifs à ceux qui existent au décès, déduction faite des dettes. On fixe, d'après cette masse, le montant de la réserve ; et si les biens libres ne suffisent pas pour la compléter, la réduction porte d'abord exclusivement sur les dispositions testamentaires, par contribution, s'il y a
925. lieu ; et ce n'est qu'après qu'elles sont totalement épuisées, que

BIU Cujas

l'on peut attaquer les donations entre-vifs, à l'égard desquelles on suit alors la marche tracée pour le second cas (1). 923.

Ces principes établis, il reste à faire connoître les effets de la réduction, et les diverses actions que le légitimaire peut exercer à ce sujet. Le principe général sur cette matière est, que le légitimaire est saisi, du moment du décès du donateur ou testateur, de tous les objets qui doivent composer sa réserve (2). 928. 930. En conséquence, rien de plus simple que l'exercice de son droit pour ce qui concerne les dispositions testamentaires. Comme les objets sont encore dans la succession, l'effet de la réduction est d'annuller les legs jusqu'à due concurrence, et les légataires sont censés n'avoir eu aucun droit sur les objets compris dans la réserve.

La réduction des donations entre-vifs ne présente pas beaucoup plus de difficulté, lorsqu'elles n'ont pour objet que du mobilier : comme en général les meubles n'ont pas de suite, et que, conséquemment, le légataire ne peut exercer aucune action contre les tiers détenteurs, il n'a, dans le cas de la réduction, qu'une simple action personnelle contre le donataire, pour la somme nécessaire au complément de la réserve (3).

Mais quand la réduction frappe sur les donations entre-vifs d'objets immobiliers, alors comme les donataires n'ont eu sur les objets donnés qu'un droit de propriété résoluble, droit qu'ils ont pu néanmoins transférer ou hypothéquer, mais tel qu'ils l'avoient eux-mêmes, l'effet de la réduction devient plus compliqué, parce que l'intérêt des tiers peut s'y trouver compromis.

Nous observerons d'abord que l'on va retrouver ici la distinction que nous avons déja fait remarquer, entre les acquéreurs, et ceux qui n'ont sur les objets donnés qu'un simple droit d'hypothèque.

En effet, si les biens à recouvrer par suite de la réduction, sont encore dans la main du donataire, ils sont repris francs de toutes dettes ou hypothèques créées par ce dernier (4). Mais 929. si les biens ont été aliénés, il faut distinguer : Si l'aliénation n'a été que partielle, la réduction doit porter d'abord sur les

BIU Cujas

objets restés dans les mains du donataire (1); en cas d'insuffisance, ou si la totalité des biens a été aliénée, l'action en réduction ou revendication peut, à la vérité, être exercée contre les tiers détenteurs, suivant l'ordre de date des aliénations (2), en commençant par la plus récente; et les biens sont également repris francs de toutes hypothèques. Mais, même dans ce cas, et toujours dans le dessein de favoriser l'acquéreur, on exige que le légitimaire se contente de la somme nécessaire pour compléter sa réserve, si le donataire est en état de la fournir, et qu'il ne puisse s'adresser aux tiers, que discussion préalable-
930. ment faite des biens dudit donataire (3).

Dans tous les cas, comme le légitimaire est saisi du jour du décès, c'est de ce jour que lui sont dus les fruits ou intérêts de ce qui excède la portion disponible (4), pourvu toutefois qu'il forme la demande en réduction dans l'année; sinon, ils ne sont
928. dus que du jour de la demande (5).

Si la disposition réductible est d'un usufruit ou d'une rente viagère, alors, pour éviter les embarras d'une estimation toujours difficile dans ce cas, le légitimaire est tenu, ou d'exécuter la disposition en entier, ou d'abandonner au donataire la valeur
917. de la quotité disponible, en toute propriété (6).

En terminant ce paragraphe, il ne faut pas omettre deux observations importantes : la première, que le légitimaire est tenu d'imputer sur la réserve qu'il réclame, tout ce qu'il tient (7), autrement qu'à titre de préciput ou hors part (8), de celui de la succession duquel il s'agit;

Et la seconde, que, si la donation entre-vifs, sujette à réduction, a été faite à un légitimaire qui a renoncé à la succession pour s'en tenir à la donation, il peut retenir sur les biens donnés la valeur de la portion de réserve à laquelle il auroit droit comme héritier, pourvu que les biens qu'il retient, ne soient pas d'une nature plus avantageuse que ceux qui restent pour
924. former la part des autres légitimaires (9).

BIU Cujas

CHAPITRE II.

Des Donations Entre-Vifs proprement dites.

Nous ajoutons *proprement dites*, parce que la donation entre-vifs, en général, est celle qui exige, dans le principe, pour être valable, le concours du donateur et du donataire; ce qui comprendroit les donations faites, soit entre époux, soit aux époux eux-mêmes, par contrat de mariage, et même celles qui sont faites entre époux pendant le mariage; donations qui ne sont cependant pas assujetties, ainsi que nous le verrons par la suite, à toutes les règles établies dans le présent chapitre.

La donation dont il s'agit ici, est un acte solennel (1), par lequel une personne se dépouille actuellement, gratuitement, et irrévocablement, de tout ou partie de ses biens, en faveur d'une autre personne qui l'accepte. 894.

La seule formalité à remplir pour cette espèce de donation, est que l'acte qui la contient, soit passé devant notaires, dans la forme ordinaire des contrats (2), et qu'il en reste minute; le tout à peine de nullité (3). 931.

Si la donation est d'effets mobiliers (4), et qu'il en ait été passé acte (5), elle n'est valable qu'autant qu'il a été annexé à la minute de l'acte un état estimatif (6) des objets donnés, ledit état signé du donateur et du donataire (7) ou de ceux qui acceptent pour lui; et si la totalité des objets donnés n'est pas portée audit état, la donation n'est valable que pour ceux qui s'y trouvent compris. 948.

Quant aux conditions nécessaires pour la validité de la donation en elle-même, il résulte de la définition que nous avons donnée, qu'il faut :

1°. Que le donataire l'accepte;

2°. Que le donateur se dépouille actuellement;

3°. Qu'il se dépouille gratuitement;

4°. Enfin, qu'il se dépouille irrévocablement, sauf les exceptions qui seront mentionnées.

BIU Cujas

Nous allons exposer les principes relatifs à ces diverses conditions, en observant préalablement que les nullités prononcées par la loi dans cette matière, ne peuvent être couvertes par aucun acte confirmatif de la part du donateur, qui n'a d'autre moyen, s'il veut que sa libéralité ait effet, que de re-
1339. faire la donation dans la forme légale. Il en seroit autrement, si l'acte confirmatif émanoit de ses héritiers ou ayant-cause (1), après son décès (2), parce que ces nullités étant établies principalement dans leur intérêt, il leur est libre de renoncer au droit introduit en leur faveur. Ils seroient donc, dans ce cas, non-recevables à opposer, soit les vices de forme, soit toute autre
1340. exception.

SECTION PREMIÈRE.

De l'Acceptation des Donations.

La donation entre-vifs étoit, et peut encore être regardée comme un contrat, qui exige, en conséquence, le concours de la volonté des deux parties. De-là il suit qu'elle n'est parfaite que du moment que ce concours a eu lieu, c'est-à-dire, du jour qu'elle a été acceptée par le donataire, et que, jusque-là, ce
932. n'est qu'un simple projet que le donateur peut révoquer.

L'acceptation du donataire ne se présume pas : elle doit être expresse (3). Il n'est cependant pas nécessaire qu'elle ait lieu dans l'acte même qui contient la donation ; elle peut être faite par un acte postérieur, pourvu que le donateur soit encore vivant (4), que l'acte d'acceptation soit authentique, et qu'il en reste minute (5). Il faut, en outre, dans ce cas, que l'acceptation soit notifiée au donateur; et ce n'est que du moment de cette
Ibid. notification, que la donation devient irrévocable à son égard (6).

Il faut, de plus, que l'acceptation soit faite par personne capable. En conséquence, si le donataire est majeur, l'acceptation ne peut être faite que par lui, ou, en son nom, par une personne fondée d'un pouvoir spécial d'accepter la donation, ou au moins d'un pouvoir général d'accepter toutes donations

BIU Cujas

faites ou à faire. Dans tous les cas, la procuration doit être passée devant notaires, et il en doit être annexé expédition (1) à la minute de la donation, ou à celle de l'acceptation, si elle a lieu par un acte séparé. Le sourd-muet peut également accepter par lui-même ou par un fondé de pouvoir, quand il sait écrire; sinon, la donation est acceptée en son nom par un curateur nommé à cet effet, suivant les règles établies au Titre *de la Minorité, etc.* 933. 936.

Si la donation est faite à une femme mariée (2), elle ne peut accepter qu'avec le consentement de son mari, ou en cas de refus de ce dernier (3), avec l'autorisation de justice. 934.

Si le donataire est interdit, ou mineur non émancipé, la donation ne peut être acceptée que par son tuteur, spécialement autorisé par le conseil de famille. Si le mineur est émancipé, il peut accepter avec l'assistance de son curateur (4). 935.

La nécessité d'une acceptation valable est telle, que les mineurs, les interdits et les femmes mariées, ne peuvent se faire restituer contre le défaut d'acceptation, sauf leur recours en dommages-intérêts contre leurs tuteurs (5) ou maris, et sans qu'ils puissent invoquer le bénéfice de la restitution, dans le cas même où ce recours leur deviendroit inutile, par l'effet de l'insolvabilité desdits tuteurs ou maris. 942.

C'est même pour tempérer cette rigueur de la loi à l'égard du mineur (6), que ses père et mère (7), ainsi que ses autres ascendans, même du vivant des père et mère (8), sont autorisés à accepter les donations qui lui sont faites, quoiqu'ils ne soient ni ses tuteurs ni ses curateurs. 935.

Enfin, les donations faites à des églises, archevêchés, évèchés, chapitres, séminaires, cures, fabriques, aux pauvres, aux hospices, aux colléges, aux communes, et en général, à tout établissement d'utilité publique, et à toute association religieuse, reconnus par la loi, doivent être acceptées par les chefs, titulaires, supérieurs, ou administrateurs desdites églises, etc., communes, ou établissemens, à ce dûment autorisés (9). 937.

L'autorisation ne peut être accordée dans ces cas que par une ordonnance du Roi, rendue, le Conseil-d'Etat entendu, et sur l'avis préalable du Préfet ou de l'Evêque, suivant la

BIU Cujas

nature de l'établissement. Si la valeur de l'objet donné n'excède pas 300 francs, l'autorisation est accordée par le Préfet. Mais, dans tous les cas, s'il y a charge de service religieux, l'autorisation n'est accordée qu'après l'approbation provisoire de l'Evêque diocésain. (Ordonnance du 2 avril 1817, *Bulletin*, n°. 1995, artic. 1, 2 et 3.)

Les dispositions relatives à l'acceptation des donations ne sont applicables, que lorsque la donation est faite directement du donateur au donataire. Il en seroit autrement, si elle étoit le résultat d'une convention faite avec un tiers (1). C'est une conséquence du principe, que l'on peut valablement stipuler au profit d'un tiers (2), lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même (3), ou d'une donation que l'on fait à un autre (4), et que cette stipulation est irrévocable,
1121. lorsque le tiers a déclaré vouloir en profiter. Il ne faut donc, dans ce cas, de la part du tiers, quoique réellement donataire, qu'une simple déclaration, qui n'a pas besoin des formes requises pour l'acceptation des donations (5).

Par suite du même principe, si une personne a fourni des deniers à une autre, pour constituer une rente viagère au profit d'un tiers, cet acte, quoiqu'ayant, à l'égard de ce tiers, les caractères d'une libéralité, n'est point cependant assujetti aux formes requises pour les donations, mais seulement aux dispositions relatives à la quotité disponible, et à la capacité de don-
1973. ner et de recevoir dans la personne du donateur et du donataire.

SECTION II.

Il faut que le Donateur se dépouille actuellement.

Le mot *donation* emporte nécessairement l'idée de la translation de la chose donnée au pouvoir du donataire. Or, le donataire ne peut devenir propriétaire, qu'autant que le donateur cesse de l'être. Il faut donc que ce dernier se dessaisisse de l'objet donné, au moment même de la donation.

Il n'est cependant pas nécessaire qu'il en transfère la pleine

BIU Cujas

propriété; il peut en réserver la jouissance à son profit (1) ou au profit d'un tiers (2); comme il peut également donner la jouissance, en se réservant (3), ou en disposant de la nue propriété. 949.

Si les objets donnés avec réserve d'usufruit, sont mobiliers, le donataire est tenu, à l'expiration de l'usufruit, de prendre ceux qui existent en nature, en l'état où ils se trouvent. Quant à ceux qui n'existent plus, il a action contre le donateur ou ses héritiers (4), jusqu'à concurrence de la valeur qui leur a été donnée dans l'état estimatif (5) qui a dû être annexé à la donation. 950.

La propriété de l'objet donné est transférée au donataire par l'effet du seul consentement des parties, valablement exprimé, et sans qu'il soit besoin de tradition (6). C'est une conséquence du nouveau principe adopté dans le Code, et d'après lequel la tradition n'est plus exigée actuellement pour transférer la propriété. Mais il faut remarquer cependant qu'en matière de donation, cette translation de propriété, par le seul consentement des parties, n'a réellement son effet qu'à l'égard du donateur. Mais, pour ce qui concerne les tiers, il faut distinguer: 938. 1138.

Si la donation est d'effets mobiliers, la tradition réelle est encore nécessaire, non pas à la vérité pour dépouiller le donateur, mais pour empêcher l'effet de la disposition qu'il pourroit faire postérieurement de l'objet donné au profit d'une autre personne, qui en deviendroit propriétaire, si elle en acquéroit la possession réelle, avec titre et bonne foi, avant le donataire (7). 1141.

Quant aux immeubles, il faut également une sorte de tradition qui s'opère par la transcription (8). En conséquence, tout acte portant donation de biens susceptibles d'hypothèque (9), doit être transcrit (10) aux bureaux des hypothèques, dans l'arrondissement desquels les biens sont situés. La même formalité est exigée à l'égard de l'acte d'acceptation, quand elle a eu lieu séparément, ainsi qu'à l'égard de l'acte de notification de l'acceptation. 939.

La transcription est faite à la diligence du mari, quand les biens ont été donnés à la femme. Cette dernière peut même,

BIU Cujas

en cas de négligence du mari, y faire procéder sans autorisation.

Si la donation est faite à des mineurs, à des interdits, ou à des établissemens publics, la transcription est faite à la dili-
940. gence des tuteurs, curateurs, ou administrateurs (1), qui sont, ainsi que les maris, responsables, s'il y échet (2), du défaut de transcription; sans néanmoins que les femmes, les mineurs, ou les interdits (3), puissent se faire restituer contre ledit défaut, même en cas d'insolvabilité de ceux qui étoient tenus de
942. faire faire la transcription.

La transcription n'est point nécessaire pour la validité de la donation en elle-même, qui est, comme nous l'avons dit, parfaite entre les parties, du moment qu'elle a été légalement faite et acceptée. En conséquence, le défaut de transcription ne peut être opposé par le donateur (4). Il en est de même de tous ceux auxquels la loi impose l'obligation de faire transcrire (5), ainsi que de leurs successeurs ou ayant-cause. Mais, ces personnes exceptées, le défaut de transcription peut être opposé par
941. tous ceux qui ont intérêt (6).

SECTION III.

Il faut que le Donateur se dépouille gratuitement.

Il ne faut pas conclure de ce principe, que le donateur ne puisse imposer aucune charge au donataire. Nous verrons même, dans la suite, que l'inexécution des conditions imposées par le donateur peut entraîner la révocation de la donation. Mais il faut entendre par-là, 1°. que la donation étant une libéralité, doit être, au moins dans le principe, avantageuse pour le donataire, et qu'elle cesseroit d'être donation, si les charges imposées étoient égales au bénéfice présumé que le donataire peut en retirer (7);

2°. Que celui qui ne donne que ce qu'il doit, ou ce qu'il est obligé de donner, ne fait pas une donation, mais un payement. Ainsi celui qui donne pour accomplir la condition d'une donation qui lui est faite, ou d'une obligation qu'il a contractée, ne

BIU Cujas

fait pas lui-même une donation, quand même ce qu'il a été chargé de donner seroit pris sur ses propres biens. De même les donations appelées *rémunératoires* ne sont vraiment donations aux yeux de la loi, que quand la récompense des services ne peut donner lieu à aucune obligation parfaite (1).

SECTION IV.

Il faut que le Donateur se dépouille irrévocablement.

L'irrévocabilité est un des principaux caractères de la donation entre-vifs proprement dite, dans le sens que le donateur ne peut, par son fait seul, en détruire ni en altérer l'effet. De là il suit, que toute donation qui peut dépendre de la seule volonté du donateur, est absolument nulle.

Cette disposition s'applique, 1°. aux donations faites sous une condition qui dépend de cette volonté (2). Si cependant la condition ne frappe que sur une partie de la donation, cette partie seulement est annullée. Si donc, par exemple, le donateur s'est réservé la faculté de disposer d'un objet compris dans la donation, ou d'une somme à prendre sur les biens donnés, la donation est valable pour le surplus; mais le donataire ne peut prétendre aucun droit sur la somme ou l'objet réservé, qui est dévolu aux héritiers du donateur, s'il meurt sans en avoir disposé, et quand même la donation contiendroit la clause expresse, qu'à défaut de disposition, l'objet appartiendroit au donataire (3); 944. 946.

2°. Aux donations de biens à venir (4). Mais par la même raison que ci-dessus, si la donation comprend des biens présens et à venir, elle n'est annullée que pour ces derniers (5); 943.

3°. Aux donations faites sous la condition d'acquitter des dettes ou charges quelconques, autres que celles qui ont acquis date certaine (6), à l'époque, ou par l'acte même de la donation (7), ou par un état qui y seroit annexé. 945.

Si le fait seul du donateur ne peut porter atteinte à la donation, elle peut d'ailleurs être révoquée par l'effet de circons-

BIU Cujas

tances indépendantes de sa volonté. Ces circonstances sont au nombre de quatre :

1°. Prédécès, soit du donataire seul, soit du donataire et de
951. sa postérité, si toutefois ce cas a été prévu et le retour stipulé;

2°. Inexécution des conditions apposées à la donation;

3°. Ingratitude du donataire;

953. 4°. Survenance d'enfans au donateur (1).

§. Ier.

Du Droit de Retour (2).

Le droit de retour, comme nous venons de le dire, est celui que le donateur s'est réservé par l'acte même de donation, de reprendre les objets donnés, dans le cas du prédécès, soit du donataire seul, soit du donataire et de ses descendans (3). Ce droit ne se présume pas (4); il doit être expressément stipulé;
951. et il ne le peut l'être qu'au profit du donateur seul (5).

La donation est censée faite, dans ce cas, sous une condition que l'on nomme *résolutoire*. L'effet de cette condition, lorsqu'elle s'accomplit, étant de remettre les choses au même état
1183. que si la disposition n'avoit pas existé, il en résulte que toutes les aliénations des biens donnés, faites par le donataire ou sa postérité, sont également résolues, et que le donateur reprend lesdits biens (6) francs et quittes de toutes charges et hypothèques, créées, tant par le donataire, etc., que par les tiers détenteurs.

Si cependant la donation a été faite par le contrat de mariage du donataire, alors, en cas d'insuffisance de ses autres biens, ceux qui sont compris dans la donation, restent, même après l'exercice du droit de retour, sujets à l'hypothèque de la dot et des conventions matrimoniales, résultant du contrat de mariage
952. dans lequel la donation a été faite (7).

BIU Cujas

§. II.

De l'Inexécution des Conditions.

Les dispositions du paragraphe précédent s'appliquent également au cas d'inexécution, de la part du donataire, des conditions apposées à la donation (1). L'effet en est même plus étendu, puisque dans le cas même de donation faite par contrat de mariage, l'hypothèque de la dot et des conventions matrimoniales de la femme du donataire n'est pas exceptée (2) de la disposition qui fait revenir les biens francs et quittes de toutes charges dans les mains du donateur (3). Mais comme le fait de l'inexécution des conditions doit être constaté, il faut nécessairement que la révocation soit demandée et prononcée en justice (4). 954. 956.

§. III.

De l'Ingratitude du Donataire.

Les faits d'ingratitude étant très-multipliés, et la question de savoir, si tel ou tel fait est suffisant pour opérer la révocation de la donation, pouvant occasioner une infinité de discussions, on a remédié à cet inconvénient, en déterminant d'une manière précise, autant que possible, ceux de ces faits qui peuvent donner lieu à la révocation (5).

Ces faits sont : 1°. Si le donataire (6) a attenté à la vie du donateur (7);

2°. S'il s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves (8);

3°. S'il lui a refusé des alimens (9). 955.

Les faits d'ingratitude devant être constatés, il est clair que la révocation pour cette cause doit, comme la révocation pour inexécution des conditions, être demandée et prononcée en justice. 956.

La demande n'est plus recevable, toutes les fois qu'il y a remise, expresse ou présumée, de l'injure, de la part du dona-

BIU Cujas

teur. La remise présumée résulte du silence du donateur pendant une année (1), à compter du jour où le fait d'ingratitude a pu lui être connu.

La demande en révocation ne peut être formée après la mort du donataire (2); elle peut l'être après celle du donateur, et par ses héritiers, quand il est décédé dans l'année du délit (3); à plus forte raison, peuvent-ils continuer les poursuites, quand
957. il les a commencées de son vivant.

Dans tous les cas, si la donation comprend des objets immobiliers (4), la demande en révocation doit être inscrite par extrait au bureau des hypothèques où l'acte de donation a été transcrit, et en marge de cette transcription; et ce n'est que du jour de cette inscription, que le donataire devient, à l'égard des tiers, incapable de disposer des objets donnés. En conséquence, la révocation qui seroit prononcée par la suite, ne peut préjudicier aux aliénations, hypothèques, ou autres droits réels, acquis par des tiers sur lesdits objets (5) antérieurement à l'inscription, sauf le recours du donateur contre le donataire, soit pour la restitution de la valeur des biens aliénés, eu égard au temps de la demande, soit en garantie des hypothèques, soit enfin en dommages-intérêts pour raison des droits réels qui auroient pu être accordés par ledit donataire (6).

Lorsque la révocation est ordonnée, les fruits ou intérêts sont
958. dus à compter du jour de la demande.

La révocation pour cause d'ingratitude n'a pas lieu à l'égard
959. des donations faites en faveur du mariage (7).

§. IV.

De la Survenance d'Enfans.

La révocation pour survenance d'enfans est fondée sur une présomption (8) de la loi, qui suppose toujours que le donateur qui n'a pas d'enfans, n'eût pas fait la donation, s'il eût cru en avoir un jour (9). En conséquence, toutes donations (10), quelles qu'elles soient, mutuelles (11), rémunératoires (12), etc., lors-

BIU Cujas

qu'elles sont faites par une personne qui n'a pas de postérité (1), sont toujours censées renfermer la condition qu'il ne surviendra pas d'enfans au donateur, et sont révoquées de plein droit, si l'accomplissement de la condition n'a pas lieu. 960.

Cette règle s'applique même aux donations faites en faveur du mariage, à moins qu'elles n'aient été faites par les conjoints l'un à l'autre (2), ou aux conjoints eux-mêmes par leurs ascendans (3). 960. 1096.

Cette révocation n'étant fondée, comme nous venons de le dire, que sur l'intention présumée du donateur, il s'ensuit que si la présomption ne peut avoir lieu, la donation n'est point révoquée. C'est ce qui arrive, lorsque le donateur avoit déjà des enfans ou descendans nés au moment de la donation (4), parce qu'il est certain alors qu'il a voulu préférer le donataire à sa propre postérité. 960.

La donation est également révoquée par la légitimation d'un enfant naturel, pourvu que la naissance soit aussi postérieure à la donation. *Ibid.*

La révocation pour survenance d'enfans a lieu de plein droit, c'est-à-dire par la force même de la loi (5), sans avoir besoin d'être demandée ni prononcée en justice, indépendamment de la volonté du donateur, et même malgré sa volonté contraire. De-là il suit :

Premièrement, qu'il ne faut aucun acte de sa part pour opérer la révocation. Elle peut même avoir lieu après sa mort, par la naissance d'un posthume (6); *Ibid.*

Secondement, que toute clause par laquelle il auroit été dérogé aux dispositions de la loi relativement à ce mode de révocation, est nulle et de nul effet; 965.

Troisièmement, que la donation ainsi révoquée ne peut revivre, ni par la mort de l'enfant dont la naissance a donné lieu à la révocation, ni par aucun acte confirmatif de la part du donateur; tellement que, s'il veut donner les mêmes biens au même donataire pendant la vie, ou après la mort de l'enfant dont la naissance a opéré la révocation, il ne peut le faire que par une nouvelle donation, revêtue de toutes les formalités

BIU Cujas

requises, et sans préjudice des droits acquis aux tiers dans
964. l'intervalle (1);

Quatrièmement enfin, que la donation est pareillement révoquée, quand même le donataire ne seroit entré en possession
962. des biens donnés que depuis la naissance de l'enfant. La continuation même de cette possession dans la personne, soit du donataire, soit de tout autre détenteur, ne peut empêcher la révocation, à moins que cette possession n'ait duré trente ans (2), à partir du jour de la naissance du dernier enfant du donateur (3), quand même ce seroit un posthume, et encore
966. sans préjudice des interruptions, telles que de droit (4).

La révocation, en cas de survenance d'enfans, ayant lieu par l'effet d'une condition résolutoire toujours sous-entendue, il en résulte que toute aliénation faite par le donataire est également résolue, et que les biens donnés rentrent dans le patrimoine du donateur, libres de toutes charges et hypothèques du chef du donataire ou de ses ayant-cause, même de celle de la dot et autres conventions matrimoniales de sa femme; et ce, quand même la donation auroit été faite en faveur de son mariage, insérée dans le contrat, et que le donateur se seroit obligé par
963. la donation, et comme caution, à l'exécution dudit contrat (5).

Quant aux fruits, de quelque nature qu'ils soient, le donataire ne doit que ceux qui sont échus ou perçus (6) depuis le jour que la naissance ou la légitimation de l'enfant lui a été notifiée par exploit ou autre acte en bonne forme. Mais aussi il les doit dudit jour, quand même la demande à l'effet de rentrer dans les biens donnés, n'auroit été formée que postérieure-
962. ment à cette notification (7).

CHAPITRE III.

Des Dispositions Testamentaires.

Le testament est un acte révocable et solennel, par lequel une personne dispose de tout ou partie de ses biens, pour le
895. temps où elle n'existera plus.

BIU Cujas

Nous disons *un acte révocable.* La révocabilité est de l'essence du testament. Toute disposition par laquelle le testateur s'interdiroit la faculté de révoquer son testament, seroit nulle et de nul effet (1).

Et solennel; parce que les différentes formalités exigées pour la validité des testamens, sont requises, non-seulement *ad probationem*, mais encore *ad solemnitatem* (2).

Une personne : Le testament ne peut être que l'expression de la volonté d'une seule personne : tout testament fait dans le même acte, par deux ou plusieurs personnes, soit à leur profit mutuel, soit au profit d'un tiers, est nul (3). 968.

Dispose : Cette disposition peut être faite, soit sous le titre d'institution d'héritier, soit sous le titre de legs, soit sous toute autre dénomination, propre à manifester la volonté du testateur. 967.

De tout ou partie de ses biens : Parce que le testateur peut, s'il le juge convenable, et quand même il n'auroit pas d'héritiers légitimaires, disposer d'une partie de ses biens seulement; auquel cas, le surplus appartient à ses héritiers légitimes.

Pour le temps où elle n'existera plus : Parce que le testament n'a d'effet qu'au moment du décès du testateur, qui peut jusque-là, comme nous l'avons dit, le modifier ou le révoquer à sa volonté.

Ces principes établis, nous aurons à traiter, 1°. des règles relatives à la forme des testamens;

2°. Des différentes dispositions qui peuvent avoir lieu par testament, et de leurs effets;

3°. De la révocation de ces dispositions;

4°. Enfin, nous ferons connoître les précautions prises par la loi, pour constater l'existence et assurer la conservation des testamens.

BIU Cujas

SECTION PREMIÈRE.

Des Règles relatives à la forme des Testamens, et du Testament Olographe.

Il y a trois sortes de testamens : olographe, par acte public,
969. et mystique. Ils ont cela de commun, 1°. qu'ils doivent être rédigés tous trois par écrit; et 2°. qu'ils ne peuvent être faits par signes (1).

Le testament olographe doit, à peine de nullité, être écrit en entier (2), daté (3) et signé (4) de la main du testateur;
970. mais il n'est assujetti à aucune autre forme (5); et il est valable, dans quelque situation, ou lieu, que se trouve le testateur, même chez l'étranger, et dans un pays où ces sortes de testa-
999. mens ne seroient point en usage (6).

Quant aux deux autres sortes de testamens, les circonstances peuvent être telles, qu'il soit impossible de remplir les formalités ordinaires. Tel est, par exemple, le cas d'une expédition militaire, d'un voyage maritime, etc.

Mais comme, d'un autre côté, tout est de rigueur dans le testament, et que rien de ce qui est relatif à la solennité et à l'authenticité de l'acte, ne doit être laissé à l'arbitraire, les formalités requises ont dû être modifiées par le Législateur lui-même, suivant la position dans laquelle le testateur peut se trouver. De-là, deux espèces de formalités pour tout testament autre que l'olographe : celles qui sont générales, et pour les temps et les cas ordinaires, et celles qui sont établies pour les cas d'exception. Elles ont cela de commun, que les unes et
1001. les autres doivent être observées, à peine de nullité (7).

§. I^er^.

Des Formalités ordinaires des Testamens autres que l'Olographe.

Ces formalités sont différentes, suivant que le testament est par acte public, ou dans la forme mystique.

BIU Cujas

Du Testament par Acte public.

Le testament par acte public est celui qui est reçu par deux notaires en présence de deux témoins, ou par un notaire en présence de quatre témoins (1). Les formalités de ce testament sont : 971.

1°. Qu'il soit dicté par le testateur (2) aux deux notaires, ou au notaire, s'il n'y en a qu'un seul;

2°. Qu'il soit écrit par l'un des deux notaires, ou par le notaire (3) quand il n'y en a qu'un, tel qu'il a été dicté (4);

3°. Qu'il en soit donné lecture au testateur (5), en présence des témoins (6);

4°. Qu'il soit fait mention expresse de l'observation des trois précédentes formalités (7); 972.

5°. Qu'il soit signé par le testateur, ou, s'il déclare ne savoir ou ne pouvoir signer, qu'il soit fait mention expresse de sa déclaration (8), ainsi que de la cause qui l'empêche de signer (9); 973.

6°. Enfin, qu'il soit signé par les témoins : néanmoins, dans les campagnes (10), il suffit de la signature de la moitié des témoins appelés (11). 974.

Du Testament Mystique.

Les formalités requises pour le testament mystique sont :

1°. Qu'il soit écrit et signé, ou au moins signé, par le testateur (12); cependant, s'il ne sait pas signer, ou s'il n'a pu le faire lorsqu'il a écrit ou fait écrire ses dispositions, le testament est valable, pourvu qu'il soit appelé un témoin de plus à l'acte de suscription dont il va être parlé, et qu'il soit fait mention dans cet acte, de la cause pour laquelle ce témoin a été appelé (13); 976. 977.

2°. Que le papier sur lequel le testament est écrit, ou celui qui sert d'enveloppe, soit clos et scellé (14). Cette opération peut se faire en présence du notaire et des témoins (15);

BIU Cujas

3°. Que le testateur le présente dans cet état à un notaire et à six témoins (1) au moins (2) ;

4°. Qu'il declare, en le présentant, que le contenu en ce papier est son testament, écrit et signé par lui, ou écrit par un autre (3) et signé par lui, ou écrit par un autre et non signé ;

5°. Que le notaire écrive (4) le procès-verbal de toutes ces opérations, dit *acte de suscription*, sur le papier du testament, ou sur la feuille servant d'enveloppe: cet acte doit être signé par le notaire, le testateur, et les témoins (5). Dans le cas où le testateur, qui auroit signé le testament, ne pourroit, par un empêchement survenu depuis, signer l'acte de suscription, il est fait mention de sa déclaration à cet égard ; mais il n'est pas nécessaire, pour cela, d'appeler un nouveau témoin ;

6°. Enfin, que toutes les opérations ci-dessus, depuis et y compris la présentation au notaire (6), soient faites de suite,
976. et sans divertir à autres actes (7).

Il n'est pas nécessaire, comme nous venons de le voir, que ce testament ait été signé, ni même écrit par le testateur. Mais comme il faut au moins qu'il ait pu s'assurer si la personne qui a écrit ses dispositions, les a fidèlement rédigées, il s'ensuit que celui qui ne sait ou ne peut lire (8), ne peut faire de testa-
978. ment mystique. Quant à celui qui ne peut parler, mais qui peut écrire, il peut tester de cette manière : mais alors il faut, premièrement, que le testament soit entièrement écrit, doté, et signé de sa main (9) ;

Secondement, qu'il le présente clos et scellé au notaire et aux témoins, ou qu'il le fasse clore et sceller en leur présence ;

Troisièmement, qu'il écrive, également en leur présence, au haut du papier qui doit contenir l'acte de suscription, que ce papier qu'il présente est son testament (10);

Quatrièmement enfin, que l'on observe, pour la rédaction de l'acte de suscription, toutes les formalités ci-dessus, et qu'il y soit fait mention, en outre, que le testateur a écrit, en présence du notaire et des témoins, la déclaration dont nous ve-
979. nons de parler.

~~En général~~, les témoins appelés pour les testamens, soit

BIU Cujas

mystique, soit par acte public, doivent être mâles, majeurs, regnicoles (1), et jouissant des droits civils; et de plus, s'il s'agit 980.
d'un testament par acte public (2), on ne peut prendre pour témoins, ni les légataires, à quelque titre qu'ils le soient (3), ni leurs parens et alliés (4) jusqu'au quatrième degré inclusivement (5), ni les clercs des notaires par lesquels le testament est reçu. 975.

Enfin, ne peut être témoin, en quelque temps que ce soit, celui qui a été condamné aux travaux forcés à temps, au bannissement, à la réclusion, ou au carcan (*Code Pénal*, art. 28), à moins qu'il n'ait été réhabilité. (*Code d'Instruct. Crimin.*, article 633.)

§. II.

Des Formalités des Testamens dans les cas d'exception.

Les circonstances qui ont paru de nature à nécessiter la modification des règles prescrites dans le précédent paragraphe, sont au nombre de quatre :

Service militaire,
Voyage maritime,
Maladie contagieuse,
Séjour en pays étranger.

Nous allons faire connoître les formalités qu'il suffit de remplir dans chacun de ces cas, en rappelant ce que nous avons déjà fait observer, que les règles qui suivent, ne préjudicient en rien au droit qu'a tout Français, de faire partout, quand il le veut et qu'il le peut, un testament olographe.

PREMIER CAS.

Testament Militaire.

Le testament militaire est celui qui est fait par un militaire en activité de service, ou par un individu employé dans les armées (6). Il peut être reçu :

BIU Cujas

Ou par un officier, ayant au moins le grade de chef de bataillon ou d'escadron, en présence de deux témoins;

Ou par deux sous-intendans militaires, sans témoins;

Ou par un desdits sous-intendans, en présence de deux té-
981. moins. (*Ordonnance du 29 juillet* 1817, Bulletin, n°. 2822, art. 9.)

Ou enfin, si le testateur est malade ou blessé, par l'officier de santé en chef, assisté du commandant militaire chargé de la
982. police de l'hospice.

Dans tous les cas, le testament doit être signé par le testateur, ou mention doit être faite de sa déclaration à ce sujet, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer. Il doit être signé, en outre, par ceux qui l'ont reçu; et, s'il y a des témoins, par l'un d'eux au moins, avec mention de la cause pour laquelle
998. l'autre n'a pas signé (1).

Le testament militaire peut avoir lieu, dans quelque pays que se trouve le testateur. Néanmoins, tant qu'il est sur le territoire français, il faut distinguer : Il peut tester militairement, s'il est en expédition (2), ou dans une place assiégée, ou dans un lieu quelconque dont les communications soient interrompues à cause de la guerre. Mais s'il est simplement en quartier ou en garnison dans l'intérieur, il est tenu de remplir les formes ordinaires. Dès qu'il est hors du territoire, en quartier, en garnison, ou prisonnier chez l'ennemi (3), il peut, dans tous les cas,
983. profiter du bénéfice de la loi.

Cette faveur n'étant accordée, dans ces circonstances, aux militaires et autres employés, qu'à raison de l'impossibilité dans laquelle ils se trouvent de remplir les formalités ordinaires, le testament militaire, quoique fait valablement dans le principe, devient nul à l'expiration de six mois, à compter de l'époque à laquelle le testateur est revenu dans un lieu où il peut obser-
984. ver lesdites formalités (4).

BIU Cujas

DEUXIÈME CAS.

Voyage Maritime.

Le second cas d'exception est celui du testament fait en mer, dans le cours d'un voyage, soit par les membres de l'équipage du bâtiment, soit par les simples passagers (1). 988. 995.

Nous disons *fait en mer*, *dans le cours d'un voyage*, parce qu'il faut en effet le concours de ces deux circonstances. Ainsi, même après l'embarquement, tant que le voyage n'est pas commencé, le testament ne peut être fait que dans les formes ordinaires. De même, il n'y a pas lieu à l'exception, et le testament n'est pas réputé fait *en mer*, quoiqu'il l'ait été *dans le cours du voyage*, si, au temps où il a été fait, le navire avoit abordé, soit une terre de la domination française, où il y avoit un officier public français, soit une terre étrangère. Dans le premier cas, il devra être revêtu des formes prescrites en France; et dans le second, de celles qui sont usitées dans le pays où il a été fait (2). 994.

Mais si le testament est fait en mer et dans le cours du voyage, il peut être reçu, savoir : à bord des bâtimens de l'Etat, par le commandant, ou, à son défaut, par celui qui le supplée dans l'ordre du service, assisté, l'un ou l'autre, de l'officier d'administration ou de celui qui en remplit les fonctions; et à bord des bâtimens du commerce, par l'écrivain du navire, ou celui qui en fait les fonctions, l'un ou l'autre assisté du capitaine, maître, ou patron, ou, à défaut, de celui qui le remplace (3).

Dans tous les cas, le testament est reçu en présence de deux témoins, et signé comme il a été dit pour le cas précédent. 988. 998.

Si le testateur est lui-même un de ceux qui sont désignés ci-dessus pour recevoir les testamens, le sien est reçu par celui qui vient après lui dans l'ordre du service, en se conformant, pour le surplus, aux dispositions précédentes.

Le testament doit être fait en double original (4); et si le bâtiment, avant son retour en France, aborde dans un port étranger où il se trouve un consul français, ceux qui ont reçu le testament sont tenus de déposer l'un desdits originaux, clos et 989. 990.

BIU Cujas

cacheté (1), entre les mains du consul, qui le fait parvenir au Ministre de la marine, lequel en fait faire le dépôt au greffe de
991. la justice de paix du domicile du testateur.

Au retour du bâtiment dans un port de France, celui de l'armement ou tout autre, les deux originaux, clos et cachetés, ou celui qui reste, si l'autre a été déposé dans le cours du voyage, sont remis au bureau du préposé à l'inscription maritime, qui les fait passer sans délai au Ministre de la marine, lequel en or-
992. donne le dépôt comme dessus.

Mention est faite, en outre, sur le rôle d'équipage, à la marge (2) du nom du testateur, de la remise desdits originaux, soit dans un port de France, soit dans un port étranger,
993. si elle a eu lieu.

Il faut d'ailleurs observer, à l'égard de ces testamens (3):

1°. Qu'ils ne peuvent contenir aucune disposition au profit des officiers du bâtiment, à moins qu'ils ne soient parens du
997. testateur;

2°. Qu'ils ne sont valables qu'autant que le testateur décède en mer, ou dans les trois mois après qu'il est débarqué dans un
996. lieu où il a pu tester suivant les formes ordinaires (4).

TROISIÈME CAS.

Maladie contagieuse.

Ceux qui se trouvent dans un lieu, avec lequel toute communication est interceptée pour raison de maladie contagieuse,
986. peuvent, quand même ils n'en seroient pas encore attaqués, faire leur testament devant le juge de paix, ou devant l'un des
985. officiers municipaux de la commune (5), l'un ou l'autre assisté de deux témoins; les signatures comme dans le cas du testament
998. militaire.

Ces testamens deviennent nuls à l'expiration de six mois, après que les communications ont été rétablies, ou que le testateur
987. a passé dans un lieu où elles ne sont point interceptées.

BIU Cujas

QUATRIÈME CAS.

Testament fait dans l'étranger.

Le Français peut tester en pays étranger, avec les formes usitées dans le pays où il se trouve (1). Il peut également, comme nous l'avons dit, faire partout un testament olographe. Mais, 999.
dans tous les cas, son testament ne peut être exécuté sur les biens qu'il a en France, qu'après avoir été enregistré au bureau de son domicile, s'il en a conservé un; sinon, au bureau de son dernier domicile connu (2): et, s'il a disposé d'immeubles situés en France, il faut, en outre, que le testament soit enregistré au bureau de la situation de ces immeubles, sans qu'il puisse cependant être exigé un double droit. 1000.

SECTION II.

Des différentes Dispositions qui peuvent avoir lieu par Testament, et de leurs Effets (3).

Les dispositions testamentaires peuvent avoir trois objets différens. En effet, ou elles concernent le testateur seul; telles sont, celles par lesquelles il détermine le lieu et le mode de ses obsèques, le monument qu'il veut qu'on lui érige, etc. : ou elles ont pour objet de gratifier un individu; et alors on les désigne plus particulièrement sous le nom de *legs* : ou enfin, le testateur, a voulu pourvoir lui-même à l'exécution de son testament, par la désignation d'une ou de plusieurs personnes chargées d'y veiller.

Il ne paroît pas nécessaire de s'arrêter sur les dispositions de la première espèce. Il suffit de savoir qu'elles doivent être exécutées fidèlement par celui qui en est chargé, à moins qu'elles ne soient physiquement ou moralement impossibles. Nous ne traiterons donc avec détail que des deux dernières espèces.

§. I^er^.

Des Legs en général.

On nomme, en général, *legs*, toute donation faite par testament. Il est, au surplus, indifférent que le testateur se serve du

BIU Cujas

mot *legs*, *institution d'héritier*, ou de toute autre dénomination.

1002.

Ces dispositions peuvent embrasser la totalité du disponible, ou une partie aliquote de ce même disponible (1), ou un objet particulier.

1003. Dans le premier cas, elles se nomment *legs universels*;

Dans le second, *legs à titre universel* (2);

1010. Dans le troisième, *legs particuliers* (3).

Chacune de ces espèces a des règles qui lui sont propres: mais, avant de les exposer, il est bon de connoître les principes qui leur sont communs.

Le legs, en général, est pur et simple, à terme, ou conditionnel.

Le legs est pur et simple, toutes les fois que le testateur n'a apposé ni terme, ni condition, à l'exécution de sa disposition. Ce legs donne au légataire (4), s'il survit au testateur, et du jour du décès de ce dernier, un droit en la chose léguée (5); droit qu'il transmet à ses héritiers ou ayant-cause, s'il vient à

1014. mourir avant d'avoir été mis en possession.

Le legs est à terme, quand le testateur a fixé un délai pour l'exécution de sa disposition. L'effet de ce legs est le même que celui du legs pur et simple, quant au droit du légataire sur la chose, et à la transmission à ses héritiers. La seule différence, c'est qu'il ne peut exiger la délivrance qu'à l'expiration du délai fixé (6).

Quant au legs conditionnel, il faut distinguer: S'il est vraiment conditionnel, c'est-à-dire, si la disposition est telle, qu'il paroisse avoir été dans l'intention du testateur qu'elle n'ait d'effet qu'autant que l'événement arrivera (7), le droit du légataire ne peut naître avant l'événement de la condition (8). De-là il suit que, s'il meurt avant cet événement, il ne transmet rien à ses

1040. héritiers (9).

Mais si le testateur n'a voulu que suspendre jusqu'à l'événement l'exécution de sa disposition (10), alors le legs est censé pur et simple quant à la transmission aux héritiers du légataire, et

1041. à terme, pour ce qui concerne l'exigibilité.

BIU Cujas

Dans tous les cas, si les légataires craignent que la confusion du patrimoine de la succession avec celui de l'héritier ne préjudicie à leurs droits, ils peuvent en demander la séparation ; et ils ont, tant à l'égard de cette demande, que pour la conservation de leur privilége, le même droit que les créanciers de la succession (1). 2111.

Il résulte des principes que nous venons d'établir, que les héritiers du légataire n'ont de droit au legs, qu'autant que leur auteur a survécu au testateur, ou à l'événement de la condition (2), suivant que le legs est pur et simple (3), ou réellement conditionnel; faute de quoi, la disposition est caduque (4). Elle l'est également par la répudiation valable ou l'incapacit é du légataire (5). 1039. 1040. 1043.

Dans ces différens cas, la chose ou la quantité léguée reste aux héritiers du testateur, ou à ceux qui étoient chargés de la prestation du legs (6), sauf le cas de substitution vulgaire et celui d'accroissement (7).

Nous verrons au Chapitre IV du présent Titre, quand il y a substitution vulgaire.

Le droit d'accroissement est, en général, le droit de réunir à sa portion la part de celui qui ne peut, ou ne veut la recueillir.

A sa portion : Parce que le droit d'accroissement, comme le mot l'indique, n'a lieu qu'en faveur de celui qui a déjà recueilli une portion de l'objet à l'égard duquel le droit s'exerce.

Qui ne peut ou ne veut, etc. : Parce que le droit d'accroissement a lieu, dans les cas prévus par la loi, de quelque manière que le legs de l'autre portion vienne à défaillir, soit par le prédécès du légataire, soit par son incapacité, ou même par sa répudiation (8).

Il n'y a lieu au droit d'accroissement (9), que quand le legs d'une même chose a été fait à plusieurs conjointement; ce qui arrive dans deux cas :

1°. Lorsqu'une chose a été léguée à plusieurs, par une seule et même disposition (10), et sans que la part de chacun ait été assignée (11); 1044.

2°. Lorsqu'une chose, non susceptible d'être divisée sans dété-

BIU Cujas

rioration (1), est donnée par le même acte (2), à plusieurs per-
1045. sonnes, même séparément.

Dans ces deux cas, il y a lieu, comme nous l'avons dit, au droit d'accroissement, c'est-à-dire, que la part de celui qui ne recueille pas le legs, pour quelque raison que ce soit, appartient exclusivement à celui ou à ceux auxquels le legs a été fait conjointement avec lui (3).

Quand le legs est sujet à délivrance (4), la demande, s'il y en a une de formée, doit être portée devant le tribunal du lieu où
Pr. 59. la succession est ouverte; les frais de cette demande sont à la charge de la succession, pourvu qu'il n'en résulte pas de diminution de la réserve légale (5). Les droits d'enregistrement auxquels sont sujettes toutes les dispositions testamentaires, sont dus par les légataires; le tout, à moins qu'il n'en ait été autrement ordonné par le testateur. Il n'est pas, d'ailleurs, nécessaire que le testament soit enregistré en totalité (6); et chaque disposition peut l'être séparément, sans que cela puisse profiter à celles
1016. qui ne l'ont pas été.

Ces principes généraux établis, nous allons faire connoître ceux qui sont relatifs à chaque espèce de legs en particulier.

§. II.

Du Legs universel.

Le legs universel est celui par lequel le testateur donne à une ou plusieurs personnes (7) l'universalité des biens dont il
1003. peut disposer.

Les effets de cette disposition varient suivant la qualité des héritiers légitimes.

Si le testateur laisse des héritiers légitimaires (8), ils sont, nonobstant toute disposition universelle, saisis de plein droit, par sa mort, de tous les biens de la succession; et la délivrance du legs universel doit, en conséquence, leur être demandée par
1004. le légataire (9).

L'obligation de demander la délivrance ne préjudicie cependant en rien à la jouissance du légataire, qui a toujours droit

BIU Cujas

aux fruits, à compter du jour du décès, si la demande en délivrance a été formée dans l'année; sinon, du jour de la demande, ou du jour que la délivrance a été volontairement consentie (1). 1005.

Quant aux dettes, il en est tenu personnellement pour sa part et portion (2), et hypothécairement pour le tout (3): et il est, de plus, chargé d'acquitter tous les legs (4), sauf réduction, si elle a lieu (5). 1009.

S'il n'y a point d'héritiers légitimaires, le légataire universel est saisi, par la mort du testateur, de tous les biens composant la succession, sans être obligé de demander la délivrance (6); et il est tenu de toutes les dettes (7) et de tous les legs (8) sans distinction. Dans ce cas, la saisine a lieu de plein droit, si le testament est par acte public (9); mais s'il est olographe ou mystique (10), le légataire, quoique saisi de la propriété de toute la succession, est néanmoins tenu de se faire envoyer en possession par une ordonnance du Président du Tribunal (11). 1006. 1008.

§. III.

Du Legs à titre universel.

Le legs à titre universel est celui par lequel le testateur dispose, soit en pleine propriété, soit en usufruit seulement,

Ou d'une partie aliquote de la portion disponible,

Ou de tous ses immeubles (12),

Ou de tout son mobilier, 1010.

Ou d'une partie aliquote de tous ses immeubles ou de tout son mobilier.

Le legs de l'universalité de la succession, mais en usufruit seulement, seroit encore regardé comme un legs à titre universel (13). 612.

Les légataires à titre universel sont tenus de demander la délivrance (14) aux héritiers légitimaires, s'il en existe: à défaut, aux légataires universels (15); et s'il n'y a ni légitimaires ni légataires universels, aux héritiers légitimes. 1011.

BIU Cujas

Les légataires à titre universel en pleine propriété sont tenus des dettes et charges de la succession, personnellement pour
871. 1012. leur part et portion, et hypothécairement pour le tout (1). Cependant, quant au payement des legs, il faut distinguer : S'il existe des héritiers légitimaires, et que la totalité des legs, y compris ceux qui sont à titre universel, égale ou excède la portion disponible, les légataires à titre universel sont seuls tenus (2) d'acquitter les legs particuliers, sauf réduction, s'il y a lieu. Mais si la portion disponible n'est pas entièrement absorbée, ils ne sont tenus d'acquitter les legs que par contri-
1013. bution avec les héritiers légitimaires. Il en est de même, s'ils concourent avec des légataires universels seuls, ou avec des héritiers légitimes, mais non légitimaires, quel que soit, dans ces deux cas, le montant des dispositions (3).

Lorsque le legs à titre universel est seulement en usufruit, le légataire doit contribuer aux dettes (4) de la manière suivante :

Si l'usufruit frappe sur l'universalité des biens de la succession, le légataire doit avancer la somme nécessaire pour le payement de toutes les dettes et charges ; laquelle somme lui est remboursée par l'héritier, ou par le légataire universel de la nue-propriété, à la fin de l'usufruit, sans intérêt.

S'il ne veut pas faire cette avance, le propriétaire a le choix, ou de la faire lui-même ; et alors l'usufruitier est tenu de lui en payer les intérêts tant que dure l'usufruit : ou de faire vendre jusqu'à due concurrence, une portion des biens soumis à l'usufruit (5).

Lorsque le legs d'usufruit ne porte que sur une partie aliquote, soit de la succession totale, soit des immeubles, soit du mobilier, on suit la même marche que ci-dessus, sauf que le légataire ne doit contribuer aux dettes et charges que dans la
612. proportion de la partie de biens dont il a l'usufruit.

Mais, dans les deux cas, le légataire est tenu d'acquitter, soit en total, s'il a l'usufruit universel, soit à raison de sa quote-part, et toujours sans répétition, les arrérages des rentes viagères ou pensions alimentaires léguées par le testateur (6), qui
610. échoient pendant sa jouissance.

BIU Cujas

§. IV.

Du Legs particulier.

Le legs particulier est celui par lequel le testateur dispose, soit d'une somme déterminée, soit d'un ou de plusieurs objets désignés (1), et faisant partie de sa succession.

Nous disons *désignés :* Il n'est cependant pas nécessaire que la désignation soit individuelle. Il suffit qu'elle ait lieu, quant à l'espèce seulement ; et alors, si le testateur n'a pas donné expressément le choix au légataire, il appartient à l'héritier (2), qui ne peut cependant offrir une chose de la plus mauvaise qualité, comme il n'est pas obligé de la donner de la meilleure (3). 1022.

Faisant partie de sa succession : Parce que le legs de la chose d'autrui est nul, soit que le testateur ait su, ou non, qu'elle ne lui appartenoit pas (4). 1021.

Les legs ayant, en général, pour objet, comme nous l'avons dit, de gratifier ceux en faveur de qui ils sont faits, il s'ensuit qu'ils doivent être avantageux aux légataires. En conséquence, le legs fait par un débiteur à son créancier n'est point censé fait en compensation de la créance, ni le legs fait par un maître à son domestique, en compensation des gages qui peuvent lui être dus (5). 1023.

Le légataire particulier, même lorsque le legs est pur et simple et d'un corps certain, ne peut se mettre lui-même en possession de la chose léguée ; mais il est tenu d'en demander la délivrance (6), dans l'ordre établi pour les légataires à titre universel (7) ; et il ne peut prétendre les fruits ou intérêts (8), que du jour de cette demande, ou du jour que la délivrance lui a été volontairement consentie (9). 1014.

Il y a cependant deux cas dans lesquels les fruits ou intérêts courent au profit du légataire, du jour du décès, et sans demande :

1°. Lorsque le testateur a expressément déclaré sa volonté à cet égard dans son testament (10) ;

BIU Cujas

Et 2°. lorsque le legs est d'une rente viagère ou d'une pension,
1015. et qu'il a été fait à titre d'alimens (1).

Les legs particuliers doivent être acquittés par les héritiers légitimes ou institués, qui en sont tenus personnellement, en raison de leur part héréditaire, et hypothécairement pour le tout (2) jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles de la succession dont ils sont détenteurs. Néanmoins, si le testateur a chargé une seule personne d'acquitter le legs, elle en est
1017. seule tenue (3).

Lorsque le legs est d'un corps certain, l'héritier, ou autre débiteur du legs, ne doit absolument que la chose même qui est léguée. En conséquence, il est libéré, et le legs est caduc, si la chose est périe totalement (4), soit avant, soit depuis la mort du testateur, pourvu, dans ce dernier cas, que la perte ne provienne point du fait (5) ou de la faute (6) de l'héritier. Ce dernier n'est même point tenu de la perte de la chose arrivée après qu'il a été mis en demeure, s'il peut prouver qu'elle eût également
1042. péri entre les mains du légataire (7).

Si l'objet existe, il doit être délivré avec les accessoires nécessaires (8); et si l'objet, donné entre-vifs ou par testament, est une terre, les bestiaux et ustensiles servant à son exploitation
1064. sont toujours censés compris dans la donation. La chose léguée doit également être délivrée dans l'état où elle se trouvoit au
1018. jour du décès du testateur (9). Si donc elle étoit, à ce moment, grevée d'un usufruit, ou hypothéquée pour une dette quelconque, antérieure ou postérieure au testament, le légataire ne peut demander qu'elle soit dégagée (10), qu'autant que le
1020. testateur l'a expressément ordonné (11). Mais si, par suite de l'action hypothécaire, il est obligé de payer, comme il n'est
871. } pas tenu des dettes, il demeure subrogé aux droits du créan-
1024. } cier (12) contre les héritiers ou autres successeurs à titre uni-
874. versel.

Cette disposition s'applique, à plus forte raison, au légataire particulier en usufruit, qui a également, son recours dans le
611. même cas.

Par suite du principe que la chose léguée doit être délivrée

BIU Cujas

telle qu'elle se trouve au moment du décès, le légataire d'un immeuble a droit à tous les embellissemens et à toutes les constructions (1) faits par le testateur sur le fonds légué, depuis l'époque du testament.

Il n'en est pas de même des acquisitions faites depuis le testament, et qui ont augmenté l'étendue du fonds légué : elles ne sont point censées faire partie du legs, quand même elles seroient contiguës au fonds, à moins que ce fonds ne soit un enclos (2), et qu'elles n'aient servi à en augmenter l'enceinte (3). 1019.

§. V.

De l'Exécution Testamentaire.

Nous avons dit que le testateur pouvoit charger une ou plusieurs personnes de veiller à l'exécution de ses volontés. Ces personnes se nomment *exécuteurs testamentaires* (4). 1025.

Ces exécuteurs ne sont plus, comme autrefois en pays coutumier, saisis, de droit, du mobilier de la succession. Cependant le testateur peut ordonner qu'ils auront cette saisine (5), en tout ou en partie; mais elle ne peut durer au-delà de l'an et jour, à compter du décès (6). Dans ce cas, s'ils sont plusieurs, 1026. et qu'ils aient tous accepté (7), ils sont solidairement responsables (8), à moins que le testateur n'ait divisé leurs fonctions, et que chacun ne se soit renfermé soigneusement dans celle qui lui étoit attribuée. 1033.

Dans tous les cas, l'héritier peut toujours faire cesser la saisine, en justifiant de l'exécution des volontés du testateur, relatives au mobilier (9), ou en offrant aux exécuteurs de leur remettre une somme suffisante à cet effet. 1027.

L'exécution testamentaire étant une marque de la confiance du défunt, confiance qui est purement personnelle, elle cesse entièrement par la mort de celui à qui elle avoit été déférée (10), et ne passe point à ses héritiers, qui sont néanmoins tenus, en cette qualité, de la gestion antérieure au décès. 1032.

Les fonctions des exécuteurs testamentaires sont :

BIU Cujas

1°. De faire apposer les scellés, s'il y a lieu (1);

2° De faire procéder, en présence des héritiers (2), ou eux dûment appelés, à l'inventaire des biens de la succession;

3°. De veiller à ce que le testament soit exécuté (3). Ils peuvent même, en cas de contestation sur son exécution, intervenir pour en soutenir la validité;

4°. De provoquer la vente du mobilier, s'il n'y a pas de deniers suffisans pour l'acquittement des legs (4);

5°. Enfin, de rendre compte de leur gestion à l'expiration de
1031. l'année du décès. On doit leur allouer, dans ce compte, tous les frais légitimement faits par eux, relativement à l'exécution dont
1034. ils ont été chargés (5).

Au surplus, lorsqu'il y a plusieurs exécuteurs testamentaires, et qu'ils ont tous accepté (6), un seul peut agir au défaut
1033. des autres, sauf leur responsabilité commune et solidaire.

La charge d'exécuteur testamentaire impose, comme nous venons de le voir, plusieurs obligations. En conséquence, ce-
1028. lui qui ne peut s'obliger, ne peut être exécuteur testamentaire.

Ainsi, le mineur (7) ne peut l'être, même avec l'autorisation
1030. de son tuteur ou curateur (8). La femme mariée et commune en biens ne peut accepter l'exécution testamentaire, qu'avec l'autorisation de son mari (9). Si elle est séparée contractuellement ou judiciairement, elle peut, au refus de son mari, l'accep-
1029. ter avec l'autorisation de justice (10).

SECTION III.

De la Révocation des dispositions testamentaires.

Les dispositions testamentaires, peuvent être révoquées par le fait du testateur, ou par celui du légataire.

La révocation par le fait du testateur (11) est expresse ou tacite.

Elle est expresse, quand le testateur s'est expliqué formellement à cet égard, soit dans un testament postérieur (12), soit dans un acte notarié quelconque, portant déclaration du chan-

BIU Cujas

gement de volonté (1). La révocation, dans ce cas, peut être totale ou partielle. 1035.

Elle est tacite, 1°. lorsque le testateur a anéanti son testament, ou l'a mis dans un état où il ne puisse plus être regardé comme tel (2);

2°. Lorsqu'il existe un testament postérieur, ne contenant pas de révocation expresse. Mais, dans ce cas, la révocation n'a lieu que pour les dispositions du premier testament qui se trouvent incompatibles avec celles du second, ou qui leur sont contraires (3) : comme aussi, elle a son effet, quand même les 1036. nouvelles dispositions resteroient sans exécution, par l'incapacité ou le refus du second légataire (4); 1037.

3°. Lorsque le testateur a aliéné la chose léguée (5), quand même l'aliénation auroit été faite par échange, ou avec faculté de rachat (6), ou qu'elle auroit été déclarée nulle, et que l'objet seroit rentré depuis dans la main du testateur. 1038.

La révocation a lieu par le fait du légataire,

1°. Par le défaut d'accomplissement des charges qui lui ont été imposées;

2°. Pour cause d'ingratitude (7), dans les cas suivans :

S'il a attenté à la vie du testateur;

S'il s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits, ou injures graves; 1046.

S'il a commis une injure grave envers sa mémoire (8) : dans ce dernier cas, la demande en révocation doit être intentée dans l'année, à compter du jour du délit (9). 1047.

SECTION IV.

Des Formalités prescrites pour constater l'existence et assurer la conservation des Testamens.

Comme il importe de s'assurer, dès le principe, s'il existe un testament, et de prendre en même temps les précautions nécessaires pour en constater l'état et en empêcher la suppression, il a été prescrit à ce sujet des dispositions particulières.

BIU Cujas

En conséquence, lorsque le juge de paix se présente pour l'apposition des scellés, si l'existence d'un testament lui est annon-
Pr. 917. cée, il doit préalablement en faire perquisition; et s'il en trouve un, ou même s'il se rencontre un papier cacheté quelconque, il doit remplir les formalités suivantes :

D'abord il constate la forme extérieure du paquet, le sceau et la suscription, s'il y en a; paraphe l'enveloppe avec les parties présentes, si elles le savent et le peuvent; et indique les jour et heure auxquels le paquet sera par lui présenté au Président du Tribunal. Il fait mention du tout sur son procès-verbal, lequel est signé des parties; sinon, mention est faite de
Pr. 916. leur refus, ou de la cause qui les empêche de signer.

Aux jour et heure indiqués, et sans qu'il soit besoin d'assignation, le paquet est présenté par lui au Président, lequel en
Pr. 918. fait l'ouverture; et si c'est un testament, ou autres papiers concernant la succession (1), il en constate l'état par un procès-verbal, et en ordonne le dépôt entre les mains d'un notaire par
1007. lui commis.

Si le testament est trouvé ouvert, le juge de paix en constate l'état, et se conforme, pour le surplus, aux dispositions
Pr. 920. ci-dessus.

Si la suscription annonce un testament mystique, les mêmes formalités doivent avoir lieu, sauf que l'ouverture ne peut se faire qu'en présence de ceux des notaire et témoins (2), signataires de l'acte de suscription, qui se trouvent sur les lieux, ou
1007. eux dûment appelés.

CHAPITRE IV.

Des Dispositions à charge de restituer, ou, Substitutions fidéicommissaires (3).

Nous connoissons actuellement deux espèces de substitutions, la vulgaire et la fidéicommissaire.

La substitution vulgaire est celle par laquelle, après une institution, legs, ou donation, en faveur d'une personne, le

BIU Cujas

donateur dispose du même objet en faveur d'un second individu, pour le cas où le premier ne voudroit ou ne pourroit pas recueillir (1). Cette disposition est permise. 898.

La substitution fidéicommisssire, est celle par laquelle l'héritier institué (2), le légataire ou le donataire, qui recueille la disposition, est chargé de rendre à un tiers (3) tout ou partie des biens qui en proviennent. Cette substitution est également permise, lorsque le donataire, etc., est chargé de rendre de suite (4); mais s'il est chargé de conserver, et de rendre seulement après un certain temps, ou à son décès, la disposition est nulle, même à son égard (5). 896.

Il faut, au surplus, bien se garder de confondre avec cette disposition, celle par laquelle l'usufruit d'une chose seroit donné à l'un, et la nue-propriété à l'autre (6). Ce sont alors deux donations distinctes, dont l'effet est de transférer à chaque donataire, dans le même moment, la propriété irrévocable de ce qui lui est donné (7). 899.

Mais, en établissant la prohibition générale dont nous venons de parler, le Législateur a considéré la situation pénible d'un aïeul ou d'un oncle, mourant avec la perspective affligeante d'une postérité plongée dans la misère par les déportemens d'un père dissipateur; et il s'est déterminé à admettre l'exception dont nous allons exposer les principes et les effets. 897.

Nous verrons dans une première section, les cas dans lesquels la substitution fidéicommissaire peut avoir lieu, et les conditions nécessaires pour sa validité; et dans une seconde, les obligations qu'elle impose au grevé, ainsi que les droits qui en résultent en faveur des appelés.

SECTION PREMIÈRE.

Des Conditions nécessaires pour la validité des Substitutions.

Les dispositions à charge de conserver et de rendre, peuvent être faites par actes entre-vifs (8) ou par testament, par les père 1048.
et mère, ainsi que par les frères et sœurs du grevé, pourvu toutefois que ces derniers n'aient pas de descendans directs (9). 1049.

BIU Cujas

Les frères et sœurs jouissent même de ce droit d'une manière plus étendue que les père et mère. Car la loi n'ayant pas établi de réserve en faveur des collatéraux, il en résulte qu'ils peuvent faire porter la charge de restitution sur la totalité de ce
1049. qui revient aux grevés (1), tandis que la substitution faite par les père et mère ne peut frapper que sur la portion disponi-
1048. ble (2).

Mais, dans les deux cas, pour que la substitution soit valable, il faut 1°. qu'elle ait lieu en faveur de tous les enfans du grevé, nés et à naître, sans exception, ni préférence d'âge ou
1050. de sexe (3);

1048. 2°. Qu'elle ne passe pas le premier degré (4); cependant les descendans de l'appelé prédécédé ont le droit de recueillir la portion de leur père, quand même il existeroit d'autres enfans
1051. au premier degré (5);

3°. Que, si elle a lieu entre-vifs, elle soit faite par l'acte même qui contient la disposition au profit du grevé. Si, cependant, le donataire sans charge de restitution accepte une nouvelle libéralité, faite par acte entre-vifs ou testamentaire, qui renferme la condition que les biens précédemment donnés demeureront grevés de restitution (6), il ne peut plus diviser les deux dispositions (7), quand même il offriroit de renoncer à la
1052. seconde, et de rendre les biens qui y sont compris (8).

SECTION II.

Des Obligations du Grevé, et du Droit des Appelés.

Il est de principe que les appelés n'ont aucune espèce de droit sur les biens sujets à restitution, tant que dure la jouissance du grevé (9). Leur droit, à cet égard, ne s'ouvre donc que du moment où cette jouissance vient à cesser, de quelque manière que ce soit (10), même par l'abandon anticipé que leur en feroit le grevé (11); sans néanmoins que cet abandon puisse préjudi-
1053. cier aux droits de ses créanciers, antérieurs audit abandon (12), ni à ceux des tiers acquéreurs des biens substitués.

BIU Cujas

Quant au grevé, il faut bien se garder de confondre son droit avec celui d'un simple usufruitier. Nous avons déjà vu, au commencement de ce chapitre, la distinction formelle que la loi établit entre la substitution et la disposition par laquelle l'usufruit seroit donné à l'un, et la nue-propriété à l'autre : et en effet, le grevé est réellement propriétaire des biens substitués, tellement que, son décès arrivant sans postérité, les aliénations faites, ou les hypothèques consenties, par lui, sont irrévocables. Mais comme cette propriété peut être résolue par la survie de ses enfans, et qu'elle est conséquemment incertaine dans sa personne, jusqu'au moment de son décès, il en résulte que ses obligations sont à-peu-près les mêmes que celles de l'usufruitier (1). De là, plusieurs formalités, dont les unes, prescrites dans l'intérêt des appelés, ont pour objet de constater la quotité des biens compris dans la substitution, et d'en assurer la conservation aux appelés; et les autres, de prévenir les surprises qui pourroient avoir lieu à l'égard des tiers.

Nous traiterons, dans les deux paragraphes suivans, de ces deux espèces de formalités; en faisant observer préalablement que, ni la minorité du grevé, ni l'insolvabilité de son tuteur, ne peuvent le faire restituer contre l'inexécution des règles qui lui sont prescrites par ces deux paragraphes. 1074.

§. Ier.

Des Formalités prescrites dans l'intérêt des Appelés.

La première de ces formalités est la nomination d'un tuteur à la substitution. Ce tuteur est chargé de veiller à l'exécution de toutes les formalités contenues dans ce paragraphe et le suivant; et il est personnellement responsable de leur inexécution (2). Il l'est également, s'il ne fait pas toutes les diligences nécessaires pour que, le cas de la restitution arrivant (3), elle soit bien et fidèlement opérée (4). 1073.

Le tuteur peut être nommé par le disposant lui-même, soit dans l'acte contenant la disposition, soit dans un acte posté-

BIU Cujas

1055. rieur, pourvu qu'il soit authentique (1). A défaut de tuteur nommé par le disposant (2), il est procédé à cette nomination (3), à la diligence du grevé, ou de son tuteur s'il est mineur; et ce, dans le délai d'un mois, à compter du décès du disposant (4), ou du jour que l'acte contenant la disposition a
1056. été connu, postérieurement à son décès. De quelque manière que le tuteur ait été nommé, il ne peut se dispenser que pour
1055. une des causes exprimées au Titre *de la Minorité, etc.*

Faute par le grevé d'avoir satisfait à l'obligation de faire nommer un tuteur, il est déchu du bénéfice de la disposition (5), et le droit aux biens substitués peut être déclaré ouvert (6) au profit des appelés, à la diligence, soit des appelés eux-mêmes s'ils sont majeurs, soit de leur tuteur ou curateur s'ils sont mineurs ou interdits, soit d'un de leurs parens, soit enfin d'office, à la diligence du Procureur du Roi près le Tribunal de l'ouver-
1057. ture de la succession.

Le tuteur nommé, il doit être procédé, en sa présence, et dans les formes ordinaires, à l'inventaire de tous les biens et
1058. effets composant la succession du disposant (7). Il doit être fait
1059. à la requête du grevé en présence du tuteur à la substitution; et faute par le grevé d'y avoir satisfait dans le délai fixé au Titre
1060. *des Successions*, il y est procédé à la diligence dudit tuteur, ou enfin, à défaut (8) de ce dernier, à la diligence des personnes désignées ci-dessus pour provoquer l'ouverture du droit en faveur des appelés en cas de déchéance du grevé (9). Dans tous
1061. les cas, le grevé, ou celui qui le représente, doit y être appelé.

L'inventaire doit contenir la prisée, à juste prix, et sans crue, des effets mobiliers. Les frais sont pris sur les biens com-
1058. 1059. pris dans la disposition.

Lorsque la quotité et la nature des biens compris dans la substitution sont déterminées, il reste à prendre les mesures nécessaires pour en assurer la conservation aux appelés.

Pour ce qui concerne les immeubles, le droit des appelés est suffisamment à couvert par la disposition qui exige la transcription de la substitution, ainsi qu'il est dit au §. suivant, et qui ôte par là au grevé le droit de les aliéner, ou de les hypothéquer

BIU Cujas

irrévocablement (1) au préjudice des appelés. Cependant le donateur peut ordonner (2) qu'en cas d'insuffisance des biens libres du grevé, la femme de ce dernier pourra exercer un recours subsidiaire sur les biens substitués; auquel cas, ce recours ne peut avoir lieu que pour le capital (3) des deniers dotaux seulement (4). 1054.

Mais la même prohibition d'aliéner ne pouvant avoir lieu à l'égard des meubles qui n'ont pas de suite, il a été nécessaire de 2119.
prendre à ce sujet des mesures particulières. Ces mesures sont à-peu-près les mêmes que celles qui sont prescrites relativement au mobilier des mineurs.

Ainsi, il doit être procédé, à la requête du grevé, à la vente aux enchères, et après affiches (5), de tous les meubles et effets compris dans la disposition, à l'exception cependant de ceux 1062.
dont le donateur a ordonné la conservation en nature, et qui doivent être rendus dans l'état où ils se trouvent au moment de la restitution (6). 1063.

Le grevé est également dispensé de faire vendre les bestiaux et ustensiles servant à l'exploitation des terres. Il est seulement tenu de les faire priser et estimer, et d'en rendre une égale valeur (7) lors de la restitution. 1064.

Les deniers provenant de la vente des meubles et du remboursement des effets actifs, sont réunis aux deniers trouvés dans la succession; et le grevé est tenu de faire emploi du tout, dans le délai de six mois, à compter de la clôture de l'inventaire, sauf prolongation, s'il y a lieu. Il doit également faire 1065.
emploi des deniers provenant des remboursemens opérés pendant sa jouissance, et ce, dans les trois mois au plus (8), à compter de la date desdits remboursemens. 1066.

Si le donateur a désigné le mode d'emploi, l'on doit se conformer à ce qu'il a prescrit (9). S'il n'a rien déterminé à cet égard, l'emploi ne peut être fait qu'en immeubles, ou avec privilége sur des immeubles, et, dans tous les cas, en présence et 1067.
à la diligence du tuteur à la substitution. 1068.

BIU Cujas

§. II.

Des Formalités prescrites dans l'intérêt des tiers.

L'intérêt des tiers exige que la plus grande publicité soit donnée aux dispositions à charge de restituer. Pour parvenir à ce but, il est ordonné, s'il y a des immeubles (1), que les actes portant substitution soient transcrits (2) aux bureaux des hypothèques du lieu de la situation desdits immeubles. S'il y a des deniers comptans, la substitution est suffisamment rendue publique, pour ce qui concerne ces deniers, par l'inscription (3) prise sur les biens affectés au privilége résultant de l'emploi qui en a été fait. Ces transcription et inscription sont faites à
1069. la diligence, soit du grevé, soit du tuteur à la substitution.

La transcription et l'inscription étant les seuls moyens légaux de donner aux substitutions la publicité convenable, elles ne peuvent être suppléées par aucun autre acte. En conséquence, quelque connoissance que les créanciers, tiers acquéreurs (4), ou autres, aient eue d'ailleurs de la substitution, ils peuvent toujours opposer aux appelés, même mineurs ou
1071. interdits, le défaut de transcription ou d'inscription, sauf le recours des appelés contre le grevé et le tuteur à la substitution; mais sans qu'ils puissent être restitués contre le défaut de transcription, etc., quand même le tuteur et le grevé se trouveroient
1070. insolvables.

Dans aucun cas, cependant, les donataires, légataires, ou même héritiers légitimes, de celui qui a fait la disposition, ne peuvent opposer aux appelés le défaut de transcription ou d'inscription. Il en est de même de leurs donataires, légataires ou
1072. héritiers légitimes (5).

CHAPITRE V.

Des Donations faites aux époux par contrat de mariage.

Nous avons déjà eu occasion de faire observer que la faveur du contrat de mariage le rendoit susceptible de dispositions qui ne sont admises dans aucun autre acte.

BIU Cujas

Par suite de la même faveur, les donations qui y sont faites, soit par l'un des époux à l'autre, soit aux époux par des tiers, ne sont point, en général, assujetties à des conditions et formalités aussi rigoureuses que celles qui sont énoncées au chapitre II du présent Titre. Nous allons faire connoître les règles qui leur sont particulières, et les différences qui en résultent, entre ces sortes de donations et les donations entre-vifs proprement dites.

Nous verrons, dans le présent chapitre, ce qui concerne les donations faites aux époux par des tiers; et dans le chapitre suivant, nous traiterons de celles qui sont faites respectivement par les époux.

Les donations faites aux époux par contrat de mariage diffèrent des donations entre-vifs proprement dites, en ce que,

1°. elles ne peuvent être annullées pour défaut d'acceptation; 1087.

2°. Etant toujours supposées faites sous la condition du mariage, elles sont caduques, si le mariage ne s'ensuit pas (1); 1088.

3°. Elles ne sont point révocables pour cause d'ingratitude (2); 959.

4°. Elles peuvent être faites sous des conditions dont l'exécution dépende de la volonté du donateur (3). En conséquence, s'il s'est réservé la faculté de disposer d'un objet compris (4) dans une donation, même de biens présens, et entre-vifs, ou d'une somme fixe à prendre sur les biens qui la composent, et qu'il meure sans en avoir disposé, l'objet et la somme sont censés compris dans la donation, et appartiennent au donataire ou à ses héritiers (5); 1086.

5°. Enfin, par la même raison, elles peuvent comprendre les biens présens et à venir du donateur, ensemble ou séparément (6).

Si la donation est de biens présens seulement, alors elle est, sauf les modifications ci-dessus, soumise aux règles générales prescrites pour ces sortes de donations (7). En conséquence, elle ne peut avoir lieu au profit des enfans à naître (8), si ce n'est dans les cas prévus dans le chapitre précédent (9). 1081.

La donation de biens à venir est, en général, toute donation dont l'effet peut dépendre de la volonté du donateur; telle est

BIU Cujas

celle de tout ou partie des biens que le donateur laissera au jour de son décès (1). Cette espèce de donation est valable, non-seulement à l'égard de l'époux donataire, mais encore à l'égard des enfans (2) issus du mariage, qui sont toujours présumés substitués vulgairement au donataire, en cas de prédé-
1082. cès de ce dernier (3).

Quand la donation de biens à venir est universelle ou à titre universel (4), elle est appelée en droit *institution contractuelle* (5): elle peut être définie avec LAURIÈRE, *le don irrévocable de tout ou partie de la succession du disposant.* Elle participe de la donation entre-vifs proprement dite, en ce qu'elle est irrévocable de la part du donateur (6), mais seulement dans le sens qu'il ne peut plus disposer à titre gratuit (7) des objets compris dans la donation, sauf quelques dons modiques (8) qu'il peut faire,
1083. à titre de récompense ou autrement (9).

Nous disons *à titre gratuit*: Le donateur peut donc disposer à titre onéreux; et, par conséquent, le donataire est tenu (10) de payer les dettes et charges de la succession du donateur, en proportion de la part pour laquelle il est institué, parce qu'il n'est donataire que de la succession, c'est-à-dire, des biens qui existeront au jour du décès, et que *bona non intelliguntur, nisi deducto ære alieno.* Il peut d'ailleurs se dispenser de cette
1086. obligation, en renonçant à la donation (11).

Si la donation universelle ou à titre universel est tout-à-la-fois des biens présens et à venir, il doit être annexé à l'acte un état des dettes et charges du donateur, existant au moment de
1084. la donation (12).

Au moyen de cet état, l'acte est censé contenir deux donations distinctes: l'une, des biens présens, qui est certaine, parfaite, et irrévocable (13) au moment de l'acte, tant à l'égard du donateur qu'à l'égard du donataire (14), lequel est alors chargé de payer seulement les dettes et charges contenues dans l'état; et l'autre, des biens à venir, subordonnée à la condition de payer toutes les dettes de la succession, et à laquelle, par conséquent,
Ibid. le donataire peut renoncer (15).

Si, au contraire, l'état dont il s'agit n'a pas été annexé, l'acte

BIU Cujas

n'est censé contenir qu'une seule donation, celle des biens qui existeront au jour du décès. De-là il suit :

1°. Que le donataire est obligé de l'accepter ou de la répudier pour le tout;

2°. Que, s'il accepte, il ne peut réclamer que les biens existant au jour du décès (1), et sous la condition de payer toutes les dettes et charges de la succession (2); 1085.

3°. Enfin, que la donation entière devient caduque, si le donateur survit au donataire et à sa postérité (3). 1089.

Quelque favorables que soient les donations faites par contrat de mariage, elles ne peuvent préjudicier à la réserve légale (4). Elles sont, en conséquence, réductibles, lors de l'ouverture de la succession, à la portion dont il étoit permis au donateur de disposer. 1090.

CHAPITRE VI.

Des Donations entre Époux.

Les donations entre époux peuvent être faites par contrat de mariage, ou pendant le mariage.

Mais avant de traiter séparément de ces deux espèces de donations, il est nécessaire de faire connoître deux dispositions qui leur sont communes.

La première, c'est que ces donations ne sont point révocables par la survenance d'enfans au donateur (5). 960. 1094. 1096.

La seconde est relative à la portion disponible, qui, comme nous l'avons dit au chapitre I^er^., varie suivant les circonstances.

Si l'époux donateur ne laisse ni ascendans ni descendans, il peut disposer en faveur de l'autre époux de la totalité de ses biens.

S'il laisse des ascendans, il peut donner à son époux la portion disponible en pleine propriété, et l'usufruit du surplus (6).

S'il laisse des descendans, il peut disposer en faveur de son

BIU Cujas

époux de la moitié de ses biens (1); savoir, du quart en pleine
1094. propriété, et de l'autre quart en usufruit (2).

Enfin, s'il existe des enfans ou descendans d'un mariage précédent, il ne peut donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le moins prenant, sans néanmoins que, dans aucun cas, cette donation puisse excéder le quart des
1098. biens (3).

En comparant ces dispositions à celles qui sont relatives à la portion disponible ordinaire, l'on voit qu'il est possible que, dans les deux derniers cas, l'époux n'ait pas, à l'égard de son conjoint, la même latitude qu'il auroit à l'égard d'un étranger (4). De-là résulteroit un moyen facile d'éluder les dispositions de la loi, si elle n'avoit pris à cet égard des précautions spéciales.

Elle prohibe, en conséquence, et annulle toute donation faite
1099. par le moyen de personnes interposées (5); et sont réputés, de droit (6), personnes interposées, d'abord les enfans et descendans de l'époux donataire, issus d'un mariage précédent (7); et, en second lieu, les parens dont ledit époux étoit héritier présomptif au jour de la donation (8), quand même par le fait
1100. il n'en auroit pas hérité (9).

La donation déguisée (10) est également nulle. Il en est de même de toute disposition indirecte, mais seulement pour ce
1099. qui excéderoit les quotités fixées ci-dessus (11).

Ces règles générales établies, nous allons passer aux dispositions particulières à chaque espèce de donation entre époux.

SECTION PREMIÈRE.

Des Donations entre Époux par contrat de Mariage.

Les époux peuvent, par contrat de mariage, se faire, ou réciproquement, ou l'un des deux à l'autre, toutes les donations mentionnées dans le chapitre précédent; et elles sont assujet-
1091. ties aux mêmes formes (12). Il y a cependant cette différence, que la condition de survie du donataire est toujours sous-en-

BIU Cujas

tendue dans les donations de biens à venir, et dans celles de biens présens et à venir (1), qui, en conséquence, ne sont point transmissibles aux enfans issus du mariage (2), en cas de décès de l'époux donataire avant le donateur. 1093.

Si la donation est de biens présens seulement, la condition de survie n'a lieu, qu'autant qu'elle est formellement exprimée (3). 1092.

Enfin, les donations entre époux par contrat de mariage ne sont révocables que dans trois cas :

1°. Pour inexécution des conditions;

2°. S'il y a séparation de corps. Nous avons vu, au Titre *du Mariage*, que, dans ce cas, les donations faites par l'époux demandeur, à son conjoint, étoient annullées, mais sans réciprocité (4); { 299. 300.

3°. Lorsque le mari est en faillite, la femme ne peut exercer, dans la faillite, aucune action pour raison des avantages qui lui ont été faits même par contrat de mariage; mais, dans ce cas, il y a réciprocité, et les créanciers du mari ne peuvent se prévaloir en aucune manière des avantages faits par la femme au mari dans le même contrat. *Com.* 549.

SECTION II.

Des Donations entre Époux pendant le Mariage.

Il est maintenant permis aux époux de s'avantager pendant le mariage; mais en même temps, il étoit nécessaire de prévenir, d'un côté, les abus d'une trop grande facilité; et, de l'autre, les dissensions domestiques que des refus pourroient occasionner. C'est dans cette vue qu'il a été décidé que ces donations seroient toujours révocables par le simple changement de volonté du donateur (5), quand même elles seroient de biens présens, qualifiées entre-vifs (6), et revêtues en conséquence des formalités requises pour ces sortes de donations.

La femme peut même procéder à cette révocation, sans y être autorisée par son mari ni par justice. 1096.

BIU Cujas

C'est aussi parce que ces sortes de donations sont essentiellement révocables, et pour éviter les discussions qui pourroient s'élever dans le cas de révocation de la part de l'une des parties (1), qu'aucune disposition mutuelle entre époux ne peut avoir lieu
1097. par un seul et même acte, soit entre-vifs, soit testamentaire (2).

Ces sortes de donations ne sont point révoquées par la survenance d'enfans. L'on sent, en effet, que le principe qui a fait
1096. adopter ce mode de révocation, ne leur est point applicable (3).

Observez que le décret du 17 mai 1809 (*Bulletin*, n°. 4393), permet à la femme, autorisée par son mari, de constituer ses biens propres en majorat, en faveur de son mari, et de leurs descendans communs; et comme, aux termes de l'article 40 du décret du 1^er^. mars 1808 (*Bulletin*, n°. 3207), les biens composant les majorats sont inaliénables, il faut en conclure que la donation, dans ce cas, seroit irrévocable.

BIU Cujas

TITRE V.

Des Contrats, ou des Obligations conventionnelles en général (1).

Dans l'ancien droit, les contrats, même ceux qui avoient pour objet direct de transférer la propriété (2), ne la transféroient cependant pas immédiatement et par eux-mêmes (3); il falloit, en outre, qu'il y eût tradition. Dans le système actuel, ces sortes de contrats transfèrent la propriété par eux-mêmes, et sans qu'il soit besoin de tradition. Ce principe est consacré par les articles 938, 1138, et 1583 du Code (4). Ces contrats ont donc été mis avec raison au nombre des manières d'acquérir la propriété (5). Mais, d'un autre côté, comme il étoit impossible de diviser les règles communes à tous les contrats, on a cru devoir en réunir les principes généraux sous un même point de vue. C'est ce qui fait l'objet du présent Titre, dont les dispositions s'appliquent, en conséquence, non-seulement aux contrats translatifs de propriété, mais encore à toutes les obligations conventionnelles (6) en général.

Quant aux principes particuliers à chaque contrat, ils sont placés sous des Titres séparés, et ceux qui concernent les transactions commerciales, renvoyés au Code de Commerce.

1107. Le contrat n'étant l'objet du droit que sous le rapport de l'obligation qu'il produit, il est nécessaire de connoître préalablement ce qu'on doit entendre par obligation.

L'obligation peut être définie : *un lien du droit, qui impose à une ou plusieurs personnes la nécessité de donner, de faire, ou de ne pas faire quelque chose.*

Un lien : parce qu'il est évident qu'il n'y a pas d'obligation de la part de celui qui conserve l'entière liberté (7) de faire ou de ne pas faire, de donner ou de ne pas donner la chose dont il s'agit. De-là le principe, que l'objet de l'obligation est toujours la chose que le créancier a le droit de demander, parce que ce

BIU Cujas

n'est que relativement à cette chose, que le créancier peut, en définitif, forcer l'exécution (1). De-là encore il suit que l'obligation contractée sous une condition qui dépend d'un acte pur
1174. et simple (2) de la volonté du débiteur, est nulle.

Du droit: ou *naturel* seulement, ou *civil* seulement, ou *des deux* ensemble; d'où résulte la division des obligations en purement naturelles, purement civiles, et mixtes (3).

L'obligation purement naturelle est celle qui oblige dans le for de la conscience, mais pour l'exécution de laquelle la loi civile ne donne point d'action, ou n'en donne qu'une ineffi-
1965. cace (4). Telle est l'obligation résultant d'une dette de jeu (5); celle qui a été contractée par une femme mariée et non autorisée; une obligation prescrite, etc. (6). Cependant ces sortes d'obligations ne sont pas privées de tout effet civil (7), puisque le payement fait en conséquence, par une personne capable,
1235. est valable, et non sujet à répétition.

L'obligation purement civile est, au contraire, celle à l'exécution de laquelle le débiteur peut être civilement contraint, quoiqu'il n'y soit pas obligé dans le for de la conscience. Telle est celle qui résulte d'une condamnation injuste (8), du serment décisoire (9) contraire à la vérité, etc.

Enfin, *l'obligation mixte* est celle qui oblige dans le for intérieur et extérieur. Telle est celle qui résulte de tous les contrats légalement formés. C'est de cette espèce d'obligation qu'il sera traité dans le cours du présent Titre.

L'obligation peut provenir, ou de la loi seule, ou d'un fait obligatoire de l'homme.

De la loi seule: il est en effet des obligations qui n'ont que la loi (10) pour cause unique et immédiate, sans aucun fait de la
1370. part de l'une ni de l'autre partie. Telle est l'obligation des ascendans et des descendans, de se fournir mutuellement des alimens: c'est par la seule puissance de la loi, que le tuteur nommé est tenu d'accepter la tutelle; que les propriétaires des marchandises sauvées sont tenus d'indemniser ceux dont les
Com. 417. effets ont été jetés à la mer pour alléger le navire; que le propriétaire d'un mur joignant immédiatement l'héritage d'autrui,

BIU Cujas

est tenu de vendre à son voisin, si celui-ci le requiert, la mitoyenneté de ce mur, etc. Ces sortes d'obligations ont été, ou seront traitées en leur lieu. 661.

Ou d'un fait obligatoire de l'homme : ce fait est commun aux deux parties, et alors il en résulte ce qu'on appelle une *convention* ou un *contrat ;* ou c'est le fait d'une seule des parties qui donne lieu à l'obligation, et alors les engagemens qui en résultent, sont désignés sous le nom générique d'*engagemens qui se forment sans convention.* Il sera traité de ces dernières obligations dans un Titre particulier.

On nomme, en général, *débiteur*, celui qui a contracté l'obligation; et *créancier*, celui au profit duquel elle a été contractée. Mais il peut arriver que, dans la même affaire, la même personne, considérée sous différens rapports, soit, tout-à-la-fois, créancière et débitrice (1).

Ces principes généraux posés, nous diviserons le présent Titre en six chapitres :

Le premier traitera des diverses espèces de contrats ou conventions;

Le second, des conditions nécessaires pour qu'il y ait contrat;

Le troisième, des différentes modifications de l'obligation conventionnelle;

Le quatrième, de l'effet des obligations;

Le cinquième, de l'extinction des obligations;

Et le sixième, de la preuve de leur existence et de leur extinction.

CHAPITRE PREMIER.

Du Contrat, et de ses diverses Espèces.

Le contrat est une convention (2) par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire, ou à ne pas faire quelque chose. 1101.

Il y a cinq divisions des contrats.

La première est en contrats *unilatéraux* et *synallagmatiques.*

BIU Cujas

Le contrat *unilatéral*, est celui qui ne produit d'action qu'en
1103. faveur de l'une des parties. Tel est *le prêt de consommation*, *le contrat de rente viagère.*

Le contrat *synallagmatique* ou *bilatéral*, est celui qui produit
1102. action en faveur des deux parties. Ces sortes de contrats se divisent en *synallagmatiques parfaits* et *synallagmatiques imparfaits* (1). Le contrat *synallagmatique parfait* est celui dans lequel l'action appartenant à chacun des contractans, est également principale, et tient à l'essence du contrat : tels sont *la vente*, *l'échange*, *le louage*, etc. (2). Le contrat *synallagmatique imparfait* est celui dans lequel l'action de l'une des parties est seule principale et essentielle au contrat, tandis que l'action de l'autre n'est qu'incidente et éventuelle, et peut, en conséquence, exister, ou ne pas exister, sans que l'essence du contrat en soit altérée : tels sont *le mandat*, *le dépôt*, *etc.* (3).

La seconde division des contrats, est en contrats *réels* et en contrats *consensuels.*

Le contrat *réel* est celui qui, outre le consentement des parties, exige encore la tradition de la chose qui en est l'objet, de manière que le contrat n'existe que quand cette chose est livrée : tels sont *le prêt*, soit *de consommation*, soit *à usage*, *le contrat de rente viagère*, *le dépôt*, et *le nantissement* (4).

Le contrat *consensuel*, est celui qui est parfait par le seul consentement des parties : tels sont tous les contrats, autres que ceux qui sont désignés ci-dessus.

La troisième division est en contrats *de bienfaisance*, et en contrats *à titre onéreux.*

Le contrat *de bienfaisance* ou *à titre gratuit* est celui qui n'a
1105. pour but que l'utilité de l'une des parties contractantes : tels sont *le prêt à usage*, *le prêt de consommation sans intérêt*, *le dépôt*, *etc.*

Le contrat *à titre onéreux*, ou *intéressé de part et d'autre*, est celui qui a lieu pour l'intérêt et l'utilité réciproque des parties (5),
1106. comme *la vente*, *l'échange*, *le prêt à intérêt*, etc. Le contrat *à titre onéreux* est *commutatif* proprement dit, ou *aléatoire* (6). Il est *commutatif*, proprement dit, (7), quand ce que chacune des parties reçoit est censé (8) l'équivalent effectif (9) de

BIU Cujas

ce qu'elle donne. Il est *aléatoire*, quand l'équivalent consiste dans une chance incertaine de gain ou de perte; tels sont *tous les jeux, les gageures, les contrats d'assurance, la rente viagère, etc.* 1104.

La quatrième division des contrats est en *principaux* et *accessoires*.

Les contrats *principaux*, sont ceux qui peuvent subsister par eux-mêmes, et indépendamment de toute autre convention.

Les contrats *accessoires*, sont ceux qui ont pour objet d'assurer l'exécution d'un autre engagement, duquel ils dépendent, et sans lequel ils ne peuvent subsister: tels sont *le cautionnement, le nantissement, l'hypothèque*.

Enfin, il est une cinquième division des contrats, en contrats que nous appellerons *solennels* et *non-solennels*.

Les contrats *non-solennels* (1) sont ceux qui ne sont assujettis à aucune forme particulière, mais seulement aux règles générales des contrats, comme *la vente, le louage, le mandat, etc.*

Les contrats *solennels* (2) sont, au contraire, ceux dont l'existence est subordonnée à l'observation de certaines formalités, sans lesquelles ils ne produisent aucun effet civil: tels sont l'*hypothèque conventionnelle, le contrat de mariage, etc.*

Il faut, au surplus, observer que la distinction établie par les lois Romaines, entre les contrats nommés et innommés, déjà proscrite dans notre ancien droit, l'est également dans le droit actuel; et que tous les contrats, soit qu'ils aient, ou non, une dénomination propre, sont soumis aux règles générales portées dans le présent Titre (3). 1107.

On distingue encore dans chaque contrat, les choses qui sont de son essence, celles qui sont de sa nature, et celles qui lui sont accidentelles. Cette distinction établie par les auteurs, est indiquée d'ailleurs dans plusieurs articles du Code, comme nous le verrons par la suite. 1719. 1876.

Les choses qui sont de l'essence du contrat, sont celles sans lesquelles ce contrat ne peut subsister, tellement que le défaut de l'une d'elles fait, ou qu'il n'y a pas du tout de contrat, ou qu'il y en a un d'une toute autre espèce que celui que les par-

BIU Cujas

ties paroissent avoir eu intention de former. Ainsi, il est de l'essence de la vente qu'il y ait une chose vendue, et un prix réel et effectif. Si donc, au moment de la vente, la chose vendue n'existoit plus, il n'y a ni vente, ni aucune autre espèce de
1601. contrat. S'il n'y avoit pas de prix, ou s'il étoit tellement inférieur à la valeur de la chose, qu'il fût à-peu-près illusoire, alors ce ne seroit pas une vente, quoique les parties l'eussent ainsi qualifié; ce seroit une donation.

Les choses qui sont de la nature du contrat, sont celles qui, sans être de son essence, en font cependant partie, même sans
1719. 1917. aucune stipulation spéciale de la part des contractans. Ainsi, il est de la nature du mandat d'être gratuit. Les choses qui sont de la nature du contrat, diffèrent de celles qui sont de son essence, en ce que le contrat peut subsister sans elles, et qu'elles peuvent en être détachées par la convention des parties.

Enfin, les choses qui sont accidentelles au contrat, sont celles qui n'étant ni de sa nature ni de son essence, n'y sont renfermées que par suite de quelque clause particulière que les parties y ont ajoutée, comme le terme, la condition, etc.

CHAPITRE II.

Des Conditions nécessaires pour la validité des Obligations conventionnelles.

Le contrat étant une convention, et la convention elle-même étant le consentement de deux ou plusieurs personnes, il s'ensuit que, sans le consentement des parties (1), il ne peut y avoir de contrat.

Mais pour que le consentement soit lui-même valable à l'effet de produire une obligation, quatre conditions sont nécessaires :

La première, que les parties soient légalement capables de s'obliger;

La seconde, que le consentement ne soit pas infecté de vices qui en détruisent ou en altèrent la substance;

La troisième, qu'il s'applique à un objet quelconque;

BIU Cujas

La quatrième, que l'obligation ait une cause, et que cette cause n'ait rien de contraire aux bonnes mœurs ni à l'ordre public. 1108.

SECTION PREMIÈRE.

De la Capacité des Parties contractantes.

Les conventions sont, en général, regardées comme étant de droit commun. Toutes personnes peuvent donc contracter, si elles n'en sont déclarées incapables par la loi civile. 1123.

Sont incapables : 1°. les interdits, pour tous les actes quelconques ;

2°. Ceux à qui il a été donné un conseil judiciaire ;

3°. Les mineurs ;

4°. Les femmes mariées, et non autorisées ;

Ces trois derniers, pour tous les actes qui excèdent leur capacité.

5°. Enfin, toutes les personnes auxquelles la loi a interdit certains contrats (1). 1124.

Nous verrons ci-après, chap. V, sect. VII, l'effet de ces diverses sortes d'incapacités, comment, et par qui peut être demandée la nullité ou la rescision des obligations contractées par les personnes incapables.

SECTION II.

Des différentes Causes qui peuvent vicier le consentement.

Il y a quatre causes qui peuvent vicier le consentement : ce sont l'erreur, la violence, le dol et la lésion. Elles ont cela de commun, que, même dans les cas où elles peuvent annuller la convention, elles ne la rendent cependant pas nulle de plein droit ; mais elles donnent seulement lieu à une action en nullité ou en rescision, sur laquelle les tribunaux doivent prononcer. 1109. 1117.

BIU Cujas

§. Ier.

De l'Erreur.

L'erreur n'est, en général, une cause de nullité de la convention, que lorsqu'elle tombe sur la nature même du contrat, ou sur les choses qui lui sont essentielles.

Sur la nature du contrat : Par exemple, si l'un entend vendre, et l'autre prendre à bail, il n'y a, en ce cas, ni vente ni louage.

Sur les choses qui lui sont essentielles : Si donc, dans la vente, par exemple, il y a erreur sur la substance (1) de la chose qui
1110. fait l'objet de la vente, la convention est nulle. Il en est de même quand il y a dissentiment sur le prix (2). Nous disons *dissentiment sur le prix :* car, si l'erreur ne portoit que sur le rapport du prix convenu à la valeur réelle de l'objet, il y auroit alors ce que l'on nomme *lésion*, et le contrat ne pourroit être attaqué que dans certains cas, ainsi que nous le verrons plus bas.

L'erreur sur les qualités de la chose peut aussi quelquefois faire prononcer la nullité du contrat : par exemple, s'il s'agit de
1641. 1644. vices redhibitoires (3).

L'erreur sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter, n'est point une cause de nullité, à moins que la considération de cette personne n'ait été la cause principale de la
1110. convention (4).

L'erreur dans le motif n'annulle pas en général la convention. Cependant, s'il étoit évident que, sans cette erreur, le contrat n'auroit pas eu lieu, elle pourroit, suivant les circonstances, devenir cause de nullité (5). C'est dans ce sens que l'on dit que
1131. l'obligation contractée sur une fausse cause est nulle.

§. II.

De la Violence.

Toute espèce de violence ne vicie pas le consentement, au moins dans le for extérieur (6), mais seulement celle qui est de

BIU Cujas

nature à faire impression sur une personne raisonnable, eu égard à son âge, son sexe, et sa condition. 1112.

On regarde comme une violence de ce genre, celle qui peut inspirer au contractant la crainte de se voir exposé, lui, son conjoint, ses ascendans ou ses descendans, à un mal consi- 1113. dérable et présent (1), dans leurs personnes ou dans leurs for- 1112. tunes ; mais la seule crainte (2) de déplaire à son père, à sa mère, ou à tout autre ascendant, que l'on nomme *crainte révérentielle*, ne suffit pas pour annuller le contrat. 1114.

Il n'est pas nécessaire que la violence ait été exercée par celui au profit duquel l'obligation a été contractée ; il suffit qu'elle ait 1111. eu pour objet direct (3) de faire consentir l'obligation.

§. III.

Du Dol.

On définit le dol, tout artifice dont on se sert pour tromper une personne. Cependant toute espèce de dol ne suffit pas, dans le for extérieur (4), pour annuller la convention. Il faut 1°. qu'il soit l'ouvrage de l'une des parties (5); et 2°. qu'il ait donné lieu au contrat, c'est-à-dire, qu'il soit évident que, sans les manœuvres pratiquées, l'autre partie n'auroit pas contracté (6). Tout 1116. autre dol qui interviendroit dans le contrat, même de la part de l'un des contractans, donneroit seulement lieu à des dommages-intérêts.

C'est, au surplus, à celui qui prétend avoir été trompé, à le prouver. Le dol, dans ce cas, ne se présume jamais (7). *Ibid.*

§. IV.

De la Lésion.

Il y a lésion dans les contrats commutatifs (8), toutes les fois que l'une des parties ne reçoit pas l'équivalent de ce qu'elle donne. Mais s'il étoit permis, dans le for extérieur (9), de demander la nullité d'une convention, pour toute lésion, quelque

BIU Cujas

modique qu'elle fût, bientôt le commerce ne présenteroit plus aucune sûreté, et il faudroit renoncer aux contrats les plus nécessaires. C'est donc avec grande raison, que la loi civile a décidé que la lésion ne vicioit les conventions, que dans certains
1118. 1313. cas ou à l'égard de certaines personnes.

Nous verrons, dans la suite du présent Titre, et au Titre *de la Vente*, quels sont, dans les diverses circonstances, les effets de la lésion, dont nous avons d'ailleurs déjà parlé au Titre *des Successions*, chap. V, sect. I^re^., §. 4.

SECTION III.

De l'Objet des Contrats.

Il résulte de la définition du contrat, qu'il a pour objet une chose que les deux parties, ou l'une d'elles, s'obligent à donner,
1126. à faire, ou à ne pas faire.

Le mot *chose* se prend ici dans une acception générale, et s'applique également à l'usage (1), et même à la simple posses-
1127. sion (2) de l'objet.

Mais pour qu'une chose puisse être l'objet d'un contrat, il faut : 1°. qu'elle existe, ou au moins qu'elle puisse exister un jour. Les choses futures (3), une simple espérance même (4), peuvent être l'objet d'une obligation. Cependant on regarde avec raison comme contraire à l'honnêteté publique, les stipulations relatives à la succession d'une personne vivante, quand même elles seroient faites de son consentement. Toute convention de
1130. ce genre est en conséquence prohibée (5);

1228. 2°. Qu'elle soit dans le commerce (6);

3°. Qu'elle soit déterminée, au moins sous certains rapports (7). Il n'est pas nécessaire d'ailleurs que la quotité soit certaine, pourvu que la convention contienne des bases qui puissent
1129. servir à la déterminer (8);

4°. Si c'est un fait, qu'il soit physiquement et moralement possible; (9);

5°. Enfin, que la chose concerne les parties contractantes. Il

BIU Cujas

est de principe, en effet, que l'on ne peut, en général, promettre ou stipuler (1) en son propre nom que pour soi-même. 1119.
Car les conventions n'ayant d'effet qu'entre les parties contractantes, et ne pouvant, en général (2), nuire ni profiter aux 1165.
tiers, il n'en peut résulter d'action en faveur de ceux-ci. Il n'en résulte pas davantage en faveur de la partie qui a stipulé pour le tiers, parce que, n'ayant, dans l'hypothèse, aucun intérêt pécuniaire à ce que la convention s'exécute, elle ne peut réclamer aucune indemnité en cas d'inexécution : l'autre partie peut donc y contrevenir impunément : il n'y a donc pas d'obligation civile (3). Mais il faut prendre garde d'appliquer ce principe à plusieurs espèces de conventions, dans lesquelles nous paroissons stipuler ou promettre pour un autre, quoique, dans le fait, ou par le résultat, nous promettions ou stipulions pour nous-mêmes.

Ainsi, on peut stipuler en son nom pour un tiers, toutes les fois que l'on a un intérêt personnel et pécuniaire à ce que la stipulation s'exécute (4). On le peut également, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même (5), d'une donation ou d'une aliénation que l'on fait au profit d'une autre personne (6). Mais, dans ce cas, le tiers ne peut poursuivre l'exécution de la disposition pour ce qui le concerne, que lorsqu'il a déclaré vouloir en profiter (7). Jusque-là, elle est révocable, par le seul consentement de ceux qui y ont été parties. 1121.

On n'est pas censé stipuler ou promettre pour un autre, lorsqu'on stipule ou qu'on promet pour ses héritiers (8), parce qu'ils sont, en quelque sorte, la continuation de nous-mêmes; et c'est pour cette raison que, non-seulement l'on peut valablement stipuler ou promettre pour eux, mais encore l'on est toujours censé l'avoir fait, à moins que le contraire ne soit exprimé, ou ne résulte de la nature de la convention (9). 1122.

On est censé également stipuler pour ses ayant-cause (10). Mais il faut, dans ce cas, que la stipulation concerne l'objet auquel l'ayant-cause succède (11). *Ibid.*

Enfin, ce n'est pas non plus stipuler pour un autre, lorsque

BIU Cujas

je stipule que la chose qui fait l'objet de la convention, sera délivrée à un tiers désigné, parce qu'alors l'obligation est acquise à moi seul; que j'ai, seul, droit d'en poursuivre l'exécution, et que le tiers n'est, dans la convention, que comme mon fondé de pouvoir, à l'effet de recevoir la chose pour moi et en mon nom (1).

Nous avons dit qu'on ne pouvoit stipuler ni promettre *en son propre nom* pour un autre, parce que l'on peut stipuler ou promettre pour un autre, pourvu que la convention soit faite au nom de celui pour lequel on stipule ou l'on promet. C'est ainsi qu'un fondé de pouvoir peut contracter au nom de son commettant, parce qu'alors ce n'est pas lui qui est censé contracter, mais bien le commettant lui-même par son ministère. Il en est de même des tuteurs, qui sont les procureurs légaux des mineurs, etc.

Si même je contracte au nom d'une personne dont je n'ai de pouvoir, ni légal, ni conventionnel, et que je me porte fort pour elle (2), je suis censé par-là garantir à l'autre partie la ratification de celui au nom duquel j'ai contracté, et m'obliger au payement des dommages et intérêts, en cas de non-ratification. Cette stipulation est donc valable, mais avec cette distinction, que, si le tiers ratifie, il est obligé, comme si j'avois eu de lui, dans le principe, un pouvoir formel (3); et je reste déchargé de toute obligation. Si, au contraire, il refuse de ratifier, il n'est tenu en aucune manière; et alors, par l'effet de la garantie à laquelle je me suis engagé, je dois indemniser l'autre partie de tout
1120. le préjudice qu'elle éprouve par suite de ce refus.

SECTION IV.

De la Cause.

On entend, dans notre droit, par cause du contrat, ce qui détermine les parties à contracter; et comme on n'est jamais présumé s'engager sans un motif quelconque, il en résulte que toute obligation sans cause, ou, ce qui est la même chose, sur

BIU Cujas

une fausse cause (1), est nulle. Il n'est pas, au surplus, nécessaire que la cause émane d'un intérêt pécuniaire. Ainsi, dans le contrat de bienfaisance, la libéralité est une cause suffisante de l'obligation. 1131.

De même, l'obligation n'est pas nulle par cela seul que la cause n'est pas exprimée (2), pourvu qu'il soit d'ailleurs prouvé légalement (3) qu'il en existe une licite. 1132.

Nous disons *une licite*, c'est-à-dire, qui ne soit point prohibée par la loi, ni contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. 1133. Autrement, non-seulement l'engagement seroit nul, dans le sens que le créancier ne pourroit en poursuivre l'exécution; mais encore, si la cause illicite provenoit de son fait seul, le débiteur qui auroit payé, seroit fondé à répéter (4).

CHAPITRE III.

Des diverses Modifications de l'Obligation conventionnelle.

L'obligation conventionnelle est pure et simple, ou modifiée de différentes manières; ainsi elle peut être

Conditionnelle,
A terme,
Alternative,
Facultative,
Indéterminée,
Solidaire,
Divisible ou indivisible,
Avec clause pénale.

Nous allons exposer, dans autant de sections différentes, les principes relatifs à ces diverses espèces d'obligations.

SECTION PREMIÈRE.

De l'Obligation conditionnelle.

Pour déterminer d'une manière précise l'effet de l'obligation conditionnelle, nous verrons d'abord ce qu'on doit entendre par

BIU Cujas

condition, et quand elle est réputée accomplie: nous verrons, en second lieu, sous combien de rapports une obligation peut être conditionnelle.

§. Ier.

Des Conditions en général, et de leur Accomplissement.

On entend, en général, par condition, dans les obligations,
1168. le cas d'un événement futur et incertain.

Futur: En effet, quoique le Code, dans l'article 1181, paroisse avoir rangé dans la classe des conditions l'événement arrivé au moment du contrat, mais encore inconnu des parties, il est cependant vrai de dire qu'il assimile, et avec raison, ce cas, plutôt au terme qu'à la condition, puisque le même article ajoute que l'obligation ainsi contractée a son effet du jour
1181. où elle est intervenue (1).

Incertain: parce que, dans les contrats (2), le cas d'un événement qui doit certainement arriver, quoique l'époque en soit incertaine, n'est pas une condition, et ne suspend point l'obligation, mais en diffère seulement l'exigibilité.

Les conditions considérées en elles-mêmes se divisent, 1°. en positives et négatives.

La condition positive est celle qui consiste dans le cas où la chose arrivera (3).

La condition négative est celle qui consiste dans le cas où la chose n'arrivera pas (4).

2°. En potestatives, casuelles, et mixtes.

La condition potestative est celle qui dépend de la volonté
1170. de l'une des parties contractantes (5).

La condition casuelle est celle qui dépend purement du
1169. hasard (6).

La condition mixte est celle qui dépend tout-à-la-fois de la volonté d'une des parties, et de celle d'un tiers (7), ou même
1171. du hasard (8).

La condition positive doit être physiquement et moralement

BIU Cujas

possible (1). Toute autre est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend (2). 1172.

Quant à la condition négative, il est évident que celle qui est physiquement impossible, ne vicie pas la convention, qui, au contraire, dans ce cas, est regardée comme pure et simple (3); 1173. mais si l'impossibilité étoit seulement morale (4), la condition, même négative, vicieroit la convention. On ne doit rien exiger pour s'abstenir d'une chose prohibée.

L'obligation est également nulle, si la condition est purement potestative de la part du débiteur. 1174.

Nous disons *purement;* c'est-à-dire, si la condition est telle, qu'elle fasse dépendre la convention d'un acte pur et simple de la volonté du débiteur (5); car si elle la fait dépendre, non pas d'un simple acte de sa volonté, mais d'un fait qu'il soit en son pouvoir d'exécuter ou de ne pas exécuter, l'obligation est valable (6).

La condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement entendu qu'elle le fût (7); et elle est 1175. toujours réputée accomplie, lorsque c'est celui qui doit sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement (8). 1178.

L'accomplissement des conditions est indivisible, quand même ce qui en fait l'objet seroit divisible. En conséquence, l'exécution de la convention ne peut être demandée, même pour partie, avant l'accomplissement total de la condition (9).

S'il y a un temps fixé pour l'accomplissement de la condition positive, elle est censée défaillie, lorsque le temps est expiré sans que l'événement soit arrivé (10): s'il n'y a pas de temps fixé, elle n'est censée défaillie, que lorsqu'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas (11). 1176.

Par la même raison, s'il y a un temps fixé pour l'accomplissement de la condition négative, elle est censée accomplie, lorsque le temps est expiré sans que l'événement soit arrivé (12). Elle est même censée accomplie avant le terme fixé, lorsqu'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas (13). S'il n'y a pas de temps fixé, la condition n'est accomplie, que lorsqu'il est certain que l'événement n'arrivera pas (14). 1177.

BIU Cujas

§. II.

Des différentes Manières dont une Obligation peut être contractée sous condition.

Une obligation peut être contractée sous condition, de deux manières. En effet, ou elle est suspendue jusqu'à l'événement de la condition, de manière que, jusque-là, elle est censée ne pas exister, et elle ne peut, en conséquence, recevoir aucune exécution; ou, existante et parfaite dès le moment du contrat, elle doit cesser d'avoir effet du moment de l'accomplissement de la condition, et les choses doivent dès-lors être remises dans l'état où elles étoient avant que l'obligation fût contractée.

Dans le premier cas, la condition est dite *suspensive*; dans le second, *résolutoire*.

De la Condition Suspensive.

La condition suspensive est celle qui suspend l'obligation
1181. jusqu'à ce qu'elle soit accomplie. De-là il résulte: 1°. que, jusqu'à l'événement de la condition, l'obligation n'existe réellement pas (1); il y a seulement espérance qu'elle existera; espérance
1179. que le créancier transmet à ses héritiers (2), et qui suffit pour qu'il ait le droit de faire tous les actes conservatoires
1180. nécessaires (3);

2°. Que ce qui seroit payé avant l'événement de la condition, pourroit être répété (4);

3°. Que, jusqu'à cet accomplissement, il n'y a pas de transport de propriété. La chose qui est l'objet de l'obligation, reste donc aux risques du débiteur. En conséquence, si elle vient à périr entièrement sans la faute du débiteur, la convention est censée n'avoir jamais existé (5). Si elle est simplement détériorée, le créancier a le choix, ou de la prendre telle qu'elle est, sans diminution de prix, ou de résoudre l'obligation (6). Enfin, si elle est détériorée par la faute du débiteur, le créancier a encore le même choix, et, en outre, le droit de demander des
1182. dommages-intérêts (7).

BIU Cujas

Cependant l'accomplissement de la condition suspensive a, sous quelques rapports (1), un effet rétroactif (2). Ainsi, dans le cas d'une créance hypothécaire contractée sous condition, l'hypothèque est censée acquise du jour que toutes les formalités nécessaires ont été remplies, quand même la condition n'auroit existé que long-temps après. 1179.

De la Condition Résolutoire.

La condition résolutoire est celle dont l'existence opère la révocation de l'obligation, et remet, pour l'avenir, les choses au même état que si l'obligation n'avoit pas existé (3). 1183.

Nous disons *pour l'avenir*, parce que l'obligation contractée sous une condition résolutoire, est, comme nous l'avons dit, parfaite dès l'instant du contrat; l'exécution en peut dès-lors être poursuivie : il y a transport de propriété, et la chose est aux risques du créancier, qui gagne les fruits, et qui prescrit dans l'intervalle (4). Seulement, si la condition s'accomplit, et que la chose existe encore, l'obligation est censée n'avoir jamais eu lieu, et chacune des parties est obligée de restituer ce qu'elle a reçu. 1665. 1183.

La condition résolutoire peut être expresse ou tacite.

Elle est expresse, quand elle a été stipulée formellement dans la convention, comme dans le pacte commissoire (5), la vente à réméré (6), etc.

Elle est tacite dans les contrats synallagmatiques parfaits. On y sous-entend toujours la condition que le contrat sera résolu, dans le cas où l'une des parties ne satisfera pas à ses engagemens (7). 1184.

L'effet de ces deux espèces de conditions diffère en ce que, 1°. quand la condition est expresse, le cas arrivant, le contrat est résolu de plein droit (8); au lieu que, si elle n'est que tacite, la résolution doit être demandée et prononcée en justice (9); et il peut même, suivant les circonstances, être accordé un délai au défendeur.

2°. Si elle est expresse, chacune des deux parties a le droit

BIU Cujas

d'en réclamer l'effet (1); si elle n'est que tacite, le droit de demander la résolution n'appartient qu'à celui des contractans envers lequel l'engagement, n'a pas été exécuté; et, dans ce cas même, il a le choix, ou de demander la résolution avec dommages et intérêts, ou de forcer l'autre partie, si cela est
1184. possible, d'exécuter la convention.

SECTION II.

De l'Obligation à terme.

Le terme est la fixation de l'époque à laquelle l'obligation doit être acquittée. On distingue deux sortes de termes: le terme de droit, et le terme de grâce.

Le terme est *de droit*, lorsqu'il fait partie de la convention, expressément ou tacitement.

Nous disons *tacitement*, parce qu'indépendamment de toute stipulation, la convention est toujours censée renfermer le terme du temps nécessaire pour l'accomplir (2).

Le terme est *de grâce*, quand il est accordé par le juge, sur la demande du débiteur (3).

Le terme diffère de la condition suspensive, en ce que, 1°. il ne suspend point l'obligation; il en retarde seulement l'exé-
1185. cution (4):

2°. L'acquittement de l'obligation ne peut être, à la vérité, exigé avant l'échéance du terme (5); mais s'il a été effectué au-
1186. paravant, il n'y a pas lieu à répétition (6).

Il est cependant plusieurs cas dans lesquels le créancier peut exiger le payement avant le terme; par exemple, en cas de faillite ou de déconfiture du débiteur (7); si les sûretés données par le contrat se trouvent diminuées, soit par le fait du débi-
1188. Com. 448 teur (8), soit même par un événement qui lui soit étranger; mais, dans ce dernier cas (9), le débiteur peut réclamer le bé-
2031. néfice du terme, en donnant des sûretés équivalentes.

Le terme de grâce doit, en outre, cesser, lorsque le débiteur

BIU Cujas

est prisonnier ou contumax, ou lorsque ses biens sont vendus à la requête d'autres créanciers. *Pr.* 124.

Le terme est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur; en conséquence, quoiqu'il puisse se défendre de payer avant l'échéance, s'il veut néanmoins se libérer, le créancier ne peut refuser le payement, à moins qu'il ne résulte de la convention, ou des circonstances (1), ou de la nature même de l'obligation (2), que le terme a été aussi convenu en faveur du créancier. 1187.

Le terme de droit a un autre effet qui lui est particulier; c'est que, jusqu'à ce qu'il soit expiré, il empêche la compensation de la dette (3). 1292.

SECTION III.

De l'Obligation Alternative.

L'obligation alternative est celle par laquelle une personne s'oblige à donner ou à faire plusieurs choses, de manière cependant que le payement de l'une doive l'acquitter de toutes. 1189. 1196.

Nous disons *le payement de l'une*, parce que le débiteur peut bien se libérer entièrement, en payant l'une des choses promises (4); mais il faut, pour cela, qu'il la paye en totalité; et il ne peut forcer le créancier de recevoir partie de l'une et partie de l'autre (5). 1191.

Le caractère distinctif de cette obligation est que toutes les choses qui y sont comprises, sont dues, mais sous l'alternative, et sans qu'aucune d'elles soit due déterminément et en particulier. Il résulte de ce principe :

1°. Que le créancier ne peut demander spécialement l'une des choses promises; mais qu'il doit les demander toutes, sous l'alternative sous laquelle elles lui sont dues (6);

2°. Que, si l'une des choses promises ne pouvoit être l'objet de l'obligation, elle cesse d'être alternative, et devient déterminée pour la chose qui en est susceptible; 1192.

3°. Que la perte, même sans la faute du débiteur, d'une des choses promises, n'éteint point l'obligation (7), parce que,

BIU Cujas

toutes étant dues, l'obligation subsiste sur celle qui reste, sans que le débiteur puisse, quand même il auroit eu le choix dans le principe, forcer le créancier de recevoir le prix de celle qui n'existe plus; comme aussi, le créancier est tenu de se contenter de celle qui existe, et ne peut exiger le prix de celle qui est périe, même lorsque la perte est arrivée par la faute du dé-
1193. biteur.

4°. Que, si toutes les choses comprises dans l'obligation périssent sans la faute du débiteur, et avant qu'il soit en de-
1195. meure (1), l'obligation est éteinte; mais s'il est en faute à l'égard de l'une seulement, l'obligation subsiste, et il est tenu de
1193. payer le prix de celle qui a péri la dernière (2).

Nous avons raisonné jusqu'à présent, dans l'hypothèse que le choix de la chose à payer appartenoit au débiteur, parce que cela est effectivement ainsi, toutes les fois que le contraire n'est
1190. pas stipulé (3). Mais si, par l'effet de la convention, le choix a été déféré au créancier (4), alors, en cas de perte d'une, ou de toutes les choses comprises dans l'obligation, il faut distinguer:

Si l'une d'elles seulement est périe, et qu'il n'y ait pas de faute du débiteur, le créancier ne peut demander que celle qui reste: si le débiteur est en faute, le créancier peut demander, à son choix, ou la chose qui reste, ou le prix de celle qui est per-
1194. due (5).

Il en est de même, lorsque toutes les choses sont péries, et que le débiteur est en faute, même à l'égard de l'une d'elles seulement. Le créancier peut, dans ce cas, demander le prix de
Ibid. l'une ou de l'autre, à son choix (6). Il ne peut rien demander si elles sont toutes péries sans la faute du débiteur, et avant
1195. qu'il ait été mis en demeure (7).

De ce qu'aucune des choses comprises dans l'obligation alternative, n'est due spécialement et déterminément, il suit que, si un meuble et un immeuble sont dus sous l'alternative, la nature de la créance est en suspens (8), et n'est déterminée que par la nature de la chose qui sera choisie par celui auquel le choix est déféré, soit par la loi, soit par la convention.

BIU Cujas

SECTION IV.

Des Obligations Facultatives.

J'appelle obligation *facultative*, celle qui a pour objet une chose déterminée, mais avec la faculté pour le débiteur d'en payer une autre à la place.

Cette obligation, qui, au premier coup-d'œil, paroît être du même genre que l'obligation, dite *alternative*, dans laquelle le choix est au débiteur, en diffère néanmoins en plusieurs points très-importans. En effet, dans l'obligation facultative, il n'y a réellement qu'une chose due; l'autre est seulement, comme disent les auteurs, *in facultate solutionis* (1). Un exemple va faire sentir les principaux résultats de cette différence.

Pierre a légué à Paul sa maison de campagne, si mieux n'aimoit son héritier, donner à Paul dix mille francs. Nous disons que dans ce legs il n'y a que la maison qui soit due, et qu'il n'y a qu'elle seule qui soit dans l'obligation. De-là il résulte:

1°. Que le créancier ne peut demander que la maison, et point les dix mille francs, quoique le débiteur puisse, en les payant, se dispenser de livrer la maison;

2°. Que, si la maison périssoit entièrement, par exemple, par un tremblement de terre, une inondation, l'obligation seroit entièrement éteinte, et ne subsisteroit pas même pour les dix mille francs;

3°. Enfin, que la créance résultant de ce legs est une créance immobilière, quand même le débiteur payeroit les dix mille francs.

SECTION V.

Des Obligations Indéterminées.

Nous avons vu, section III du chapitre II, que la chose qui est l'objet de l'obligation, devoit être déterminée sous certains rapports. Il est évident, en effet, que ce qui est absolument indéterminé, ne peut être l'objet d'une obligation. Telle seroit

BIU Cujas

la promesse de donner quelque chose, en général, sans autre explication, ou de donner du blé, de l'argent, etc. Mais si la chose est déterminée, au moins quant à son espèce et sa quan-
1129. tité, comme un cheval, dix setiers de blé, etc., l'engagement est valable, et l'obligation qui en résulte, se nomme obligation *indéterminée*.

Cette obligation est donc, en général, celle dont l'objet n'est pas individuellement exprimé. Elle est plus ou moins indéterminée, suivant que l'espèce ou le genre dans lequel la chose est à prendre, est plus ou moins général. Ainsi, l'obligation que quelqu'un auroit contractée, de donner un cheval de ses haras, est moins indéterminée que celle de donner simplement un cheval.

Dans ces sortes d'obligations, aucune des choses comprises sous le genre n'est spécialement dans l'obligation, quoique chacune d'elles soit *in facultate solutionis*. En effet, nous avons vu, au commencement de ce Titre, qu'il n'y a d'obligation, que par rapport à la chose que le créancier peut demander. Or, dans l'obligation indéterminée, il n'y a aucune des choses comprises sous le genre, que le créancier puisse demander déterminément; tandis qu'au contraire, il n'y en a aucune que le débiteur ne puisse payer, pourvu qu'elle soit bonne, loyale et mar-
1246. chande (1). Il suit de ces principes : 1°. que la perte des choses du genre, survenue depuis le contrat, même sans la faute du débiteur, n'éteint pas l'obligation; car le genre entier ne pouvant ordinairement (2) périr, et aucune des choses qui y sont comprises n'étant spécialement dans l'obligation, le débiteur ne peut pas dire que ce soit les choses péries qui étoient dues, plutôt que celles qui existent encore.

2°. Que, par la même raison, le créancier ne peut se plaindre de l'aliénation, même volontaire, que le débiteur auroit pu faire depuis l'obligation, ou de la perte arrivée par sa faute, de plusieurs choses du genre; car aucune d'elles n'étant déterminément dans l'obligation, le créancier ne peut pas dire que ce soit les choses aliénées ou péries qui étoient dues, plutôt que celles qui existent.

BIU Cujas

SECTION VI.

Des Obligations Solidaires.

En général, lorsque l'obligation d'une chose divisible a été contractée par plusieurs, ou envers plusieurs personnes, chacun des débiteurs, dans le premier cas, ne peut être poursuivi que pour sa part; et chacun des créanciers, dans le second, ne peut également exiger que sa part.

Mais la convention des parties (1), ou la disposition de la loi, peut être telle, que le total de la dette puisse être exigé de chaque débiteur, ou demandé par chaque créancier; c'est ce que l'on appelle *solidité* ou *solidarité d'obligation*.

Une obligation est donc solidaire, quand la même chose est, d'après le titre, due pour le total à chacun de plusieurs créanciers, ou par chacun de plusieurs débiteurs, de manière que le payement fait à l'un des créanciers, dans le premier cas, ou par l'un des débiteurs, dans le second, éteigne l'obligation à l'égard de tous. 1197. 1200.

Nous disons *la même chose*, parce qu'une des conditions essentielles pour que l'obligation soit solidaire, est qu'elle soit une par rapport à la chose qui en est l'objet, quoique, par rapport aux contractans, l'on puisse dire qu'il y a autant d'obligations distinctes qu'il y a de co-créanciers ou de co-débiteurs; d'où il résulte, qu'elle peut être contractée différemment à l'égard de chacun d'eux, sans cesser, pour cela, d'être solidaire, pourvu que la chose due soit toujours la même: ainsi, elle peut être à terme ou sous condition, à l'égard de l'un, et pure et simple à l'égard de l'autre, etc.

De cette unité d'obligation, au moins par rapport à ce qui en est l'objet, il résulte encore que tout ce qui perpétue l'obligation à l'égard de l'un des contractans, la perpétue également à l'égard de tous les autres (2). En conséquence, tout acte qui interrompt la prescription, quoiqu'à l'égard d'un seul des co-créanciers, ou d'un seul des co-débiteurs, profite, dans le pre- 1201.

BIU Cujas

1199. 1206. mier cas, à tous les autres créanciers (1), et préjudicie, dans le second, à tous les co-débiteurs (2).

D'après le titre : Parce que, si la nécessité de payer, ou le droit de recevoir, le tout à-la-fois, ne provenoit pas du titre, mais de la nature de la chose, il y auroit indivisibilité, et non solidarité (3). Mais il faut que le titre contienne une mention expresse de la solidarité, attendu qu'elle ne se présume jamais. Elle peut d'ailleurs résulter, comme nous l'avons dit, soit de 1202. la convention des parties (4), soit de la loi seule. Le testament peut être aussi un titre de solidarité. Le testateur peut charger ses héritiers, solidairement, de la prestation d'un legs (5).

A chacun de plusieurs créanciers, ou par chacun de plusieurs débiteurs : Parce que la solidarité peut exister, soit entre les créanciers, soit entre les débiteurs. Nous allons traiter séparément de chaque espèce.

§. Ier.

De la Solidarité entre Créanciers.

Nous avons vu qu'une obligation étoit solidaire entre créanciers, quand chacun d'eux étoit, d'après le titre, créancier pour le total, de manière cependant que le payement fait à l'un d'eux 1297. libérât le débiteur envers tous.

Nous disons *le payement :* Car, dans notre droit, il faut qu'il y ait payement, pour que le débiteur soit tout-à-fait libéré. Ainsi, chaque créancier peut bien recevoir la dette ; mais il ne peut en faire remise, ni déférer le serment au débiteur ; ou, s'il l'a fait, la remise, ou la délation du serment, ne vaut que 1198. 1365. pour sa part (6).

De ce que chaque créancier est capable de recevoir le total de la dette, il résulte que le débiteur a le droit de payer à celui qu'il veut choisir, pourvu qu'il n'ait pas encore été dirigé de poursuites contre lui par un d'entr'eux ; car alors il ne pourroit 1198. payer qu'au poursuivant, sauf, dans tous les cas, le recours

BIU Cujas

des autres créanciers contre celui qui a reçu le payement, chacun en raison de l'intérêt qu'il a dans l'obligation. 1197.

§. II.

De la Solidarité entre Débiteurs.

Une obligation est solidaire entre débiteurs, ainsi que nous l'avons dit, quand ils sont, d'après le titre, obligés à une même chose, de manière que chacun d'eux puisse être contraint pour le tout, et que l'extinction de l'obligation, à l'égard de l'un, libère tous les autres. 1200.

Les effets de cette solidarité sont : premièrement, que le créancier peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir (1), sans que celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de division (2). Mais comme la solidarité n'existe qu'en faveur du créancier, il s'ensuit qu'après le payement, celui qui a payé ne peut agir en recours contre les autres co-débiteurs, que proportionnément à l'intérêt que chacun d'eux a dans la cause de la dette (3); et cela, nonobstant la subrogation légale (4) qui a lieu, à la vérité, au profit du débiteur qui a payé, mais pour les priviléges et hypothèques seulement (5). 1203. 1213. 1216. 1251.

Si, cependant, l'un des co-débiteurs se trouvoit insolvable, la perte qu'occasionneroit son insolvabilité, seroit répartie par contribution, entre tous les autres co-débiteurs solvables et celui qui a fait le payement, chacun en proportion de son intérêt. 1214.

Mais il faut bien observer que les poursuites faites par le créancier, contre un des co-débiteurs, ne libèrent pas les autres, et qu'il peut, s'il n'est pas entièrement satisfait par celui auquel il s'est adressé, en attaquer un second, et successivement (6). 1204.

Le second effet de la solidarité entre débiteurs est, comme nous l'avons vu au commencement de cette section, que tout ce qui perpétue l'obligation à l'égard de l'un des co-débiteurs, la perpétue également à l'égard de tous les autres. Nous avons

BIU Cujas

déjà parlé de cet effet, relativement à la prescription : nous ajouterons, d'après le même principe, que, si la chose due a péri par la faute, ou pendant la demeure (1) de l'un des co-débiteurs, les autres ne sont point libérés (2). Il y a cependant une distinction à faire à cet égard : c'est que le fait de l'un peut bien perpétuer, mais non augmenter l'obligation des autres. Ainsi, dans l'espèce proposée, les autres débiteurs sont bien tenus solidairement de payer le prix de la chose périe, sauf leur recours contre celui par le fait duquel la perte est arrivée : mais s'il y a lieu, en outre, à des dommages-intérêts, ils ne peuvent être
1205. prononcés que contre ce dernier (3). Il n'en est pas de même des intérêts, lorsqu'il s'agit d'une créance pécuniaire; la demande formée contre l'un des co-débiteurs, les fait courir à
1207. l'égard de tous (4).

Nous avons dit que l'extinction de l'obligation à l'égard de l'un des co-débiteurs, libéroit tous les autres. Nous nous sommes servis de cette expression générale, *extinction*, parce qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait payement réel, pour que l'obligation soit éteinte à l'égard de tous les co-obligés (5); de-là il suit :

1°. Que, si l'un des débiteurs, poursuivi par le créancier, lui oppose valablement, et de son chef, la compensation, tous sont libérés.

Nous disons *de son chef*, parce qu'il ne peut l'opposer du
1294. chef de ses co-débiteurs (6).

2°. Que la libération de tous a également lieu, s'il intervient novation (7) entre le créancier et l'un des débiteurs. Si cependant le créancier n'avoit consenti à la novation, que sous la condition que les autres co-débiteurs accéderoient à la nouvelle obligation, le refus de ceux-ci faisant défaillir la condition, il n'y auroit pas de novation, et l'ancienne obligation continue-
1281. roit de subsister à l'égard de tous les obligés.

3°. Que la remise faite à l'un des débiteurs, libère également tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contr'eux (8); auquel cas, il ne peut plus répéter la dette, que déduction faite de la part de celui auquel il a
1285. fait la remise (9).

BIU Cujas

4°. Enfin, que le serment déféré par le créancier à l'un des co-débiteurs, profite à tous les autres, pourvu toutefois qu'il ait été déféré sur le fait de la dette, et non sur celui de la solidarité, ou de l'obligation personnelle de celui qui a juré (1). 1365.

Quant aux exceptions à opposer contre la demande du créancier, il faut distinguer entre celles qui sont dites réelles, et les exceptions personnelles.

Les exceptions réelles sont celles qui tiennent à la nature de l'obligation, ou à la manière dont elle a été contractée : telles sont celles du dol, de la lésion, du défaut de formalités, etc. : elles sont communes à tous les co-débiteurs, et peuvent être opposées par chacun d'eux.

Les exceptions personnelles sont celles qui tiennent à l'état ou à la qualité du débiteur : telles sont celles qui résultent de la minorité, de l'interdiction, etc. Elles ne peuvent être opposées que par le débiteur du chef duquel elles existent; et elles ne profitent qu'à lui seul (2). 1208.

La solidarité n'étant qu'une modification de l'obligation, il est clair qu'elle peut cesser d'exister, sans que, pour cela, l'obligation soit éteinte; par exemple, si le créancier consent à y renoncer, soit à l'égard de tous les débiteurs, soit à l'égard de l'un ou de plusieurs d'entr'eux seulement. Cette renonciation peut être expresse ou tacite.

La renonciation tacite à la solidarité, en faveur d'un des co-débiteurs, résulte du concours (3) des trois circonstances suivantes :

La première, que le créancier ait reçu divisément la part d'un des débiteurs dans la dette;

La seconde, que la quittance porte que la somme reçue est pour la part de tel débiteur (4);

Et la troisième, que le créancier n'y ait fait aucune réserve, soit spécialement de la solidarité, soit en général de ses droits.

La renonciation tacite à la solidarité résulte encore de la demande formée par le créancier, de la portion du débiteur dans la dette, ladite demande suivie de l'acquiescement du débiteur (5), ou d'un jugement conforme (6). 1211.

BIU Cujas

Au reste, la renonciation, soit expresse, soit tacite, étant toujours une espèce de libéralité, ne profite qu'au débiteur en faveur de qui elle a eu lieu, quand même le créancier n'auroit pas réservé ses droits contre les autres débiteurs, qui sont toujours tenus solidairement, déduction faite de la portion que le débi-
1210. teur déchargé a payée au créancier (1). Mais si la remise partielle de la solidarité ne profite point aux autres co-débiteurs, elle ne peut non plus leur préjudicier. En conséquence, si l'un d'eux devient insolvable, sa portion dans la dette est répartie contributoirement (2) entre tous les débiteurs, même ceux qui
1215. ont été déchargés de la solidarité.

La renonciation tacite à la solidarité doit être en général restreinte à ce qui se trouve exigible au moment où elle est intervenue. Si donc la somme reçue par le créancier, *pour la part du débiteur, divisément et sans réserve*, fait partie des arrérages de la dette, la solidarité n'est censée remise que pour les intérêts échus, et non pour les arrérages à écheoir, ni à plus forte raison pour le capital, à moins que le même payement, divisé
1212. et sans réserve, n'ait duré dix ans consécutifs (3).

SECTION VII.

Des Obligations Divisibles et Indivisibles.

Avant d'exposer les principes relatifs à la divisibilité ou à l'indivisibilité des obligations, il faut remarquer qu'il ne peut y avoir le plus souvent (4) lieu à aucune question à cet égard, tant que le débiteur et le créancier sont tous deux vivans. Quelque divisible que soit la dette, le débiteur ne peut l'acquitter par-
1220. tiellement, sans le consentement du créancier, à moins que cela n'ait été expressément convenu dans l'origine, ou autorisé
1244. depuis par le juge.

Mais la mort de l'un ou de l'autre donne lieu à l'application de cette ancienne règle, qui nous vient de la loi des douze Tables, et dont nous avons déjà fait connoître en partie les principaux effets au Titre *des Successions*; savoir: que *les dettes*,

BIU Cujas

tant actives que passives, se divisent de plein droit entre les héritiers. D'un autre côté, cependant, comme ce principe, malgré sa généralité, ne peut être appliqué qu'autant que la division est possible, il a été nécessaire d'établir des règles servant à faire connoître dans quels cas une obligation est, ou non, divisible.

Une obligation est divisible, quand elle a pour objet une chose qui est susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle : dans le cas contraire, elle est indivisible. 1217. 1218.

La division matérielle est celle qui peut se faire en parties réellement et effectivement divisées : l'obligation de livrer dix boisseaux de blé, est une obligation matériellement divisible.

La division intellectuelle est celle qui n'existe que dans l'entendement, *quæ solo intellectu fit*, lorsque la chose, quoique non susceptible de division réelle, peut cependant être possédée par plusieurs personnes, par parties indivises. Un cheval, par exemple, est susceptible de cette dernière espèce de division (1).

La chose qui fait l'objet de l'obligation, peut être indivisible, ou par sa nature, ou par le rapport sous lequel elle a été considérée dans le contrat. 1218.

Par sa nature, lorsque l'on ne peut imaginer aucune division, soit réelle, soit intellectuelle, de cette chose, comme un droit de vue, de passage, etc.

Par le rapport, etc., lorsque la chose est naturellement divisible, mais que la manière dont elle a été envisagée dans la convention, doit la faire considérer comme indivisible : telle est l'obligation de bâtir une maison (2). La simple convention des parties ne suffiroit pas pour donner à l'obligation le caractère d'indivisibilité. Ainsi, par exemple, dans l'obligation de payer une somme d'argent, quand il auroit été stipulé que, même après la mort du débiteur, elle ne pourroit être acquittée partiellement, cette convention, qui devroit sans doute être exécutée, ne rendroit pas pour cela l'obligation indivisible (3).

L'obligation de faire peut aussi être divisible ou indivisible, suivant la nature du fait qui en est l'objet. Ainsi l'obligation de bâtir une maison, est regardée comme indivisible. Celle de *Ibid.*

BIU Cujas

façonner dix arpens de terre, seroit regardée comme divisible.

La même distinction peut être appliquée à l'obligation de ne pas faire. Celle de ne pas aller à Rome est indivisible; celle de ne point bâtir sur un terrain quelconque est divisible, au moins *effectu*, ainsi que nous l'avons vu précédemment (1).

Ces principes posés, nous allons traiter séparément des effets de chacune de ces deux espèces d'obligations.

§. I^er^.

Des Effets de l'Obligation Divisible.

Quand l'obligation est divisible, le principe général est, comme nous l'avons dit, que les héritiers du créancier ne peuvent demander la dette, et ceux du débiteur ne sont tenus de la payer, que pour la part dont ils sont saisis dans la succession
1220. de leur auteur (2).

Ce principe reçoit cependant plusieurs exceptions à l'égard des héritiers du débiteur:

1221. 1°. S'il s'agit d'une dette hypothécaire: dans ce cas, l'action personnelle reste bien divisée entre tous les héritiers; mais l'action réelle ou hypothécaire peut, ainsi qu'il a été dit au Titre *des Successions*, être dirigée pour le total contre celui ou ceux d'entr'eux, qui possèdent des immeubles affectés à la créance, parce que l'hypothèque est, de sa nature, indivisible; qu'elle subsiste en entier sur chaque immeuble, et sur
2114. chaque portion de l'immeuble affecté, sauf le recours de celui qui a payé contre chacun de ses cohéritiers, conformément à l'article 875.

2°. S'il s'agit de la restitution d'un gage mobilier affecté au payement d'une dette même divisible, et quand même le gage le seroit également; l'indivisibilité, qui est la même pour le gage que pour l'hypothèque, fait que l'un des héritiers du débiteur, quoiqu'ayant payé sa part dans la dette, ne peut cependant recouvrer le gage, même pour sa portion, qu'après l'ac-

BIU Cujas

quittement total de la dette à la sûreté de laquelle le gage est affecté, et réciproquement, que l'un des héritiers du créancier ne peut, quoiqu'il ait reçu sa part dans la dette, remettre aucune portion du gage, avant que tous les cohéritiers soient entièrement payés. Il en est de même, s'il y a plusieurs choses engagées; aucune ne peut être réclamée dans le premier cas, ni restituée dans le second, qu'après l'entier acquittement de la dette. 2083.

3°. Lorsque la dette est d'un corps certain, celui des héritiers dans le lot duquel ce corps est tombé, peut être poursuivi pour le total, sauf son recours contre ses cohéritiers. 1221.

4°. Lorsque la chose est périe par le fait ou la faute d'un des cohéritiers: dans ce cas, la division de la dette, qui a lieu de plein droit, faisant que l'obligation de chacun d'eux est distincte et séparée de celle de ses cohéritiers, il en résulte que ceux qui n'ont pas contribué à la perte, sont chacun dans le cas d'un débiteur de corps certain, qui est libéré par la perte de la chose due, arrivée sans aucun fait qui lui soit imputable. Le créancier 1302.
a donc recours pour la valeur totale de l'objet, et même pour les dommages-intérêts, s'il y a lieu, seulement contre l'héritier par le fait duquel la chose est périe.

5°. Lorsque l'un des héritiers est chargé seul, par le titre, de l'exécution de l'obligation (1).

6°. Lorsqu'il s'agit de dettes alternatives, quand même toutes les choses comprises dans l'obligation, seroient divisibles(2); ce qu'il faut néanmoins entendre dans ce sens, que chaque héritier du débiteur n'est admis à payer sa part de l'une des choses, qu'autant que les autres consentent à payer aussi leur part de la même chose; tellement que, quand même le créancier auroit reçu la part d'un des héritiers dans une des choses, ce payement ne devient définitif et valable, que lorsque les autres héritiers auront payé leur part dans la même chose. De même chaque héritier du créancier ne peut demander sa part dans une des choses, qu'autant que ses cohéritiers sont d'accord pour demander leur part de la même chose. La même disposition s'applique aux obligations indéterminées.

7°. Lorsqu'il résulte, soit de la nature de l'engagement (3),

BIU Cujas

soit de la chose qui en est l'objet (1), soit de la fin que les parties se sont proposée (2), que leur intention a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement. Dans ces cas, quoique l'obligation soit divisible, néanmoins chaque héritier peut être poursuivi
1221. pour le tout, sauf son recours contre ses cohéritiers (3).

8°. Enfin, lorsqu'avant le payement, toutes les portions se trouvent réunies en une seule personne. Il en est de même, dans ce cas, à l'égard des héritiers du créancier, lorsque la dette est devenue divisible par sa mort (4).

§. II.

Des Effets de l'Obligation Indivisible.

Il résulte de la nature de l'obligation indivisible, qu'elle ne peut être acquittée partiellement. Si donc elle a été contractée conjointement par plusieurs, ou envers plusieurs, chacun des débiteurs en est tenu, et chacun des créanciers peut en exiger
1222. le payement, pour la totalité (5).

En cela, l'indivisibilité a le même effet que la solidarité; mais, ce point excepté, il faut bien se garder de confondre l'obliga-
1219. tion indivisible avec la solidaire. Elles sont très-distinctes sous beaucoup d'autres rapports, ainsi que nous allons le faire connoître; ce qui indiquera en même temps les principaux caractères de l'obligation indivisible.

Premièrement, l'indivisibilité provenant de la nature de l'obligation, en devient une qualité réelle, qui ne peut en être détachée, et qui passe avec elle aux héritiers; en sorte que chacun
1223. des héritiers du débiteur en est tenu, et chacun des héritiers du
1224. créancier peut en exiger le payement, pour le total. La solidarité, au contraire, ne tenant pas à la nature de l'obligation, mais au fait personnel des parties, et à leur convention particulière, n'empêche pas que l'obligation ne se divise entre les héritiers de chaque créancier ou de chaque débiteur : d'où il résulte, que, dans l'obligation solidaire, l'interruption de la prescription à l'égard de l'un des héritiers d'un co-débiteur, n'a aucun effet à

BIU Cujas

l'égard de ses cohéritiers, et n'a d'effet, à l'égard des autres co-débiteurs, que pour la part dont cet héritier est tenu (1); au lieu que, si l'obligation est indivisible, la prescription interrompue à l'égard d'un des héritiers du débiteur, l'est également, non-seulement à l'égard de ses cohéritiers, mais encore, et pour le total, à l'égard des autres débiteurs de la même dette, s'il en existe (2). 2249.

Deuxième différence, qui est une suite de la première : S'il y a solidarité, et que par l'effet de la non-exécution de l'obligation primitive, elle vienne à se convertir en une obligation de dommages-intérêts, la solidarité existe pour la seconde obligation comme pour la première : s'il y a seulement indivisibilité, l'obligation des dommages-intérêts étant ordinairement divisible, chacun des débiteurs n'en est tenu, et chacun des créanciers ne peut en exiger le payement, que pour sa part.

Troisièmement, dans l'obligation solidaire, un des débiteurs, assigné en payement, ne peut demander la mise en cause de ses co-débiteurs, parce qu'il doit réellement le total à lui seul, et en vertu de sa propre obligation; au lieu que, dans l'obligation indivisible, le débiteur assigné, ne devant pas le total en vertu de son obligation particulière, peut demander un délai pour mettre en cause ses co-débiteurs, à moins cependant que la dette ne soit de nature à ne pouvoir être acquittée que par lui (3); auquel cas, il peut être condamné seul pour le tout, sauf son recours, s'il y a lieu. 1225.

Quatrièmement enfin, dans l'obligation solidaire entre créanciers, si l'un d'eux a fait remise de la dette, elle est diminuée de plein droit jusqu'à concurrence de sa portion : au lieu que, dans l'obligation indivisible, si l'un des héritiers du créancier a déchargé le débiteur, à titre gratuit ou onéreux, les autres peuvent encore demander l'acquittement total de l'obligation (4), à la charge toutefois, de tenir compte de la valeur (5) de la portion de celui qui a fait la remise. 1198. 1224.

BIU Cujas

SECTION VIII.

Des Obligations avec Clause pénale.

La clause pénale est celle par laquelle une personne s'oblige à quelque chose, en cas d'inexécution d'une obligation précédemment contractée. Cette clause est donc une obligation secondaire et accessoire, dont l'objet est d'assurer l'exécution de
1226. l'obligation principale, et de fixer d'avance le montant des dommages-intérêts que le créancier aura droit de réclamer en
1229. cas d'inexécution. De-là plusieurs conséquences :

La première, que, si l'obligation principale est nulle, l'obligation pénale l'est également (1), mais sans réciprocité; car le principal peut exister sans l'accessoire, mais non l'accessoire sans
1227. le principal;

La seconde, que la demande des dommages-intérêts étant toujours facultative dans la personne du créancier, il peut, toutes les fois que l'obligation principale est encore exécutable, en
1228. poursuivre l'exécution, au lieu de demander la peine stipulée;

La troisième, que, la clause pénale étant l'estimation faite par les parties elles-mêmes, du dommage que le créancier est censé souffrir par suite de l'inexécution de l'obligation principale, il ne peut demander en même temps le principal et la peine (2). Si cependant la peine avoit été stipulée pour le simple retard, alors elle seroit l'estimation du dommage résultant du retard seul; et s'il y avoit en effet retard, le créancier pourroit
1229. demander d'abord la peine, et ensuite le principal.

Ces principes établis, il reste à déterminer quand, et comment la peine est encourue.

§. I^er^.

Quand y a-t-il lieu à l'Application de la Clause pénale ?

Il faut distinguer, à cet égard, entre les obligations de donner, de faire, ou de prendre, et celle de ne pas faire.

BIU Cujas

Si l'obligation est de donner, de faire, ou de prendre, la peine est encourue du moment qu'il y a demeure (1). 1230.

Si l'obligation est de ne pas faire, la peine est due aussitôt que la chose a été faite (2). La preuve de la contravention est dans le fait même. 1145.

§. II.

Comment la Clause pénale doit-elle être appliquée ?

Pour résoudre cette question, il faut distinguer le cas où le débiteur est vivant, et celui où l'exécution est dirigée contre ses héritiers.

Dans le premier cas, l'inexécution totale de l'obligation donne lieu à l'application de la peine en totalité, tellement qu'il n'est pas même au pouvoir du juge d'y rien ajouter ou retrancher (3). 1152.

Nous disons *l'inexécution totale :* Car si l'obligation principale a été exécutée en partie (4), alors, comme il pourroit être contre l'équité que le créancier eût la peine entière et une partie de la chose, il pourroit (5) y avoir lieu à modifier la peine, d'après une évaluation proportionnelle, pour laquelle, en cas de contestation, le recours aux tribunaux deviendroit nécessaire. 1231.

Mais si le débiteur est mort, alors le mode d'application de la clause pénale dépend de la nature de l'obligation principale. Si celle-ci est divisible, l'autre se divise également : en conséquence, les héritiers du débiteur n'étant tenus de l'obligation principale que pour leur portion héréditaire, si quelques-uns d'entr'eux l'ont exécutée pour ce qui les concernoit, ils sont libérés de la peine, qui n'est encourue que par les contrevenans, et pour la part seulement (6) dont ils étoient tenus dans l'obligation principale. 1233.

Mais si l'obligation est indivisible, il suffit qu'un des héritiers contrevienne, pour donner lieu à l'application de la peine en totalité (7) ; et, comme cette peine est ordinairement divi-

BIU Cujas

sible, elle est alors encourue par chacun des cohéritiers, pour leur part et portion (1), sauf leur recours contre celui qui a fait la contravention, lequel peut même être poursuivi par le créan-
1232. cier, directement et pour la totalité (2).

Il en est de même, quand la clause pénale a été ajoutée dans l'intention que l'obligation principale, quoique divisible, ne pût cependant être exécutée partiellement (3), et que l'un des
1233. héritiers du débiteur en a empêché l'exécution.

CHAPITRE IV.

De l'Effet des Obligations conventionnelles (4).

Les obligations conventionnelles ont trois principaux effets:

1°. Elles tiennent lieu de loi à ceux qui les ont contractées. En conséquence, elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel (5), ou pour les causes autorisées par
1134. la loi.

Mais si les conventions ont cet effet à l'égard des contractans eux-mêmes, il n'en est pas de même à l'égard des tiers, auxquels,
1165. comme nous l'avons dit, elles ne peuvent jamais nuire (6); mais elles peuvent leur profiter dans trois cas:

1°. Lorsque le tiers se trouve dans la condition apposée à une convention qui concerne les parties contractantes, et qu'il a dé-
1121. claré vouloir en profiter (7);

2°. Lorsqu'il y a cautionnement, ou solidarité entre débiteurs, les conventions faites entre le créancier et le débiteur principal ou l'un des co-débiteurs solidaires, et qui tendent à l'extinction de la dette, profitent aux cautions ou aux autres co-débi-
1281. teurs (8);

3°. Enfin, les créanciers peuvent exercer contre les tiers les droits et actions de leur débiteur, pourvu cependant qu'il ne s'agisse point de droits exclusivement attachés à la personne du
1166. débiteur même (9). Les créanciers peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer (10) les actes (11) faits par leur débiteur, en fraude ou au préjudice de leurs droits (12), en se conformant d'ail-

BIU Cujas

leurs aux règles prescrites, suivant la nature des actes qu'ils veulent attaquer (1). 1167.

Le second effet des obligations, est de donner lieu à des dommages-intérêts, en cas de refus ou de retard dans l'exécution.

Le troisième, c'est d'exiger toujours la bonne foi dans l'exécution, c'est-à-dire qu'elles obligent non-seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à tout ce que l'équité, l'usage, ou la loi, exigent, d'après la nature de l'obligation. 1134. 1135.

Nous disons *d'après la nature de l'obligation* : Parce qu'il faut distinguer, pour ce qui concerne ce dernier effet et le précédent, entre l'obligation de donner, et celle de faire ou de ne pas faire. Nous verrons donc dans ce chapitre :

1°. Quels sont les effets de l'obligation de donner;

2°. Quels sont ceux de l'obligation de faire ou de ne pas faire;

3°. Quelles sont les règles à suivre pour l'interprétation des conventions;

4°. Enfin, quand et comment il y a lieu à des dommages-intérêts pour raison d'inexécution, ou de retard dans l'exécution des obligations.

SECTION PREMIÈRE.

Des Effets de l'Obligation de donner.

L'obligation de donner emporte celle de livrer la chose; et, quand elle s'applique à un corps certain et désigné, elle contient, de plus, l'obligation de le conserver jusqu'à la livraison. Dans ce dernier cas, le débiteur est tenu d'apporter à la conservation de la chose tous les soins d'un bon père de famille, soit que la convention ait pour objet l'utilité commune des contractans, ou seulement celle de l'une des parties, sauf cependant le plus ou moins d'étendue de cette obligation, relativement à certains contrats (2); ce qui sera expliqué sous les Titres qui les concernent. Mais, dans aucun cas, le débiteur n'est tenu de la force majeure ou cas fortuit, à moins qu'il ne soit en demeure, ou qu'il n'en ait été chargé par une convention particulière, ou enfin que 1136. 1137. 1148.

BIU Cujas

le cas fortuit n'ait été précédé d'une faute de sa part qui y ait donné lieu.

Dans les contrats translatifs de propriété, l'obligation de livrer la chose rend le créancier propriétaire, du moment que l'obligation a pris naissance (1), et sans qu'il soit besoin de tra-
1138. dition.

Ce principe est néanmoins sujet à plusieurs exceptions.

Ainsi, quand il s'agit d'effets mobiliers, si l'obligation de livrer la même chose a été contractée successivement avec plusieurs personnes, celle qui a été mise la première en possession réelle, est préférée, quand même son titre seroit postérieur en date,
1141. pourvu qu'elle soit de bonne foi (2).

Secondement, nous avons vu que, quand l'obligation étoit contractée sous une condition suspensive, le créancier ne devenoit propriétaire, que du moment de l'accomplissement de la condition.

Troisièmement, lorsque l'obligation est alternative, ou indéterminée, il est évident que, l'objet n'en étant pas certain, il n'y a que la tradition, ou le choix fait par la partie qui a droit de choisir, et accepté par l'autre partie, ou jugé valable avec elle, qui puissent déterminer la chose sur laquelle le créancier a droit.

Quatrièmement, enfin, nous avons vu également au Titre *des Donations*, que la propriété de l'immeuble donné entre-vifs n'étoit transférée, à l'égard des tiers, que par la transcription.

De ce que le créancier est propriétaire du moment de la naissance de l'obligation, il résulte que la chose est à ses risques dès ce même moment, quoique la tradition n'en ait pas été faite. Il faut cependant excepter le cas où le débiteur est en demeure de livrer. Il est alors responsable de tous les accidens
1138. survenus depuis la demeure, même par cas fortuit, à moins qu'il ne puisse prouver que l'accident auroit eu lieu également
1302. chez le créancier, si la chose lui eût été livrée.

Le débiteur est en demeure, 1°. lorsque la chose qu'il s'est obligé de donner ou de faire (3), ne pouvoit être donnée ou
1146. faite (4) que dans un intervalle de temps qu'il a laissé passer;

BIU Cujas

2°. Par l'effet de la convention seule, lorsqu'elle est à terme, et qu'il y est stipulé expressément que la demeure aura lieu par la seule échéance du terme, et sans qu'il soit besoin d'acte (1). 1139.

3°. Dans tous les autres cas, par une sommation ou autre acte équivalent (2), ou quelquefois par l'effet d'une demande judiciaire, suivant la nature de l'obligation. *Ibid.* 1153.

SECTION II.

Des Effets de l'Obligation de faire ou de ne pas faire.

On ne peut, à la rigueur, et sans attenter à la liberté naturelle, forcer un individu de faire ce qu'il ne veut pas, ou l'empêcher de faire sur son propre bien ce qu'il veut; mais on peut, dans les deux cas, le punir, s'il est contrevenu (3) à des obligations par lui contractées. De-là le principe, que toute obligation de faire ou ne pas faire, se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution. 1142.

Cependant, s'il s'agit d'une obligation de faire (4), et que le fait puisse être accompli par un tiers, le créancier peut être autorisé à faire exécuter l'obligation aux dépens du débiteur, 1144. et sans préjudice des dommages-intérêts résultant du retard.

De même, si l'obligation est de ne pas faire, et que ce qui a été fait en contravention, puisse être détruit, le créancier a le droit d'en demander la destruction; il peut même se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, toujours sans préjudice des dommages-intérêts, s'il y a lieu. 1143.

SECTION III.

De l'Interprétation des Conventions.

Il arrive assez fréquemment que l'on est obligé d'interpréter les conventions, soit parce que les parties elles-mêmes se sont expliquées d'une manière obscure, soit parce qu'un événement survenu depuis le contrat, fait naître une question non prévue, et qu'il faut cependant décider.

BIU Cujas

Nul doute que l'on ne doive alors recourir à l'intention des parties, s'il est possible de la découvrir ; tellement que, quand même le sens littéral des termes paroîtroit contraire, il fau-
1156. droit encore s'attacher de préférence à l'intention (1).

De même, s'il s'agit de décider quelles sont les choses comprises dans la convention, c'est encore à l'intention seule qu'il faut recourir, quelque généraux que soient d'ailleurs les ter-
1163. mes dans lesquels la convention est conçue (2).

Tout cela n'est susceptible d'aucune difficulté, lorsque la preuve de l'intention peut résulter de la teneur du contrat ; mais, dans le cas contraire, il faut bien se contenter d'une simple présomption, fondée, ou sur la raison, ou sur l'usage, ou sur la nature même du contrat.

Sur la raison : Ainsi, lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, dont l'un en rendroit l'effet absolument nul, l'on doit raisonnablement présumer que les parties ont eu en vue le sens dans lequel la clause peut avoir un effet, plutôt que celui
1157. dans lequel elle n'en auroit aucun (3).

C'est la raison qui dit également, que toutes les clauses d'un même acte doivent s'interpréter les unes par les autres, et être
1161. entendues d'après le sens qui résulte de l'acte entier (4).

Sur l'usage : Parce que l'on ne présume point, à moins de stipulation formelle, que les parties ont voulu s'écarter de l'usage ordinaire. En conséquence, les dispositions qui présentent de l'incertitude, s'interprètent toujours par ce qui est d'u-
1159. sage dans le pays où le contrat a été passé (5).

L'usage a même une si grande autorité, en fait de convention, que l'on doit toujours, à moins que le contraire ne résulte expressément de l'acte, y suppléer les clauses consacrées par
1160. l'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées (6).

Sur la nature du contrat : Parce que les parties, en annonçant l'intention de faire un contrat quelconque, sont toujours présumées avoir voulu se conformer à ce qui est de sa nature, tant qu'elles n'ont pas manifesté d'intention contraire. Lors donc que, dans une convention, l'on a exprimé un cas quelconque, si la clause n'est pas conçue d'une manière exclusive, les parties

BIU Cujas

sont censées avoir voulu par-là donner un exemple, ou une explication de leur intention, plutôt que restreindre l'obligation au cas exprimé (1). 1164.

De même, si une clause ou une expression est susceptible de deux sens, qui présentent tous deux un résultat admissible, on doit prendre de préférence celui qui convient le plus à la nature du contrat (2). 1158.

Enfin, si toutes choses sont égales de part et d'autre, la clause douteuse doit s'interpréter contre le créancier, qui, par la nature des choses, est le maître d'imposer les conditions, et qui doit s'imputer de ne pas s'être expliqué plus clairement; s'il s'agit d'un contrat synallagmatique parfait, la clause douteuse s'interprète contre celui qui doit livrer la chose, parce qu'on présume qu'il a été le maître des conditions. 1162. 1602.

SECTION IV.

Des Dommages-Intérêts résultant de l'inexécution, ou du retard dans l'exécution des Conventions.

On appelle, en général, *dommages-intérêts*, l'estimation de la perte qu'une personne a faite, et du gain qu'elle a manqué de faire. Lors donc que l'on dit que le débiteur est tenu des dommages et intérêts du créancier, on entend qu'il doit l'indemniser de la perte ou du défaut de gain qu'il lui a occasionné, soit par l'inexécution de l'obligation, soit par la mauvaise exécution (3), soit même par le simple retard dans l'exécution. 1149.

Les dommages et intérêts sont dus, lorsque le débiteur est en demeure, ou, si l'obligation est de ne pas faire, du moment qu'il y est contrevenu. Il n'est pas nécessaire, pour y donner lieu, qu'il y ait mauvaise foi de la part du débiteur. Ils sont dus par le fait seul de l'inexécution, ou du retard dans l'exécution, à moins que le débiteur ne prouve que c'est par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit et imprévu (4), qu'il a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il étoit obligé, ou qu'il a fait ce qui lui étoit interdit. 1146. 1145. 1147. 1148.

BIU Cujas

Cependant, comme il ne seroit pas juste de punir la simple négligence, ou l'imprévoyance, comme la mauvaise foi, il a dû être fait quelque distinction à cet égard, quant à la fixation (1) des dommages-intérêts.

Si donc on ne peut reprocher au débiteur aucun dol, il n'est tenu que des dommages qui ont été prévus, ou qui ont pu l'être
1150. lors du contrat (2).

Mais s'il y a dol, il est tenu de tous les dommages qui sont
1151. une suite immédiate et directe du retard ou de l'inexécution (3).

Au surplus, ces distinctions ne peuvent avoir lieu qu'au défaut de la convention; car si le cas du retard ou de l'inexécution a été prévu, et qu'il ait été stipulé une somme déterminée à titre de dommages-intérêts, le juge, comme nous l'avons dit, ne
1152. peut se permettre d'y rien changer (4). Mais dans le silence du contrat, c'est aux tribunaux à fixer le montant des condamnations (5).

Les principes que nous venons d'établir, relativement à la fixation des dommages-intérêts, ne sont point applicables au cas où l'obligation est de payer une somme d'argent; d'abord, parce que les dommages résultant du retard dans l'accomplissement de cette espèce d'obligation, varient à l'infini, et seroient, en conséquence, très-difficiles à évaluer; et, en second lieu, parce que ce seroit ouvrir la porte à une infinité de contrats usuraires, qu'une sage législation doit empêcher autant que possible.

Dans cette obligation donc, les dommages et intérêts ne peuvent jamais, nonobstant toute stipulation (6), excéder les in-
1153. térêts fixés par la loi (7), sauf les règles particulières relatives
1846. } au contrat de société (8), au cautionnement (9), et au com-
2028. } merce (10); mais aussi le créancier n'a pas besoin, comme dans les autres obligations, de justifier d'aucune perte; le fait seul du retard suffit; et les intérêts courent, ou de plein droit, dans les cas prévus par la loi (11), ou par l'effet de la convention, s'il a été stipulé qu'à défaut de payement à l'échéance, les in-
1139. térêts courront de plein droit; ou enfin, par la mise en demeure
1153. du débiteur.

BIU Cujas

Le débiteur d'une somme d'argent n'est constitué en demeure, pour ce qui concerne les intérêts, que par une demande judiciaire (1); il peut cependant l'être par une simple citation en conciliation, pourvu qu'elle soit suivie d'une demande formée au plus tard dans le mois, à compter du jour de la non-comparution ou de la non-conciliation. 1153. *Pr.* 57.

La demeure du débiteur fait courir les intérêts, non-seulement des capitaux, mais encore des revenus échus, tels que fermages, loyers, arrérages de rentes perpétuelles ou viagères. Il en est de même des restitutions de fruit, et des intérêts payés par un tiers en l'acquit du débiteur (2); mais, dans tous ces cas, les intérêts ne courent, qu'autant qu'il y a demande judiciaire, citation suivie de demande, ou stipulation expresse. 1155.

Mais si la somme demandée consiste elle-même en intérêts de capitaux, elle n'est susceptible de produire intérêt, soit par l'effet d'une demande judiciaire, soit même par une convention spéciale, qu'autant qu'il s'agit du revenu d'une année entière (3). 1154.

CHAPITRE V.

De l'Extinction des Obligations.

Les obligations s'éteignent par
Le payement;
La novation;
La remise de la dette;
La compensation;
La confusion;
La perte de la chose due;
La nullité ou rescision;
L'effet de la condition résolutoire;
Et enfin, par la prescription (4), qui fera l'objet d'un Titre particulier. Nous avons traité de la condition résolutoire, chap. III, sect. I^re^., §. II. Il nous reste à parler des sept au- 1234.

BIU Cujas

tres manières d'éteindre les obligations, qui feront l'objet des sept sections suivantes.

SECTION PREMIÈRE.

Du Payement.

Le payement, en général, est la prestation réelle de ce qu'on s'est obligé de donner ou de faire.

Nous disons, *en général*, parce que, dans le style ordinaire, l'on entend particulièrement, sous le nom de payement, l'acquittement de l'obligation de donner, et le plus souvent même de donner une somme d'argent; mais en droit, tout accomplissement réel d'une obligation quelconque, se nomme payement.

La prestation réelle, pour distinguer le payement, dont il s'agit dans cette section, de la compensation, qui est un payement purement fictif.

Pour faire connoître les principes relatifs à cette manière d'éteindre les obligations, nous aurons à voir par qui, à qui, quand, où, et comment le payement doit être fait; comment le payement doit être imputé, lorsqu'il existe plusieurs obligations, et qu'elles ne sont pas toutes acquittées; enfin, quel est l'effet du payement régulièrement effectué.

§. Ier.

Par qui le payement doit-il être fait ?

Lorsque l'obligation est de faire, et que la considération de la personne du débiteur est entrée pour quelque chose dans la convention (1), le créancier peut exiger que l'obligation soit
1237. acquittée par le débiteur lui-même. Ce cas excepté, l'obligation de faire, comme celle de donner, peut être acquittée par toute
1236. personne, quelle qu'elle soit, malgré le créancier (2).

Quant à l'effet différent que peut avoir le payement, lors-

BIU Cujas

qu'il est fait par le débiteur, ou par un tiers, nous en traiterons ci-après, §. VII.

Lorsque le payement doit avoir pour effet de transférer la propriété (1), il est évident qu'il n'est valable, qu'autant que celui qui paye, est propriétaire de la chose payée, et, de plus, capable de l'aliéner.

Si cependant l'objet payé, même par le non-propriétaire ou l'incapable, est une chose fongible, le payement devient valable, quand le créancier a consommé la chose de bonne foi (2), 1238.
sauf le recours, s'il y a lieu, du véritable propriétaire, contre celui qui a payé.

§. II.

A qui le payement doit-il être fait ?

Pour que le payement soit valable, il faut qu'il soit fait, ou au créancier lui-même;

Ou à son fondé de pouvoir (3);

Ou à celui qui est autorisé par la loi (4) ou par le juge (5), à recevoir pour lui; 1239.

Ou enfin, à la personne indiquée à cet effet dans la convention (6).

Le payement fait à celui qui n'avoit pas de pouvoir du créancier, devient valable, si celui-ci le ratifie, ou s'il en a profité (7), *Ibid.*
ou si celui qui a reçu le payement, succède à la créance, soit comme héritier du créancier, soit à tout autre titre.

Le payement est également valable, s'il a été fait de bonne foi (8) à celui qui étoit en possession de la créance (9), quand même il s'en trouveroit évincé par la suite. 1240.

D'un autre côté, le payement fait au créancier lui-même est nul dans deux cas :

1°. S'il n'est pas capable de recevoir (10), à moins, dans ce cas, que le débiteur ne prouve (11) que la chose payée a tourné au profit du créancier; 1241.

2°. Si le payement a été fait au préjudice de saisies-arrêts ou

BIU Cujas

oppositions (1), il n'est pas valable à l'égard des saisissans ou opposans, qui peuvent, selon leur droit (2), contraindre le débiteur à payer une seconde fois, sauf son recours contre le
1242. créancier (3).

Il n'est pas nécessaire, pour la validité du payement, qu'il soit fait du consentement du créancier. Il peut avoir lieu, et le débiteur peut être libéré malgré le créancier, au moyen de la consignation.

La consignation est un acte équipollent à payement, qui peut être défini: le dépôt de la chose ou de la somme due, fait au refus du créancier, et avec les formalités requises, entre les mains d'une tierce personne.

Nous disons *un acte équipollent à payement*: Parce que la consignation n'est point un véritable payement. Elle en diffère, en ce que le payement éteint la dette irrévocablement, sans qu'il soit même au pouvoir des parties de la faire revivre; au lieu que la consignation n'éteint l'obligation d'une manière irrévocable, que lorsqu'elle a été acceptée par le créancier, ou qu'elle a été déclarée valable par un jugement passé en force de
1262. chose jugée (4).

Au refus du créancier: Ce refus doit être constaté par un procès-verbal d'offres réelles. Les conditions nécessaires pour la validité de ces offres, sont: 1°. qu'elles soient faites au créancier capable de recevoir, ou à celui qui le représente;

2°. Qu'elles soient faites à la requête d'une personne capable de payer (5);

3°. Que le terme soit échu, si toutefois il a été stipulé en faveur du créancier;

4°. Si l'obligation est conditionnelle, que la condition soit accomplie (6);

5°. Que les offres soient faites au lieu convenu pour le payement (7); à défaut de convention, à la personne ou au domicile du créancier (8), ou au domicile élu pour l'exécution de l'acte (9);

6°. Qu'elles soient faites par un officier ministériel, ayant caractère pour ces sortes d'actes (10);

7°. Qu'elles soient de la totalité de la chose (11) ou de la somme

BIU Cujas

exigible (1), des intérêts dus, des frais liquidés, et d'une somme quelconque pour les frais non liquidés, sauf à parfaire; 1258.

8°. Que le procès-verbal d'offres désigne l'objet offert, de manière qu'on ne puisse en substituer un autre; ou, s'il s'agit d'espèces, qu'il en contienne l'énumération et la qualité; *Pr.* 812.

9°. Enfin, que ce même procès-verbal fasse mention de la réponse, du refus ou de l'acceptation du créancier, et s'il a signé, refusé de signer, ou déclaré ne le savoir ou ne le pouvoir. *Pr.* 813.

Les offres étant faites de la manière ci-dessus prescrite, si le créancier les a refusées (2), le débiteur peut se libérer en consignant, et sans avoir besoin d'y être autorisé par le juge (3). 1257. 1259.

Les formalités nécessaires pour la validité de la consignation, sont:

1°. Qu'elle soit précédée d'une sommation faite au créancier d'y assister, avec indication du jour, de l'heure, et du lieu où elle sera faite;

2°. Que le débiteur se dessaisisse de la chose offerte, en la remettant dans le lieu indiqué par la loi (4), avec les intérêts, si la créance en produit, jusqu'au jour du dépôt (5);

3°. Qu'il soit dressé par l'officier ministériel (6), procès-verbal de la nature des choses offertes, du refus fait par le créancier de les recevoir, ou de sa non-comparution, et enfin du dépôt;

4°. Qu'en cas de non-comparution de la part du créancier, le procès-verbal de dépôt lui soit signifié, avec sommation de retirer la chose déposée (7). 1259.

Si la chose due est un corps certain qui doive être livré dans le lieu où il se trouve, le débiteur peut, par un acte notifié à la personne, ou au domicile réel ou conventionnel du créancier, le sommer de la faire enlever. Cette sommation tient lieu d'offres et de consignation, et met la chose aux risques du créancier. Si, en outre, le débiteur a besoin du lieu où elle est placée, il peut être autorisé à la faire séquestrer. 1264. 1961.

Dans tous les cas, lorsque les offres et la consignation sont valables, les frais sont à la charge du créancier (8). 1260.

L'effet de la consignation valablement faite est d'éteindre l'obligation, de libérer le débiteur, de faire cesser conséquemment

BIU Cujas

1257. les intérêts, et de mettre la chose aux risques du créancier (1). Mais cependant l'extinction de l'obligation et la libération du débiteur ne sont définitives et irrévocables, comme on l'a dit plus haut, que quand la consignation a été acceptée par le créancier, ou qu'elle a été déclarée valable par un jugement passé en force de chose jugée (2); jusque-là le débiteur peut la reti-
1262. rer (3); et s'il la retire en effet, ni lui, ni ses co-débiteurs ou
1261. cautions ne sont libérés.

Après l'acceptation de la consignation, ou le jugement qui l'a déclarée valable, le débiteur peut bien encore la retirer, avec le consentement du créancier; mais cela est regardé comme une nouvelle obligation contractée entr'eux seulement, et entièrement étrangère aux co-débiteurs ou cautions, qui restent tou-
1262. jours pleinement libérés. Il en est de même des priviléges et hypothèques qui étoient originairement affectés à la créance. Ils sont éteints irrévocablement par l'acceptation ou le jugement; et si le créancier consent ensuite à ce que la consignation soit retirée, il n'a plus d'hypothèque (4) que du jour de la nouvelle inscription, prise en vertu de l'acte par lequel il a consenti le retirement, si toutefois cet acte a été revêtu des formes re-
1263. quises pour emporter hypothèque.

§. III.

Quand le payement doit-il être fait ?

Si l'obligation est pure et simple, le créancier peut exiger le payement quand il le juge convenable.

Si elle est à terme, le créancier ne peut exiger le payement avant l'échéance; mais le débiteur peut l'offrir à sa volonté (5), à moins, comme nous l'avons dit, que le terme n'ait été aussi
1187. apposé en faveur du créancier (6).

Si l'obligation est contractée sous une condition suspensive, non-seulement le créancier ne peut être forcé de recevoir, ni le débiteur de payer, avant l'accomplissement de la condition; mais même, si le débiteur a payé par erreur, il peut répéter tant que la condition n'est pas accomplie (7).

BIU Cujas

§. IV.

Où le payement doit-il être fait ?

Le payement doit être fait au lieu désigné par la convention (1).

S'il n'y a point d'indication de lieu, il faut distinguer : S'il s'agit d'un corps certain et déterminé, les parties sont présumées avoir voulu que le payement se fît au lieu où étoit la chose au moment de l'obligation (2). Dans tous les autres cas, le payement doit être fait au domicile du débiteur (3), et les frais qu'il peut occasionner (4) sont à sa charge (5). 1247. 1248.

§. V.

Comment le payement doit-il être fait ?

Le débiteur ne peut payer que la chose même qui est due. Quand même la valeur de la chose offerte seroit égale, ou même plus grande, le créancier ne peut être forcé de la recevoir (6); mais aussi, si la dette est d'un corps certain et déterminé, le créancier est tenu de le prendre dans l'état où il se trouve au moment du payement, sauf les deux cas suivans : 1243.

1°. Si les détériorations proviennent du fait ou de la faute du débiteur ou des personnes dont il est responsable;

2°. Si elles sont survenues, même par cas fortuit, mais après que le débiteur a été mis en demeure (7); dans ces deux cas, le créancier peut demander ou la résiliation du contrat, ou des dommages-intérêts, suivant les circonstances (8). 1245.

Si l'obligation est d'une chose qui ne soit déterminée que par son espèce (9), comme un cheval, dix setiers de blé, le débiteur n'est pas tenu de la donner de la meilleure qualité (10); mais il ne peut l'offrir de la plus mauvaise. 1246.

Nous avons vu, en traitant *des Obligations divisibles et indivisibles*, que, pendant la vie du créancier et du débiteur, le payement, pour être valable, devoit être de la chose entière

BIU Cujas

qui est due; le débiteur ne peut donc forcer le créancier (1) de recevoir le payement partiel (2) d'une dette (3), quand même la chose seroit divisible. Si cependant sa position paroît mériter quelque considération, les juges peuvent l'autoriser à diviser le payement à des intervalles modérés (4), avec sursis à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en état (5); mais
1244. ils ne doivent user de ce pouvoir qu'avec la plus grande réserve.

Il peut arriver cependant que tous les créanciers d'un même débiteur soient forcés de recevoir, même pendant sa vie, un payement partiel; c'est quand il est en déconfiture, et qu'il n'existe, entre les créanciers, aucun motif de préférence (6). Dans ce cas, il y a lieu à contribution entre eux, au marc le
2093. franc de leurs créances.

§. VI.

De l'Imputation des payemens.

L'imputation d'un payement est l'indication de la dette que le payement doit éteindre. Il est clair qu'il ne peut y avoir de question à ce sujet, que quand il y a plusieurs dettes, et que le payement n'est pas suffisant pour les éteindre toutes.

L'imputation est faite par les parties, ou, à leur défaut, par l'effet de la loi.

Par les parties : C'est en général au débiteur à déclarer quelle
1253. est la dette qu'il entend acquitter. Il n'a pas même besoin de l'aveu du créancier pour faire l'imputation (7), excepté dans un seul cas; c'est lorsque, devant tout-à-la-fois et un capital et les intérêts de ce capital, il veut imputer la somme payée sur le capital, de préférence aux intérêts. Si le créancier s'y refuse, l'imputation a lieu de droit, d'abord sur les intérêts (8), et
1254. subsidiairement seulement sur le capital. Cette observation est même d'autant plus importante, que, si le créancier, en consentant à l'imputation, donnoit quittance du capital sans faire réserve des intérêts, ils seroient présumés payés, et le débiteur
1908. totalement libéré.

BIU Cujas

Si le débiteur ne fait pas l'imputation, le créancier a le droit de la faire, mais à l'instant même, c'est-à-dire, dans la quittance; et lorsqu'elle a été faite ainsi, le débiteur qui a accepté la quittance, ne peut plus contester l'imputation, à moins qu'il n'y ait eu dol ou surprise de la part du créancier (1). 1255.

Lorsque l'imputation n'a été faite ni par l'un ni par l'autre, elle a lieu de droit, et par l'effet de la loi seule, d'abord sur la dette échue, de préférence à celle qui ne l'est point, quand même cette dernière seroit plus onéreuse. Si le payement ne suffit pas pour acquitter toutes les dettes échues, l'imputation se fait sur celle que le débiteur avoit le plus d'intérêt d'acquitter (2). Si toutes les dettes sont de même nature, l'imputation se fait sur la plus ancienne (3); toutes choses égales, elle se fait proportionnellement sur toutes. 1256.

§. VII.

De l'Effet du Payement, et de la Subrogation.

Il est évident que le payement fait par le débiteur lui-même, ayant la capacité convenable, et d'une chose dont il est propriétaire, au créancier capable de recevoir, ou à la personne ayant pouvoir pour lui, a l'effet d'éteindre entièrement l'obligation, tant à l'égard du débiteur que du créancier, et de tous les accessoires (4) de la dette.

Mais quand le payement est fait par un tiers, il faut distinguer : si ce tiers est intéressé à acquitter l'obligation, comme une caution, un co-débiteur solidaire, l'obligation est bien éteinte, par rapport au créancier qui n'a plus d'action à exercer; mais elle ne l'est pas, par rapport au débiteur, et aux accessoires de l'obligation, à cause de la subrogation légale qui a lieu dans ce cas. 1251.

Il n'en est pas de même, quand l'obligation est acquittée par un tiers qui n'a pas d'intérêt. Elle est éteinte alors, comme si le payement eût été fait par le débiteur lui-même (5). Si cependant ce tiers avoit payé en son nom propre, et non pas en l'ac-

BIU Cujas

quit et au nom du débiteur, et qu'il se fût fait en outre subroger par le créancier (1), ce ne seroit pas alors, à proprement parler, un payement, mais une sorte de transport de la créance; et en conséquence, l'obligation du débiteur ne seroit pas
1236. éteinte (2).

Il résulte de ces principes, que, toutes les fois que la subrogation a lieu par l'effet, soit de la loi, soit de la convention des parties, le payement désintéresse bien, à la vérité, le créancier; mais l'obligation n'en subsiste pas moins, à l'égard du débiteur et des accessoires, qui ne font alors que changer de créancier. Il est donc essentiel de déterminer quand il y a subrogation, et comment elle peut s'opérer.

On distingue en droit deux espèces de subrogations : la subrogation réelle, et la personnelle.

Il y a subrogation réelle, quand une chose prend la place d'une autre, et qu'elle est réputée de même nature et qualité : il ne s'agit point ici de cette espèce de subrogation (3).

La subrogation personnelle peut être définie : le changement de créancier, sans novation de la dette. Elle a lieu toutes les fois que les droits du créancier passent à un tiers. Elle est con-
1249. ventionnelle ou légale.

La subrogation conventionnelle, est celle qui résulte de l'accord fait avec le créancier ou avec le débiteur.

Avec le créancier : Quand il reçoit son payement d'un tiers, et qu'il le subroge dans tous ses droits et actions contre le débiteur (4). Il faut que cette subrogation soit expresse, faite en même temps que le payement (5); et elle peut avoir lieu sans
1250. le consentement du débiteur.

Avec le débiteur : Quand il emprunte une somme de deniers, à l'effet de payer la dette, et sous la condition de subroger le prêteur dans les droits du créancier. Dans ce cas, la subrogation s'opère sans le consentement de ce dernier; mais, pour qu'elle soit valable à l'égard des tiers, il faut, premièrement, que l'acte d'emprunt et la quittance du créancier soient passés devant notaires (6); et secondement, qu'il soit déclaré dans l'acte d'emprunt que la somme a été empruntée pour faire le

BIU Cujas

payement (1); et dans la quittance, que le payement a été fait des deniers provenant de l'emprunt (2). 1250.

La subrogation légale est celle qui a lieu de plein droit, et sans stipulation particulière, au profit de toute personne qui paye (3) une dette à l'acquittement de laquelle elle peut avoir intérêt (4).

Tels sont : 1°. le créancier (5) qui paye celui qui lui est préférable (6) à raison de ses priviléges ou hypothèques (7);

2°. L'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au payement (8) des créanciers auxquels cet immeuble est hypothéqué (9);

3°. Celui qui paye une dette dont il est tenu pour d'autres ou avec d'autres (10);

4°. Enfin, l'héritier bénéficiaire, qui paye de ses deniers les dettes de la succession. 1251.

L'effet de la subrogation, tant légale que conventionnelle, est de mettre le subrogé à la place du créancier, dont il peut exercer, en conséquence, tous les droits, priviléges, et hypothèques, tant contre le débiteur principal, que contre les tiers obligés personnellement ou hypothécairement à la dette, sans que, néanmoins, cette subrogation puisse préjudicier aux droits du créancier lui-même, qui, lorsque le payement n'a été que partiel, est toujours préféré au subrogé, pour ce qui lui reste dû sur sa créance (11). 1252.

SECTION II.

De la Novation.

La novation est la substitution d'une nouvelle dette à l'ancienne, qui se trouve en conséquence éteinte.

D'une nouvelle dette : Il faut donc, pour qu'il y ait novation, qu'il y ait deux obligations; une ancienne qui est éteinte (12), et une nouvelle qui lui est substituée; ainsi, 1°. la novation ne peut avoir lieu qu'entre personnes capables de contracter (13); 1272.

BIU Cujas

2°. Si la seconde obligation est conditionnelle (1), la novation n'a lieu que par l'accomplissement de la condition (2);

3°. S'il n'y a qu'une simple indication faite par le débiteur, d'une personne qui doit payer à sa place, ou par le créancier, d'une personne qui doit recevoir pour lui (3), il est clair qu'il n'y a point de changement d'obligation, et conséquemment
1277. point de novation.

Qui se trouve en conséquence éteinte : L'extinction d'une obligation ne se présumant pas facilement, et la novation pouvant quelquefois être très-préjudiciable au créancier, il en résulte que la simple présomption ne suffit pas non plus pour l'établir. On n'exige pas, à la vérité, que les parties aient expressément et textuellement déclaré qu'elles vouloient faire novation; mais il faut au moins que la volonté de l'opérer résulte
1273. clairement de l'acte (4).

La novation s'opère de trois manières :

Premièrement, lorsqu'il n'y a qu'un simple changement d'obligation, sans intervention d'aucune nouvelle personne (5);

Secondement, lorsqu'il y a changement de créancier, et en
1271. même temps nouvel engagement de la part du débiteur.

Nous disons *nouvel engagement*, parce qu'il faut, dans ce cas, pour qu'il y ait novation, que le débiteur contracte une nouvelle obligation envers une tierce personne, de l'ordre du premier créancier, qui consent à le libérer; et c'est ce qui distingue ce cas de celui où le créancier a purement et simplement cédé sa créance à un tiers. Il y a bien alors changement de créancier, puisque, du moment que cette cession est signifiée au
1690. débiteur, celui-ci est libéré à l'égard du cédant, et ne peut plus
1691. payer qu'au cessionnaire; mais comme ce transport peut se faire, et se fait ordinairement sans l'intervention du débiteur, et conséquemment sans qu'il y ait, de sa part, un nouvel engagement, c'est toujours la même obligation qui subsiste; et il n'y a pas de novation.

Troisièmement enfin, la novation s'opère par le changement de débiteur : quand une personne se charge de la dette d'un tiers, du consentement du créancier, qui décharge, en conséquence,

BIU Cujas

l'ancien débiteur (1). Cette espèce de novation peut s'opérer sans le concours du premier débiteur. Lorsqu'il y intervient, et, ce qui arrive le plus souvent, lorsqu'il présente lui-même la tierce personne qui doit se charger de la dette, et qui est ordinairement un de ses propres débiteurs; c'est ce que l'on appelle *délégation* (2), qui est, à proprement parler, une double novation, comme dans l'espèce suivante : 1271. 1274.

« Paul, débiteur de Jacques, d'une somme de 3,000 fr., et « créancier de Pierre de pareille somme, présente ce dernier « à Jacques, envers lequel Pierre s'oblige (3) pour ladite somme « de 3,000 fr. Il y a alors, comme nous l'avons dit, double « novation, si toutefois telle a été l'intention des parties, parce « que Pierre est déchargé envers Paul; Paul l'est également « envers Jacques, et il ne reste que le nouvel engagement de « Pierre envers Jacques » (4).

Nous disons, *si telle a été l'intention des parties*, parce qu'en effet, pour que cet acte emporte novation, au moins à l'égard de Jacques, il faut qu'il ait manifesté l'intention évidente (5) de décharger Paul, son premier débiteur; auquel cas, il n'a plus de recours contre lui, quand même le délégué Pierre deviendroit insolvable, à moins que l'acte n'en contienne la réserve expresse (6), ou que le délégué ne fût en faillite ouverte, ou tombé en déconfiture (7), au moment de la délégation. 1275. 1276.

La novation éteignant la dette, en éteint pareillement tous les accessoires. En conséquence, les priviléges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à la nouvelle, à moins qu'il n'y en ait réserve expresse (8); et, dans ce cas même, s'il y a plusieurs débiteurs, même solidaires, la réserve ne peut avoir d'effet que sur les biens de celui d'entr'eux qui a contracté la nouvelle obligation. 1278. 1280.

Il est au surplus évident que, si la novation a lieu par le changement du débiteur, les priviléges et hypothèques primitifs de la créance ne peuvent passer sur les biens du nouveau débiteur (9), même de son consentement. 1279.

Par suite du même principe, la novation faite entre le créancier et le débiteur principal, libère les cautions. Si cependant

BIU Cujas

le créancier n'a consenti à la novation que sous la condition que les cautions accéderoient à la nouvelle obligation, leur refus faisant défaillir la condition, la seconde obligation est censée n'avoir jamais existé, et conséquemment la novation ne s'être point opérée. Il en est de même, comme nous l'avons vu, dans le cas de la novation faite avec un débiteur solidaire, sous
1281. la condition de l'accession de ses co-débiteurs.

SECTION III.

De la Remise de la Dette.

Il est de principe que, dans tout ce qui n'est pas d'ordre public, il est libre à chacun de renoncer à son droit. Si donc le créancier, ayant le libre exercice de ses droits (1), consent à remettre la dette, l'obligation est éteinte, et le débiteur libéré.

Cette remise peut s'opérer de deux manières; expressément ou tacitement.

La remise expresse, qui est aussi appelée *conventionnelle*, est celle qui résulte d'un acte formel passé entre le débiteur et le créancier, ou son fondé de pouvoir spécial.

La remise tacite est celle qui résulte d'un fait qui doit faire présumer dans le créancier la volonté d'éteindre la dette; telle est (2) la remise volontaire par lui, au débiteur, du titre de l'obligation. Il y a cependant une distinction à apporter dans ce cas: Si le titre est sous signature privée (3), la remise volon-
1282. taire (4) de l'original fait preuve complète de la libération (5).

S'il y a minute, la remise même volontaire de la grosse ne fait présumer la remise de la dette ou le payement, qu'autant que le créancier n'est pas en état de faire la preuve con-
1283. traire (6).

L'obligation principale pouvant subsister sans l'accessoire, la remise même volontaire, de la chose donnée en nantissement, emporte bien présomption de la libération du gage;
1286. mais ne suffit pas pour faire présumer la remise de la dette (7). Par la même raison, la remise personnelle et gratuite faite à

BIU Cujas

la caution, ne libère ni le débiteur principal, ni les autres cautions (1). 1287.

Nous disons *la remise personnelle* (2) : Parce que, si elle est réelle, par exemple, si le créancier a donné à la caution quittance pure et simple de la dette, ou si, dans un acte passé avec elle, il a déclaré qu'il tenoit la dette pour acquittée, la remise profite à tous ceux qui ont intérêt (3).

Dans le doute, la remise expresse faite à la caution est toujours présumée personnelle, parce que l'obligation de chaque caution étant distincte de celle du débiteur principal et des autres cautions, le créancier est toujours, à moins de preuve contraire, présumé avoir voulu décharger la caution de son obligation particulière, plutôt qu'éteindre totalement la dette.

Cette raison ne pouvant s'appliquer aux débiteurs solidaires dont l'obligation est une, et la même pour tous (4), la remise expresse ou tacite, faite à l'un d'eux, est toujours présumée réelle, et libère en conséquence tous les autres. Si cependant la remise est conventionnelle, et que le créancier ait expressément (5) réservé ses droits contre les autres débiteurs, il pourra les poursuivre, mais déduction faite de la part (6) de celui auquel il a fait la remise. 1284. 1285.

Nous disons *la remise gratuite* : Parce que, si le créancier a reçu quelque chose de la caution à qui il a accordé la décharge personnelle, ce qu'il a reçu doit être imputé sur la dette, et tourner à la décharge de tous les intéressés. 1288.

Quant à la remise même personnelle, faite au débiteur principal, il n'est pas douteux qu'elle ne libère toutes les cautions (7). L'accessoire ne peut exister après l'extinction du principal (8). 1287.

SECTION IV.

De la Compensation.

La compensation est un payement réciproque et fictif, qui a lieu, lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre (9). 1289.

BIU Cujas

On peut distinguer deux espèces de compensations, l'une légale, et l'autre facultative.

1290. La compensation légale est celle qui a lieu de plein droit, lorsque les deux créances réunissent les qualités et conditions exigées pour que la compensation ait lieu.

Ces conditions sont: 1°. que les deux dettes aient pour objet une somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles, de même nature et qualité: si cependant l'une étoit d'une somme d'argent, et l'autre de grains, ou autres denrées, dont le prix fût réglé par des mercuriales (1), la compensation
1291. seroit admise.

2°. Que les deux créances soient liquides (2), c'est-à-dire, qu'il soit constant qu'il est dû, et combien il est dû;

Ibid. 3°. Qu'elles soient toutes deux exigibles; cependant le terme
1292. de grâce n'est point un obstacle à la compensation (3);

4°. Que la dette opposée en compensation soit due à la personne même qui l'oppose (4): ainsi le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution, quoique la caution puisse l'opposer de ce qui est dû au
1294. débiteur principal;

5°. Que la dette opposée en compensation soit due par la personne même à qui elle est opposée (5). Ainsi le débiteur d'un mineur, assigné en payement par le tuteur, ne peut opposer la compensation de ce qui lui est dû par ce dernier. De même, le débiteur auquel il a été signifié un acte de cession de la créance qui existe contre lui, étant devenu par là débiteur du
1690. cessionnaire seul, ne peut lui opposer la compensation des créances qu'il auroit acquises contre le cédant, postérieurement à la signification (6); et même, si la cession, au lieu d'avoir été signifiée au débiteur, a été acceptée par lui sans réserve, il est censé avoir renoncé au droit d'opposer la compensation, même pour les créances antérieures à son acceptation
1295. (7).

C'est par suite du même principe, que, dans le cas de saisie-arrêt, le débiteur ne peut opposer, au préjudice du saisissant,
1298. la compensation des créances postérieures à la saisie (8).

BIU Cujas

6°. Que la dette contre laquelle on oppose la compensation, ne soit pas du nombre de celles qui sont exceptées par la loi. Sont exceptées :

La demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé (1);

La demande en restitution d'un dépôt (2) ou d'un prêt à usage (3);

Enfin, toute dette ayant pour cause des alimens, ou des objets déclarés insaisissables par la loi (4), ou par le donateur. 1293. 1981.

Lorsque les deux dettes réunissent toutes ces conditions, la compensation s'opère de plein droit; d'où il résulte, premièrement, que les deux dettes s'éteignent réciproquement (5), par la seule force de la loi, et même à l'insu des débiteurs, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives, du moment où elles se trouvent exister à-la-fois; et, en second lieu, que la compensation éteint pareillement tous les accessoires de la dette, tels que cautionnemens, priviléges, hypothèques, etc. Celui donc qui, pouvant opposer la compensation (6), a omis de le faire, par erreur de droit (7), et a payé, n'a plus, de droit strict, que l'action dite *condictio indebiti* (8), pour se faire rendre ce qu'il a payé; mais en supposant que, d'après les termes de l'article 1299, l'on puisse prétendre, *ex æquitate*, que la première dette n'est pas éteinte pour ce qui concerne le débiteur, au moins est-il constant que le créancier ne peut plus se prévaloir, au préjudice des tiers (9), des priviléges ou hypothèques qui étoient attachés primitivement à la créance. 1290. 1299.

La compensation facultative est celle qui a lieu, lorsque l'une des deux créances seulement réunit les qualités requises pour la compensation. Dans ce cas, la partie à qui cette créance est due, peut opposer la compensation; mais elle ne peut lui être opposée. Ainsi, le débiteur d'une dette non exigible peut en offrir la compensation avec la dette exigible, dont il est créancier (10); mais s'il refuse de compenser, on ne peut l'y forcer. La compensation est encore facultative, quand les deux dettes ne sont pas payables au même lieu. Dans ce cas, chacun des dé-

BIU Cujas

biteurs ne peut opposer la compensation, qu'en offrant de faire
1296. raison des frais de remise (1).

La compensation facultative diffère de la compensation légale, en ce qu'elle n'a pas lieu de plein droit; mais seulement quand la partie qui peut l'opposer, a déclaré qu'elle est dans l'intention de le faire (2).

Dans tous les cas où la compensation a lieu, elle équivaut au payement. Si donc la même personne a plusieurs dettes, toutes de nature à être compensées (3), l'on doit suivre, pour la com-
1297. pensation, les règles établies ci-dessus pour l'imputation.

SECTION V.

De la Confusion.

On appelle, en général, *confusion*, le concours, dans un même sujet, de deux qualités qui se détruisent. Ainsi, pour ce qui concerne les obligations, le même individu ne pouvant être, tout-à-la-fois, créancier et débiteur d'une même dette (4), il s'ensuit que, dès que ces deux qualités se réunissent dans la même personne (5), il se fait une confusion de droits, qui
1300. éteint l'obligation.

Il faut cependant observer une différence essentielle entre la confusion et les autres modes de libération, tels que le payement, la compensation, et autres semblables. Cette différence consiste en ce que le payement, etc., profite à tous les intéressés, parce qu'il fait que la chose n'est plus due, et que, par conséquent, il ne reste plus rien de l'obligation, ni principal ni accessoire; au lieu que la confusion fait seulement que la personne dans laquelle les deux qualités de créancier et de débiteur se trouvent concourir pour la même dette, cesse d'être obligée, parce qu'elle ne peut l'être envers elle-même, *personam tantùm eximit ab obligatione*; mais d'ailleurs, l'obligation en elle-même n'est éteinte, qu'autant que cette personne se trouve débitrice principale et unique.

Débitrice principale; car il est bien évident que la confusion

BIU Cujas

qui s'opéreroit dans la personne de la caution (1), éteindroit seulement l'obligation de la caution, mais non pas l'obligation principale.

Débitrice unique: car si la dette étoit solidaire, la confusion opérée dans la personne d'un des co-débiteurs (2), ne profiteroit aux autres, que pour sa part et portion dans la dette (3). 1301.

Il est possible que le concours des deux qualités de créancier et de débiteur n'ait lieu que pour une partie de la dette. Dans ce cas, la confusion ne s'opère, et la dette n'est éteinte, que dans la même proportion (4).

SECTION VI.

De la Perte de la Chose due.

Nous avons vu que l'obligation de donner contenoit, outre l'obligation de livrer la chose au temps prescrit, celle de la conserver jusqu'à la livraison, avec les soins d'un bon père de famille. 1136. 1137.

Lors donc que le débiteur a rempli la dernière de ces obligations, et que, malgré ses précautions, la chose vient à périr ou à se perdre, ou à être mise hors du commerce, il ne peut plus être tenu de la livrer. C'est dans ce sens, que la perte de la chose due emporte l'extinction de l'obligation de la livrer (5). 1302.

D'après les principes établis ci-dessus, chap. III, sect. V, l'on voit que ce mode de libération ne peut en général (6) avoir lieu à l'égard des obligations indéterminées, *genus non perit:* il ne s'applique donc qu'aux obligations de corps certain et déterminé (7); et encore faut-il que le débiteur prouve que chose a péri par cas fortuit; autrement elle est présumée périe par son fait (8) ou par sa faute; et, dans ce cas, l'obligation continue d'exister; mais elle change d'objet (9); et, au lieu de la chose même, qui ne peut plus être livrée, le débiteur est tenu d'en payer le prix (10), avec dommages-intérêts, s'il y a lieu (11). *Ibid.*

Cette disposition a lieu, même lorsque la perte de la chose est arrivée par cas fortuit, quand le débiteur s'en est chargé par

BIU Cujas

la convention, ou lorsqu'il y a eu, de sa part, une faute qui a
1807. donné lieu au cas fortuit, ou enfin lorsqu'il a été mis en demeure avant l'accident, à moins, dans ce dernier cas, qu'il ne puisse prouver que la chose seroit également périe chez le créancier,
1302. si elle lui eût été livrée (1).

Lors même qu'il n'y a ni faute ni demeure de la part du débiteur, l'équité exige que, s'il a quelques droits, ou actions en indemnité, à exercer relativement à la perte de la chose, il soit
1303. tenu d'en faire la cession au créancier (2).

Les distinctions établies dans la présente section ne peuvent être invoquées par le voleur : de quelque manière que la chose volée ait péri (3), il est tenu d'en restituer le
1302. prix.

SECTION VII.

De l'Action en nullité ou en rescision des Conventions.

Dans l'ancien droit, la distinction entre la nullité et la rescision étoit importante à établir, parce que, quand la convention étoit nulle, il suffisoit d'en demander ou d'en opposer la nullité, pour la faire prononcer (4); au lieu que, si elle n'étoit que rescindable (5), il falloit prendre des lettres de rescision (6), que le juge entérinoit, s'il y avoit lieu.

La formalité de ces lettres n'existant plus dans le droit actuel, cette distinction n'est plus nécessaire, et il faut également s'adresser directement aux tribunaux pour faire prononcer la nullité ou la rescision de la convention. Aussi voyons-nous que
17. le Code se sert indifféremment de ces deux expressions (7).

Quoi qu'il en soit, une convention peut être nulle, ou dans l'intérêt public, ou dans l'intérêt privé seulement.

Une convention est nulle dans l'intérêt public, quand la nullité est fondée sur des motifs qui ont un rapport direct avec l'ordre public ou les bonnes mœurs. Telle seroit une obligation pour cause illicite, celle qui auroit lieu sur une succession future, ou qui dérogeroit aux dispositions de la loi, relatives à la puissance paternelle ou à la puissance maritale, etc.

BIU Cujas

Une convention est nulle ou rescindable dans l'intérêt privé, quand les motifs de nullité ou de rescision sont fondés principalement (1) sur l'intérêt des particuliers, comme dans les cas d'erreur, violence, dol, minorité, etc., ou dans le cas d'inobservation des formes requises pour la validité de l'acte; telles sont les nullités des donations, etc.

Ces deux espèces de nullités diffèrent, 1°. en ce que les premières (celles d'ordre public) sont absolues, et qu'elles entachent la convention d'un vice radical, tellement que la nullité peut en être demandée par tous ceux qui ont intérêt (2), et même, le cas échéant (3), par le ministère public : les autres, au contraire, sont relatives, c'est-à-dire, qu'elles ne peuvent être invoquées que par ceux dans l'intérêt desquels elles sont établies.

2°. Par suite du même principe, les premières ne peuvent être couvertes (4) par aucune ratification; tandis que les secondes peuvent se couvrir, soit par le laps de temps, soit par une ratification valable, ainsi que nous l'allons voir dans la suite de la présente section.

Les nullités de la première espèce étant en général traitées sous les titres qui les concernent, nous n'avons à nous occuper ici que de celles de la seconde. Nous verrons, 1°. quelles sont les diverses causes de nullité ou de rescision des conventions; 2°. dans quel délai ces causes doivent être alléguées; 3°. quel est l'effet du jugement qui admet la demande en nullité ou en rescision; 4°. enfin, comment peut s'opérer la ratification d'une obligation nulle ou rescindable.

§. I^er^.

Des diverses Causes de Nullité ou de Rescision.

On peut énumérer les causes de rescision ou de nullité de la seconde espèce, ainsi qu'il suit :

Erreur;

Violence;

BIU Cujas

Dol;
Lésion;
Défaut d'objet;
Défaut de cause;
Cause fausse, ou cause illicite (1);
Défaut d'autorisation maritale;
Minorité;
Interdiction;
Défaut des formalités requises pour la validité de l'acte (2).

Nous avons traité, au commencement de ce Titre, des sept premières causes. Quant au défaut de formalités, nous avons vu et nous verrons par la suite, sous chaque Titre, dans quels cas il entraîne la nullité de l'acte et des conventions ou obligations qu'il renferme. Il reste donc seulement à exposer dans ce paragraphe, les principes relatifs aux obligations contractées par les mineurs, les interdits, et par les femmes mariées non autorisées.

L'incapacité du mineur et de l'interdit étant établie uniquement dans leur intérêt, elle ne peut être opposée que par eux ou leurs héritiers. En conséquence, la partie capable qui a traité avec le mineur ou l'interdit, non-seulement ne peut argu-
1125. menter de l'incapacité de ces derniers; mais encore elle ne peut, dans le cas où la nullité ou la rescision est demandée ou opposée par le mineur ou l'interdit, réclamer le remboursement de ce qu'elle a payé en vertu de l'engagement, pendant la minorité ou l'interdiction, à moins qu'elle ne prouve que ce qui a été
1312. payé, a tourné au profit de celui qui demande la rescision (3). Les mêmes dispositions s'appliquent à la femme mariée qui a contracté sans être autorisée (4), sauf que la rescision peut être demandée, non-seulement par elle et ses héritiers, mais encore
225. par son mari, et par les héritiers de celui-ci (5).

Il y a néanmoins cette différence entre l'incapacité de l'interdit et celle du mineur, que la première étant fondée sur l'impossibilité légale dans laquelle se trouve l'interdit, d'émettre un consentement valable, toute obligation contractée par lui peut être annullée, par cela seul qu'elle est postérieure à son

BIU Cujas

interdiction (1); au lieu que l'incapacité du mineur n'étant fondée que sur la foiblesse présumée de son jugement, il ne peut attaquer les actes desquels résulte la présomption contraire, c'est-à-dire, ceux qui ne lui étoient pas préjudiciables au moment où ils ont été passés, quand même, par l'effet d'un événement casuel et imprévu, ils lui seroient devenus désavantageux par la suite (2). En un mot, l'interdit est restitué comme interdit, au lieu que le mineur n'est pas relevé simplement comme mineur (3) : il n'y a que la lésion résultant du contrat, qui puisse donner lieu à la rescision en sa faveur (4). Mais aussi, quelque modique que soit cette lésion, elle peut être invoquée par lui contre toutes sortes d'actes (5), ou contre ceux qui excèdent les bornes de sa capacité, s'il est émancipé. 502. 1306. 1305.

Cependant, comme nous l'avons vu au Livre I^er^, si toutes les formalités prescrites par la loi, pour la validité de l'acte passé avec le mineur, ont été remplies, il ne peut être restitué contre cet acte, que dans les cas où le majeur le seroit lui-même. 1314.

Quant à la femme mariée, il suffit du défaut d'autorisation, pour que la rescision doive être prononcée (6).

Le mineur étant, à un certain âge, capable de délinquer, ne peut être restitué contre les obligations résultant de son délit ou de son quasi-délit (7). Il en est de même, en cas de dol de sa part. Cependant la simple déclaration (8) de majorité, faite par lui, ne seroit pas regardée comme un dol suffisant pour empêcher la restitution (9). 1310. 1307.

Nous avons vu au Titre *de la Minorité*, que le mineur commerçant, banquier ou artisan, n'est point restituable contre les engagemens qu'il a pris à raison de son commerce ou de son art, lorsque d'ailleurs les formalités requises par l'article 2 du Code de Commerce ont été remplies. 1308.

Le mineur n'est pas davantage restituable contre les conventions portées en son contrat de mariage lors-qu'elles ont été faites avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement suffit pour la validité du mariage. 1309.

BIU Cujas

§. II.

Du Délai pour intenter l'Action en nullité ou en rescision.

En général, le délai fixé pour intenter l'action en nullité ou en rescision, est de dix ans (1), à moins que des motifs d'intérêt public n'aient déterminé le Législateur à fixer un délai plus court (2).

Les dix années doivent être utiles, c'est-à-dire, qu'elles ne courent que du jour où celui dans l'intérêt duquel est établie la nullité, a été en état d'agir (3). Si donc la nullité est demandée pour cause de violence, le temps ne court que du jour où la violence a cessé (4);

Si c'est pour cause d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts;

Si c'est pour défaut d'autorisation maritale, du jour de la dissolution du mariage (5);

Si c'est pour cause de minorité, du jour de la majorité;

Enfin, s'il s'agit d'actes passés par un interdit, ou par celui à qui il a été donné un conseil judiciaire, du jour de la main-
1304. levée de l'interdiction ou de la révocation du conseil (6).

§. III.

De l'Effet du jugement (7) qui a admis la demande en nullité ou rescision.

Lorsque la demande en nullité ou rescision est admise par un jugement passé en force de chose jugée, l'effet de ce jugement est que les parties sont remises au même état que si l'acte rescindé ou déclaré nul n'avoit pas existé (8).

§. IV.

De la Ratification des Actes sujets à la nullité ou à la rescision.

Les nullités dont il s'agit ici, étant toutes, comme nous l'avons dit, établies dans l'intérêt des individus, il est évident

BIU Cujas

qu'elles ne peuvent plus être invoquées par ceux qui ont ratifié l'acte sujet à nullité ou à rescision, quand même la nullité résulteroit d'un défaut de formalité (1). 1311.

La ratification peut être expresse ou tacite.

La ratification expresse est celle qui résulte d'un acte énonçant formellement l'intention de ratifier. Pour qu'elle soit valable, il faut que l'acte qui la contient, renferme en outre la substance de l'obligation, et la mention du motif pour lequel la nullité ou la rescision pouvoit être demandée (2). 1338.

La ratification tacite est celle qui résulte, ou de l'exécution volontaire de l'obligation (3), ou du silence gardé pendant le temps accordé par la loi pour demander la restitution. *Ibid.* 1115.

La ratification expresse et la ratification tacite ont cela de commun, 1°. qu'elles ne peuvent avoir lieu qu'après que la cause de l'incapacité a cessé; 1338.

2°. Qu'elles doivent émaner de celui dans l'intérêt duquel la nullité est établie (4). C'est ainsi que, comme nous l'avons vu au Titre *des Donations*, la ratification expresse ou tacite des héritiers ou ayant-cause du donateur, après le décès de ce dernier (5), couvre toute espèce de nullité de la donation, soit quant au fonds, soit quant à la forme, tandis que la ratification même expresse, faite par le donateur lui-même, n'a aucun effet; 1339. 1340.

3°. Enfin, qu'elles ne peuvent préjudicier aux droits des tiers (6). 1338.

CHAPITRE VI.

De la Preuve de l'existence et de l'extinction des Obligations.

C'est à celui qui réclame l'exécution d'une obligation, à prouver qu'elle existe; *onus probandi incumbit actori.* Mais aussi, l'existence de l'obligation une fois démontrée, si le défendeur soutient qu'elle est éteinte, c'est à lui à le prouver. Il est donc nécessaire, en terminant ce traité *des Obligations*, de faire connoître comment l'on peut prouver leur existence ou leur extinction. 1315.

BIU Cujas

Cette preuve peut se faire de cinq manières :

Par écrit ;

Par témoins ;

Par présomptions ;

Par l'aveu de la partie ;

1316. Et par le serment.

Nous allons traiter séparément de ces différens genres de preuve.

SECTION PREMIÈRE.

De la Preuve par écrit.

La preuve par écrit est celle qui résulte de titres. On entend ici, en général, par titre, tout écrit qui tend à prouver une obligation, ou la libération d'une obligation.

Les titres sont authentiques, sous seing-privé, ou sans signature ;

Originaux ou copies ;

Primordiaux ou recognitifs.

§. Ier.

Des Titres authentiques, sous seing-privé, ou sans signature.

Du Titre authentique.

Le titre authentique est celui qui a été reçu avec les solennités requises, par un officier public, ayant le droit d'instru-

1317. menter dans le lieu (1) où l'acte a été rédigé (2).

Si l'officier public est incapable (3) ou incompétent (4), ou si les solennités requises n'ont pas été observées (5), l'acte vaut

1318. comme écriture privée, s'il est signé des parties (6) ; sinon, il est entièrement nul (7), sauf, dans les deux cas, s'il y a lieu, les dommages-intérêts contre l'officier public (8).

Le principal effet de l'authenticité de l'acte, est qu'il fait pleine foi par lui-même, tant qu'il n'est pas attaqué par la voie de

BIU Cujas

l'inscription de faux (1) ; et les tribunaux sont tenus en conséquence d'en ordonner l'exécution provisoire sans caution. *Pr.* 135.

S'il y a inscription de faux, il faut distinguer : Si c'est en faux principal (2), l'exécution de l'acte (3) est suspendue par la mise en accusation (4); si c'est en faux incident (5), les juges peuvent, suivant les circonstances, suspendre provisoirement l'exécution. 1319.

L'acte authentique fait foi, non-seulement entre les parties contractantes, leurs héritiers ou ayant-cause, mais encore à l'égard des tiers, sauf les distinctions suivantes :

D'abord, si c'est une contre-lettre (6), elle n'a aucun effet à l'égard des tiers (7). 1321.

En second lieu, les actes authentiques font foi entre les contractans, non-seulement de la convention qui y est portée, mais encore de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs, pourvu que l'énonciation ait un rapport direct à la disposition (8). Quant aux énonciations étrangères à la disposition, elles peuvent tout au plus servir dans certains cas, et à l'égard des parties seulement, de commencement de preuve par écrit. 1320.

Des Actes sous seing-privé.

L'acte sous seing-privé est celui qui est revêtu seulement de la signature des parties, ou au moins de celle de la partie qui s'oblige.

Il existe entre cet acte et l'acte authentique, trois différences essentielles, quant à la preuve qui en résulte.

La première, c'est que l'acte authentique, comme nous l'avons dit, fait pleine foi par lui-même jusqu'à l'inscription de faux; et dans ce cas même, c'est à celui qui le prétend faux, à le prouver : l'acte sous seing-privé, au contraire, ne fait foi qu'autant qu'il a été reconnu, expressément ou tacitement (9), ou tenu pour reconnu, par ceux qui ont intérêt de ne pas le reconnoître, tellement que la simple dénégation du défendeur peut en arrêter l'exécution; et c'est alors au demandeur à en prouver la vérité. En un mot, l'acte authentique, même atta-

BIU Cujas

qué, est présumé vrai, tant que le faux n'est pas prouvé; au lieu que l'acte sous seing-privé, lorsqu'il y a dénégation, est présumé faux jusqu'à preuve contraire.

Celui donc à qui l'on oppose un acte privé, paroissant revêtu
1323. de sa signature, peut se contenter de la désavouer (1); et si le demandeur insiste, la vérification est ordonnée, et poursuivie à
1324. sa requête (2). Il en est de même, à plus forte raison, à l'égard des héritiers ou ayant-cause de celui de qui l'acte paroît émané. Ils ne sont pas même obligés de le désavouer formellement; mais ils peuvent se contenter de déclarer qu'ils ne connoissent
1323. point l'écriture ou la signature de leur auteur; et alors la vérification est ordonnée comme ci-dessus.

Mais après la reconnoissance expresse ou tacite, volontaire (3) ou forcée, l'acte sous seing-privé fait, entre les signataires, leurs
1322. héritiers ou ayant-cause, la même foi que l'acte authentique; et l'exécution provisoire en doit être également ordonnée sans
Pr. 135. caution.

Nous disons *entre les signataires*, etc., parce qu'à l'égard des tiers (4), les actes sous seing-privé ne sont censés exister que du jour où ils sont produits, ou du jour où ils ont acquis une date certaine (5), soit par l'enregistrement, soit par la mort d'un des signataires, soit enfin parce que leur substance est constatée dans des actes authentiques, tels que procès-verbaux
1328. de scellé (6), d'inventaire, actes de dépôt, ou autres (7).

La seconde différence entre l'acte authentique et l'acte sous seing-privé, consiste en ce que le premier, tirant sa force du caractère de l'officier public qui l'a reçu, est valable, quand même les parties ne l'auroient pas signé, pourvu qu'il y soit fait mention de la déclaration faite par elles, qu'elles ne savent ou ne peuvent signer (8). L'acte sous seing-privé, au contraire, n'ayant d'autre force que celle qui résulte de la signature des parties, doit généralement (9) être signé, au moins par celle qui s'oblige. Et même, si l'obligation est de payer (10) une somme d'argent ou une chose appréciable, il faut en outre que l'acte soit écrit en entier de la main de celui qui doit le souscrire; ou, au moins, il faut qu'outre sa signature, il écrive de sa main

BIU Cujas

un *bon* ou *approuvé*, portant *en toutes lettres* la somme ou la quantité de la chose (1); et s'il arrivoit que la quantité ou la somme exprimée au corps de l'acte, fût différente de celle qui est portée dans le *bon* ou *l'approuvé*, l'obligation seroit, à moins de preuve contraire (2), présumée de la somme ou quantité moindre; et cela, quand même l'acte et le *bon* seroient tous deux écrits en entier de la main de l'obligé. La première disposition n'est point applicable aux marchands (3), artisans, laboureurs, vignerons, gens de journée et de service, dont la signature suffit pour la validité de l'acte (4). 1326. 1327. 1326.

Enfin, la troisième différence entre l'acte authentique et l'acte sous seing-privé, consiste en ce que le premier, quoique fait en un seul original, fait foi entre toutes les parties et dans tous les cas; au lieu que les actes privés, lorsqu'ils contiennent des conventions synallagmatiques parfaites (5), ne sont valables, que s'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct (6). Chaque original doit contenir en outre la mention du nombre de ceux qui ont été faits (7), sans néanmoins que le défaut de cette mention puisse être opposé par celui qui a exécuté, pour sa part, la convention portée dans l'acte (8). 1325.

Des Écrits non signés.

On distingue trois espèces d'écrits non signés, mais qui cependant sont susceptibles d'être pris en considération, et qui même font foi dans quelques circonstances: ce sont les livres des marchands, les registres et papiers domestiques, et les écrits apposés à la suite, en marge, ou au dos d'un acte authentique ou sous seing-privé.

Il est bien de principe, en général, qu'on ne peut se faire de titre à soi-même. On a admis néanmoins, en faveur du commerce, une exception à l'égard des livres des marchands. En effet, quoique ces livres ne fassent point preuve par eux-mêmes contre les personnes non marchandes (9), ils peuvent cepen-

BIU Cujas

dant, d'après les circonstances, déterminer le juge à déférer le
1329. serment à l'une ou à l'autre des parties (1). Mais si ces livres ne prouvent pas par eux-mêmes en faveur du marchand, ils prouvent contre lui (2) : mais il faut alors les prendre tels qu'ils
1330. sont, sans pouvoir diviser leur contenu (3).

Quant aux registres et papiers domestiques, ils ne peuvent jamais former un titre pour celui qui les a écrits (4) ; mais ils font foi contre lui dans deux cas (5):

1°. S'ils énoncent formellement un payement reçu ;

2°. S'ils énoncent une obligation de la part de celui qui les a écrits, pourvu, dans ce dernier cas, qu'ils contiennent la mention expresse (6) que la note a été faite pour suppléer au défaut
1331. de titre en faveur du créancier.

Pour ce qui concerne les écrits particuliers apposés à la suite, au dos, ou en marge d'un titre quelconque, ou ils tendent à la libération, ou à une nouvelle obligation. Dans le premier cas, il faut distinguer : Si le titre est toujours resté en la possession du créancier (7), l'écrit est valable, quand même il ne seroit signé ni daté par lui (8). Mais si le titre est de nature à être double (9), et que l'écrit soit à la suite du double appartenant au débiteur, ou s'il est à la suite d'une quittance, il n'est valable qu'autant que le double ou la quittance se trouvent actuel-
1332. lement dans la possession du débiteur lui-même (10).

Si l'écrit tend à une nouvelle obligation, le Code n'a rien déterminé à cet égard. L'on pourroit décider, conformément à à l'avis de POTHIER, n°. 728, que, quand ces écritures sont de la main du débiteur, et qu'elles expriment une relation avec l'acte signé, à la suite duquel elles se trouvent, elles font foi contre le débiteur (11).

On peut assimiler aux actes non signés, ce que l'on appelle *taille*. La taille est composée de deux parties d'un même morceau de bois : l'une, qui conserve le nom de *taille*, est en la possession du fournisseur ; et l'autre, qui se nomme *échantillon*, reste chez le consommateur. A chaque fourniture, on réunit ces deux parties, l'on y fait une marque commune ; et si, lors du compte, les marques sont corrélatives, elles font foi des

BIU Cujas

fournitures faites, entre les personnes qui sont dans l'usage d'employer ce genre de preuve (1). 1333.

§. II.

Des Titres Originaux et des Copies.

On appelle *titre original* celui qui est signé par les parties elles-mêmes, ou qui a été reçu par l'officier public compétent (2), en leur présence, et de leur consentement, et qui contient leur déclaration de ne pouvoir ou ne savoir signer (3). On entend, en général (4), par *copie* (5) d'un acte, celle qui est tirée sur l'original. Tant que ce dernier existe, la copie ne fait aucune foi par elle-même (6), et l'on peut toujours demander la représentation de l'original. 1334.

Mais lorsque l'original n'existe plus, il faut bien alors recourir aux copies; et le degré de preuve qui en résulte, se règle d'après les distinctions suivantes:

Premièrement, si la copie présentée est une grosse ou première expédition (7), elle fait la même foi que l'original. Quant 1335.
aux secondes grosses, il faut remarquer, d'abord, qu'il est défendu à tout notaire, à peine de destitution, de délivrer, de son autorité privée, une seconde grosse à la même partie (8). Celui donc qui veut obtenir la délivrance d'une seconde grosse, soit sur une minute d'acte, soit par forme d'ampliation sur une grosse déposée, doit présenter requête à cet effet au Président du Tribunal, qui rend une ordonnance, en vertu de laquelle il est fait sommation au notaire, dépositaire de la minute, de délivrer la grosse demandée, à jour et heure indiqués, et aux parties intéressées, d'être présentes à la dite délivrance. Cette ordonnance est jointe à la minute de l'acte (9), et mention en est faite au bas de la seconde grosse, ainsi que de la somme pour laquelle on peut exécuter, si la créance est en partie acquittée ou cédée. S'il y a contestation, il y est pourvu en référé. Lorsque toutes ces formalités ont été observées, la seconde grosse fait la même foi que l'original, à son défaut (10). *Pr.* 844 et 845.

BIU Cujas

Il en est de même des copies tirées sans l'autorité du magistrat, mais en présence des parties (1), et de leur consentement
1335. réciproque.

Secondement, les copies tirées depuis la délivrance des premières grosses, sans l'autorité du magistrat et sans le consentement des parties (2), peuvent, en cas de perte de l'original (3), faire foi, quand elles sont anciennes, c'est-à-dire, quand elles sont tirées depuis plus de trente ans (4), pourvu toutefois qu'elles aient été expédiées sur la minute même de l'acte, par le notaire qui l'a reçu, ou par un de ses successeurs, ou par un officier public, dépositaire légal des minutes. Si elles ont moins de trente ans, elles ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit. Il en est de même, quelle que soit leur ancienneté, si elles ont été expédiées, même sur la minute, mais par tout autre que l'un des officiers mentionnés ci-dessus (5).

Troisièmement, les copies de copies (6) peuvent, suivant les
Ibid. circonstances, être considérées comme simples renseignemens.

Quatrièmement enfin, la transcription d'un acte sur les registres publics (7) ne peut jamais servir que de commencement de preuve par écrit (8), et encore avec le concours simultané des trois circonstances suivantes :

1°. S'il s'agit d'un acte notarié;

2°. S'il existe un répertoire, en règle, du notaire, constatant que l'acte a été fait à la date relatée sur le registre;

3°. S'il est prouvé (9) que toutes les minutes de l'année dans laquelle l'acte paroît avoir été fait, sont perdues, ou au moins que celle de l'acte dout il s'agit, a été perdue par un accident particulier.

Dans tous les cas, s'il existe encore des témoins signataires
1336. de l'acte, ilsdoivent être entendus dans l'enquête.

BIU Cujas

§. III.

Des Titres Primordiaux et Récognitifs.

Le titre primordial est, comme le mot le fait entendre, le premier qui ait été passé entre les parties.

Le titre récognitif est celui qui a été souscrit depuis, par le débiteur, ses héritiers, ou ayant-cause, pour reconnoître ou confirmer l'obligation contenue dans le titre primordial.

On distingue deux espèces de titres récognitifs : celui dans lequel la teneur de l'acte primordial est spécialement relatée (1), et celui qui ne rapporte que la substance de l'obligation (2).

Le titre récognitif de la première espèce dispense le créancier de la représentation du titre primordial.

Il n'en est pas de même de ceux de la seconde, qui ne sont présumés faits que pour interrompre la prescription (3), et confirmer le titre primordial. Mais comme ils ne peuvent le confirmer qu'autant qu'il a existé, ils n'en prouvent point par eux-mêmes l'existence, et ne dispensent point le créancier de le rapporter (4). Si cependant il y en avoit plusieurs conformes, passés successivement, dont l'un eût trente ans de date, et qu'ils fussent soutenus de la possession, le créancier pourroit (5) être dispensé de représenter le titre primordial. Au surplus, toutes ces distinctions n'ont lieu que dans le cas où le titre primordial n'existe réellement plus. S'il est représenté, ce que le titre récognitif, quel qu'il soit, de la première ou de la seconde espèce, contient de plus ou de différent, est entièrement nul (6). 1337.

SECTION II.

De la Preuve Testimoniale.

La preuve testimoniale est celle qui résulte de la déclaration des témoins (7).

La malheureuse facilité avec laquelle on pourroit se procurer criminellement ce genre de preuve, a déterminé depuis longtemps les Législateurs modernes à ne l'admettre qu'avec la plus

BIU Cujas

grande précaution. En conséquence, les principes généraux sur cette matière, sont :

1°. Qu'il doit être passé acte (1), devant notaires ou sous signature privée, pour toutes choses (2) excédant la valeur de
1341. 150 fr. La preuve par témoins ne peut donc, en général, être admise au-delà de cette somme;

Et 2°. que, s'il existe un acte, la preuve testimoniale ne peut également être admise contre et outre le contenu audit acte, ni sur ce qui seroit allégué avoir été dit avant, lors, ou depuis, quand
Ibid. même il s'agiroit d'une somme ou valeur moindre de 150 fr. (3).

La fixation à 150 fr. ayant été déterminée, afin que le demandeur ne pût pas trouver dans le résultat de la preuve, un profit suffisant pour se procurer des témoins subornés, il s'ensuit que la preuve testimoniale doit être rejetée, toutes les fois que la somme demandée excède cette fixation, de quelques élémens que cette somme soit composée. En conséquence, la règle ci-dessus s'applique à la demande d'un capital moindre, si ce capital porte intérêt, et qu'au moyen des intérêts échus au mo-
1342. ment de la demande (4), le tout excède 150 fr.

Elle s'applique également au cas où une partie fait, dans la même instance, et contre la même personne, plusieurs demandes excédant ensemble la somme fixée, quand même elle allégueroit que ces créances proviennent de différentes causes (5),
1345. et se sont formées en différens temps (6); et, pour prévenir tout subterfuge à cet égard, on exige que ceux qui ont à intenter, à quelque titre que ce soit, contre la même personne, plusieurs demandes, dont aucune n'est justifiée entièrement par écrit, les forment toutes par un même exploit; après lequel, toutes les autres demandes qui seroient dans le même cas, ne seront
1346. point reçues (7). Si cependant ces dettes n'ont pas été contractées envers le demandeur lui-même, mais qu'elles lui soient advenues du chef de différentes personnes, par succession, donation, ou autrement, chacune d'elles pourroit être constatée
1345. par le genre de preuve dont elle seroit susceptible (8).

De ce que la loi exige impérieusement qu'il soit passé acte pour toutes choses excédant 150 fr., il en résulte :

BIU Cujas

Premièrement, que l'on ne peut admettre la preuve par témoins, d'une obligation qui auroit excédé cette somme dans le principe, quand même la demande se trouveroit être d'une somme moindre (1); ce qui peut arriver dans deux cas : lorsque la somme demandée est déclarée être le solde, ou faire partie d'une créance excédant 150 fr., et non prouvée par écrit, ou 1344.
lorsque la partie restreint elle-même à 150 fr. une demande plus forte, qu'elle avoit primitivement formée; 1343.

Et secondement, que le créancier peut être admis à la preuve testimoniale, même pour une somme excédant 150 fr., lorsqu'il a été fait un acte dans le principe, mais que cet acte se trouve perdu par suite d'un cas fortuit, imprévu, et résultant d'une force majeure. 1348.

Les principes que nous venons d'établir, admettent cependant plusieurs exceptions. Ainsi, la preuve testimoniale peut être admise pour toutes sommes ou valeurs :

1°. En matière de commerce; *Com.* 109.

2°. Lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, c'est-à-dire, un acte émané du défendeur, et qui, sans prouver totalement la demande, la rend cependant vraisemblable (2); 1347.

3°. Enfin, lorsqu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve écrite. Cette dernière exception s'applique aux faits de dol ou de violence, aux obligations provenant de quasi-contrats (3), de délits ou de quasi-délits, ainsi qu'à celles qui sont contractées en cas d'accidens imprévus, tels que les dépôts nécessaires (4) et autres semblables, eu égard toutefois à la qualité des personnes et aux circonstances du fait (5). 1348.

SECTION III.

Des Présomptions.

Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu (6). 1349.

La loi ou le magistrat : De-là deux espèces de présomptions : celles qui sont établies par la loi, et celles qui sont abandonnées à la prudence du juge. 1350. 1353.

BIU Cujas

§. Ier.

Des Présomptions Légales.

L'on distingue deux sortes de présomptions légales : les unes dites *juris*, et les autres *juris et de jure*. Elles ont cela de commun, qu'elles dispensent de toute autre preuve celui qui peut
1352. les alléguer en sa faveur; mais elles diffèrent, en ce que celles qui sont dites *juris et de jure*, excluent toute preuve contraire. Telle est la présomption résultante de la chose jugée (1). Mais il faut observer que l'autorité de la chose jugée n'a lieu, qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut donc que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause (2); qu'elle ait lieu entre les mêmes parties (3); et qu'elle soit formée par elles, et contre elles, en la même
1351. qualité (4).

Le serment décisoire est encore une présomption *juris et de jure*, comme nous le verrons ci-après, sect. V. Il en est de même, en général, de toute disposition de la loi, lorsqu'elle annulle certains actes (5), qu'elle dénie l'action (6), ou qu'elle fait résulter la propriété (7) ou la libération (8), de certaines circonstances déterminées, le tout sans réserver la preuve con-
1350. 1352. traire.

La présomption dite *juris*, dispense bien de toute autre preuve, mais n'exclut pas la preuve contraire. Telles sont celles qui résultent des marques de non-mitoyenneté, de la remise
654. 1283. de la grosse, etc.

§. II.

Des Présomptions qui ne sont pas établies par la Loi.

Les présomptions, autres que celles qui sont établies par la loi, sont, comme nous l'avons dit, abandonnées à la prudence du juge, qui ne doit les admettre, que quand elles sont graves, précises, et concordantes (9). Il faut, de plus, que la demande

BIU Cujas

à l'appui de laquelle on fait valoir ces présomptions, soit de nature à être prouvée par témoins. 1353.

SECTION IV.

De l'Aveu de la Partie.

L'aveu est judiciaire ou extrajudiciaire. 1354.

L'aveu judiciaire est celui qui est fait en justice (1) par la partie, ou par son fondé de pouvoir spécial (2). Quand il est 1356.
fait par une personne capable d'ester en jugement (3), il fait pleine foi contre elle; et il ne peut être révoqué, à moins qu'il ne soit prouvé (4) avoir été la suite d'une erreur de fait (5); mais aussi, il faut le prendre dans son intégrité, sans pouvoir le diviser (6). *Ibid.*

L'aveu extrajudiciaire est celui qui est fait hors jugement. Il fait également preuve, quand il est fait par une personne capable de disposer de la chose dont il s'agit. Mais c'est à celui qui veut en tirer avantage, à prouver qu'il a été fait : et il faut bien prendre garde que, si le fait qui en est l'objet, n'est pas de nature à être prouvé par témoins, l'aveu ne pourra pas être prouvé davantage par la même voie. Si donc, dans ce cas, il est présenté comme ayant été purement verbal, l'allégation en est absolument inutile. 1355.

SECTION V.

Du Serment.

Le serment est un acte civil et religieux (7), par lequel on prend la Divinité à témoin de la vérité du fait qu'on allègue. On distingue deux espèces de serment, tous deux judiciaires; celui qui est déféré par la partie, et qui se nomme *décisoire*; et celui qui est déféré d'office par le juge, et que l'on nomme *supplétoire*. 13..

BIU Cujas

§. Ier.

Du Serment Décisoire.

Le serment décisoire est, comme nous venons de le dire, celui qu'une partie défère ou réfère à l'autre, pour en faire dépendre la décision de la cause. 1357.

On dit que le serment *est référé*, quand celui à qui il est déféré, au lieu de le prêter, déclare s'en rapporter au serment de celui même qui le lui défère.

Ce serment peut être déféré ou référé, 1°. sur toute espèce de contestation (1), pourvu qu'il s'agisse d'un fait personnel à la partie à laquelle il est déféré ou référé (2); et 2°. en tout état de cause, et quand même il n'existeroit aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est déféré. 1358. 1359. 1362. 1360

L'effet de la délation du serment, est que celui auquel il a été déféré, doit le prêter ou le référer; sinon, il perd sa cause. Il en est de même de celui auquel il a été référé, et qui le refuse (3). 1361.

Par l'acceptation du serment déféré ou référé, les parties contractent entre elles l'obligation de s'en tenir à ce que l'une d'elles aura affirmé. De-là il résulte : premièrement, qu'il n'y a que les personnes capables de disposer de l'objet dont il s'agit, qui puissent déférer le serment, et auxquelles on puisse le référer (4);

Secondement, que celui qui l'a déféré ou référé, ne peut plus se rétracter, lorsque l'autre partie a déclaré qu'elle consentoit à le prêter; 1364.

Troisièmement, enfin, que, quand il a été prêté, tout moyen quelconque qui tendroit à en prouver la fausseté, doit être rejeté (5). En conséquence, il fait preuve complète (6) entre les parties, leurs héritiers ou ayant-cause (7), mais non à l'égard des tiers, sauf ce qui est dit ci-dessus, chap. III, sect. *des Obligations solidaires*; et ci-après, au Titre *du Cautionnement*. 1363. 1365.

BIU Cujas

§. II.

Du Serment déféré par le Juge.

Le serment déféré par le juge peut avoir deux objets : la décision de la cause au fond, ou seulement le montant des condamnations. Ce serment, même dans le premier cas, diffère du serment décisoire, 1°. en ce que le juge ne peut le déférer que sous deux conditions : la première, que la demande ou exception sur laquelle il le défère, ne soit pas pleinement justifiée ; et la seconde, qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuves (1). L'une de ces deux conditions manquant, le juge doit simplement adjuger ou rejeter la demande. 1366. 1367.

Et 2°. que le serment déféré par le juge, ne peut être référé (2).

Quant au serment sur le montant des condamnations, il a lieu quand, d'un côté, le demandeur en restitution d'une chose a prouvé qu'il étoit bien fondé, et que, de l'autre, il y a impossibilité de restituer la chose en nature, et incertitude sur la valeur. Dans ce cas, le juge est bien forcé de s'en rapporter à la déclaration du demandeur ; mais cependant, pour éviter l'abus, autant que possible, il doit déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment. 1368. 1369.

BIU Cujas

TITRE VI.

De la Prescription.

CHAPITRE PREMIER.

Dispositions générales.

La sixième et dernière manière d'acquérir, est la prescription; et comme c'est en même temps un moyen d'éteindre les obligations, le Titre qui y est relatif, se trouve naturellement placé après le Titre *des Obligations*.

La prescription est un moyen d'acquérir ou de se libérer, par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par
2219. la loi.

Un moyen d'acquérir ou de se libérer : Il existe néanmoins une différence essentielle entre la prescription et la plupart des autres manières d'acquérir ou de se libérer, dont il a été question jusqu'à présent. Cette différence consiste en ce que, par la prescription, la propriété n'est pas acquise, ni l'obligation éteinte de plein droit. De-là il résulte :

1°. Qu'il faut que la prescription soit opposée ou invoquée (1) par celui qui veut en profiter; et en conséquence, que les juges
2223. ne peuvent en suppléer le moyen d'office (2);

2°. Que l'on peut y renoncer; mais pour que cette renonciation soit valable, il faut qu'elle n'ait lieu qu'après la prescription acquise; car ce moyen étant fondé sur des motifs d'utilité générale, l'intérêt public exige que l'on ne puisse y renoncer d'a-
2220. vance. Une pareille renonciation deviendroit de style dans tous les contrats, et anéantiroit les résultats bienfaisans de la prescription.

La renonciation à la prescription peut être tacite, c'est-à-dire, résulter d'un fait qui suppose clairement l'abandon du droit
2221. acquis; comme si, postérieurement à la prescription acquise,

BIU Cujas

le débiteur a demandé terme et délai pour le payement, ou si le possesseur de l'héritage prescrit, l'a pris à loyer. Il en est de même, si, depuis la même époque, la dette a été reconnue par le débiteur (1), ou s'il est intervenu contre lui une condamnation passée en force de chose jugée (2).

Nous disons *passée en force de chose jugée :* car, jusque-là, la prescription peut être opposée; elle peut l'être en tout état de cause, même en appel (3), à moins, comme nous l'avons dit, que les circonstances ne doivent faire évidemment présumer que la partie y a renoncé (4).

La renonciation à la prescription pouvant être regardée, au moins pour ce qui concerne le renonçant (5), comme une aliénation gratuite d'un droit acquis, elle ne peut avoir lieu que de la part de celui qui peut aliéner. Par la même raison, elle ne préjudicie point aux créanciers du renonçant (6), qui peuvent toujours l'invoquer ou l'opposer, nonobstant la renonciation de leur débiteur. Il en est de même de toute autre personne ayant intérêt (7). 2225.

Par un certain laps de temps : La durée de ce temps varie suivant la nature de l'action et celle de l'objet à prescrire, ainsi que nous le verrons par la suite. Dans tous les cas, il se compte par jours, et non par heures; et la prescription n'est acquise, que quand le dernier jour du terme est accompli (8). Dans les prescriptions qui s'accomplissent par un certain nombre de jours (9), le jour intercalaire de février est compté. Dans celles qui s'accomplissent par mois, février est compté pour un mois, soit qu'il ait vingt-huit ou vingt-neuf jours (10).

Il faut observer en général : 1°. que les prescriptions commencées à l'époque de la promulgation de la présente loi (11), ont dû et doivent être réglées conformément aux lois anciennes (12). Cependant celles qui étoient alors commencées, et pour lesquelles, suivant lesdites lois, il falloit encore plus de trente ans (13), seront accomplies par le laps de trente ans, à partir de l'époque de la promulgation de la loi actuelle; 2281.

Et 2°. que les règles relatives à la fixation du temps nécessaire pour prescrire, s'appliquent également à l'Etat, aux

BIU Cujas

semens publics, et aux communes, qui sont soumis aux mêmes prescriptions que les particuliers, et qui peuvent également
2227. les invoquer ou les opposer. Mais ce principe ne s'applique qu'aux choses qui sont dans le commerce, ou qui sont susceptibles de devenir propriété privée (1). Les autres ne pouvant
2226. être aliénées, ne peuvent davantage se prescrire.

Et sous les conditions déterminées, etc. Comme ces conditions sont différentes, suivant qu'il s'agit de la prescription considérée comme moyen d'acquérir, ou comme moyen de se libérer, nous les exposerons séparément, et nous traiterons, en premier lieu, des règles particulières à la prescription comme moyen de se libérer, qui a un rapport plus direct avec le Titre que nous venons de terminer.

CHAPITRE II.

De la Prescription comme moyen de se libérer.

Le laps de temps est la seule condition nécessaire pour cette prescription; et le principe général à cet égard, est que toutes les actions, qui ne sont pas déclarées imprescriptibles par la loi,
2262. sont prescrites par trente ans. Mais, cependant, comme il est des actions qui, pour des raisons particulières, se prescrivent par un temps plus court, nous diviserons ce chapitre en deux sections, dont la première traitera de la prescription trentenaire; et la seconde, de celles qui s'accomplissent dans un moindre espace de temps.

SECTION PREMIÈRE.

De la Prescription Trentenaire.

Après un intervalle de trente ans écoulés sans poursuites, on peut raisonnablement présumer qu'une créance est acquittée ou remise; c'est là un des motifs de la prescription trentenaire. Mais ce n'est pas sur cette seule présomption qu'elle est fondée;

BIU Cujas

et ce qui le prouve, c'est que le créancier ne peut, quand elle est accomplie, déférer le serment au débiteur sur le fait du payement ou de la remise. Cette prescription est, en outre, et principalement, regardée comme une peine infligée à la négligence du créancier, qui a laissé passer un temps aussi considérable sans demander son payement. De-là il suit qu'elle est suspendue, toutes les fois que l'exécution de l'obligation n'a pu être poursuivie. On ne peut alors, en effet, reprocher de négligence au créancier.

L'impossibilité d'intenter la demande peut provenir, ou de la qualité du créancier, ou de ce que l'action n'est pas encore ouverte.

A raison *de la qualité du créancier*, la prescription est suspendue,

1°. En faveur des mineurs et interdits (1), même pourvus de tuteurs; 2252.

2°. Entre époux, à l'égard des actions qu'ils pourroient avoir à exercer l'un contre l'autre; 2253.

3°. En faveur de la femme, pendant le mariage, à l'égard des actions et créances qu'elle auroit à exercer contre des tiers, dans tous les cas où ces actions réfléchiroient contre le mari (2); par exemple, si ce dernier avoit vendu le bien propre de sa femme, sans son consentement. Nous verrons, au Titre *du Contrat de Mariage*, si, et dans quels cas, peut se prescrire l'immeuble dotal. Dans tous les autres cas, la prescription court en faveur des tiers, contre la femme mariée, même sous le régime de la communauté, et à l'égard des biens dont son mari a l'administration (3). 2256. 2254.

4°. La prescription est également suspendue en faveur de l'héritier bénéficiaire, à l'égard des créances qu'il a contre la succession (4). Mais elle court contre une succession vacante, même non-pourvue de curateur : c'est aux parties intéressées à en faire nommer un. Elle court, par la même raison, pendant les délais pour faire inventaire et pour délibérer : l'héritier présumé peut, sans prendre qualité, faire tous les actes conservatoires nécessaires. 2258. 2259.

BIU Cujas

Nous avons ajouté que l'impossibilité d'intenter la demande peut provenir de ce que *l'action n'est pas encore ouverte.* C'est pour cette raison, que la prescription ne court pas à l'égard d'une créance à terme ou sous condition, jusqu'à l'événement du terme (1) ou de la condition (2); et à l'égard d'une action
2257. en garantie, jusqu'à ce que l'éviction ait lieu (3).

Ces différentes causes de suspension exceptées, la prescrip-
2251. tion court dans tous les cas, et contre toutes personnes (4).

La prescription étant une peine imposée au créancier négligent, doit cesser du moment qu'il a été fait, avant l'expiration du temps fixé, un acte quelconque, tendant à faire acquitter ou renouveler l'obligation. On dit alors que la prescription est interrompue.

Il y a cette différence essentielle entre la suspension et l'interruption de la prescription, que, dans le cas de suspension, le temps antérieur à la suspension, et pendant lequel la prescription a pu courir, se joint au temps écoulé depuis que la suspension a été levée; au lieu que, s'il y a eu interruption valable, tout le temps antérieur est nul pour la prescription.

2242. L'interruption de la prescription est naturelle ou civile.

La prescription est interrompue naturellement, par la reconnoissance (5) que fait le débiteur, du droit de celui contre lequel
2248. il prescrivoit.

Elle est interrompue civilement par l'interpellation judiciaire. Cette interpellation a lieu par une citation en justice, même de-
2246. vant un juge incompétent (6), par un commandement (7), ou par une saisie, le tout signifié à celui qu'on veut empêcher de
2244. prescrire (8). La citation en conciliation est également regardée comme une interpellation, et interrompt la prescription, du jour de sa date (9), pourvu qu'elle soit suivie d'une assignation en jus-
2245. tice, donnée dans le délai d'un mois, à dater du jour de la non-
C. 57. comparution, ou de la non-conciliation.

Si l'assignation est nulle par défaut de forme (10),
Si le demandeur se désiste de sa demande (11),
S'il laisse périmer l'instance (12),
Ou enfin, si la demande est rejetée (13),

BIU Cujas

L'interruption est regardée comme non-avenue. 2247.

Pour l'effet de l'interpellation, dans les cas d'obligations solidaire, indivisible, ou accessoire, voyez le Titre *des Contrats en général* et celui *du Cautionnement.*

Lorsque la dette est d'une rente, comme, en cas de payement exact des arrérages, il peut arriver qu'il s'écoule un très-long espace de temps, sans qu'il y ait d'autres preuves de la prestation, que les quittances, qui doivent naturellement rester entre les mains du débiteur, on a prévenu l'inconvénient qui en résulteroit (1), en obligeant ce dernier de fournir, à ses frais, au créancier, un titre nouvel, tous les vingt-huit ans. 2263.

SECTION II.

Des Prescriptions, autres que la prescription trentenaire.

Nous allons faire connoître les actions auxquelles s'appliquent ces sortes de prescriptions, en rangeant dans la même classe celles qui exigent, pour être prescrites, un même espace de temps, et sans faire mention de celles dont il a déjà été, ou dont il sera particulièrement question dans le Code, et qui sont traitées sous les Titres qui les concernent.

1°. Se prescrivent par cinq ans,

Les arrérages des rentes perpétuelles et viagères (2), et des pensions, même alimentaires (3). Les rentes dues par le Gouvernement sont assujetties également à cette prescription (4) (*Loi du 24 août 1793, art. 156*), qui, dans ce cas, ne peut être interrompue par une réclamation, qu'autant que cette même réclamation est suivie, dans l'an et jour, de la remise par le créancier, de toutes les pièces justificatives de la demande. (*Avis du Conseil-d'Etat, approuvé le 13 avril 1809, Bulletin*, n°. 4320.) 2277.

Le prix des baux à loyer et à ferme; (5)

Les intérêts des sommes prêtées;

Et, en général, tout ce qui est payable par année, ou à des termes périodiques plus courts (6);

BIU Cujas

Enfin, les juges et avoués sont également déchargés des pièces, cinq ans après le jugement des procès; et ces derniers ne peuvent, même dans les affaires non terminées, demander des frais et salaires, qui remonteroient à plus de cinq ans.

2276. 2273.

2°. Se prescrivent par deux ans :

L'action des avoués pour le payement de leurs frais et salaires dans les affaires terminées, ou dans lesquelles ils ont cessé d'occuper. Le délai court du jour du jugement, ou de la conciliation des parties, ou de la révocation de l'avoué (1);

Ibid.

L'action en restitution de pièces contre les huissiers. Le délai court du jour de l'exécution de la commission, ou de la signification des actes dont ils étoient chargés.

2276.

3°. Se prescrivent par un an (2) :

L'action des officiers de santé, quels qu'ils soient, et des apothicaires, pour leurs visites, opérations et médicamens;

Celle des huissiers, pour le salaire de leurs significations, et des commissions qu'ils exécutent;

Celle des marchands (3), pour les marchandises qu'ils ont vendues aux particuliers non-marchands (4);

Celle des maîtres de pension, pour les pensions de leurs élèves; et celle des autres maîtres, pour le prix de l'apprentissage;

Enfin, celle des domestiques qui se louent à l'année, pour le payement de leurs salaires.

2272.

4°. Se prescrivent par six mois :

L'action des maîtres et instituteurs des sciences et arts, pour les leçons qu'ils donnent au mois;

Celle des hôteliers et traiteurs, pour les frais de logement et nourriture;

Enfin, celle des ouvriers et gens de travail, pour leurs journées, fournitures et salaires.

2271.

Toutes ces prescriptions ont lieu, quoiqu'il y ait eu continuation de fournitures, livraisons, services, ou travaux (5): et elles cessent de courir, lorsqu'il y a eu compte arrêté, cédule, obligation (6), ou interpellation judiciaire non périmée (7).

2274.

En général, et sauf les exceptions que nous indiquerons ci-

BIU Cujas

après, ces prescriptions ont cela de particulier, qu'elles ne sont point établies, ainsi que la prescription trentenaire, comme une peine de la négligence du créancier, mais uniquement sur la présomption de payement, résultant de ce qu'on n'attend pas ordinairement aussi long-temps, pour se faire payer ces sortes de dettes. De là il suit :

Premièrement, que ces prescriptions courent contre toutes personnes, même mineures ou interdites (1), sauf leur recours contre qui de droit; 2278.

Et secondement, que ceux auxquels elles sont opposées, peuvent déférer le serment à ceux qui les opposent, sur la question de savoir, si l'obligation a été réellement acquittée. Le serment peut même être déféré, soit aux veuves, soit aux héritiers du débiteur, ou à leur tuteur, s'ils sont mineurs, pour qu'ils aient à déclarer s'ils ont connoissance que la chose soit encore due (2). 2275.

La disposition relative au serment ne s'applique pas à l'action en restitution de pièces contre les juges, avoués ou huissiers, ni à la prescription des arrérages de rentes, pensions, loyers, etc., parce que, outre la présomption de payement ou de remise des pièces, ces prescriptions sont encore établies, comme la prescription trentenaire, en punition de la négligence du créancier (3).

CHAPITRE III.

De la Prescription comme moyen d'acquérir.

Avant d'entamer ce chapitre, je dois faire observer que les principes qui y sont établis, ne concernent que les immeubles. En fait de meubles (4), la prescription n'est pas nécessaire : la simple possession vaut titre. Cependant, s'il s'agit d'une chose perdue ou volée (5), elle peut être revendiquée pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol (6), sans 2279.
indemnité pour le possesseur, même de bonne foi (7), à moins qu'il ne justifie l'avoir achetée dans une foire, dans un marché,

BIU Cujas

dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles (1); auquel cas, il peut exiger du propriétaire le prix
2280. qu'elle lui a coûté, et la retenir jusqu'au remboursement.

Pour ce qui concerne les immeubles, la prescription à l'effet d'acquérir, exige, comme la prescription à l'effet de se libérer, le laps de temps prescrit par la loi; mais elle exige, en outre, la possession de la part de celui qui prescrit. En conséquence, les règles qui concernent particulièrement cette espèce de prescription, sont celles qui déterminent la nature de la possession nécessaire pour l'acquérir.

La possession, en général, est la détention d'une chose, ou
2228. l'exercice d'un droit (2); car la possession s'applique également aux choses corporelles et incorporelles. Dans ce dernier cas, cependant, elle est ordinairement nommée *quasi-possession.*

Nous disons *en général*, parce que la possession, considérée simplement comme la détention d'une chose ou l'exercice d'un droit, ne suffit pas pour acquérir la propriété par la prescription, il faut encore qu'elle réunisse plusieurs qualités essentielles. Elle doit être civile ou à titre de propriétaire, paisible, publique, non équivoque, et continuée sans interruption pen-
2229. dant le temps déterminé par la loi.

A titre de propriétaire : En conséquence, ceux qui possèdent pour autrui, comme le fermier, l'usufruitier, etc., et en général, tous ceux qui détiennent précairement (3) la chose d'un autre, ne peuvent la prescrire, par quelque laps de temps que ce
2236. soit (4). Ils possèdent, à la vérité, ou plutôt ils détiennent; mais c'est une possession purement de fait, qui ne leur profite pas pour la prescription, mais qui profite, au contraire, à ceux au nom desquels ils possèdent, si ces derniers en ont eux-
2228. mêmes besoin pour prescrire.

Quant à leurs successeurs, il faut distinguer: S'ils sont à titre universel, ils ne peuvent davantage prescrire, parce qu'ils re-
2237. présentent leurs auteurs, et qu'ils sont tenus de leurs faits (5). Il n'en est pas de même de ceux à qui les détenteurs précaires, ou leurs héritiers, ont transmis la chose par un titre translatif
2239. de propriété. Ceux-là peuvent prescrire (6), mais seulement

BIU Cujas

par l'effet de leur propre possession, et sans pouvoir y joindre celle de leur auteur.

Ces mots *à titre de propriétaire*, signifient aussi *avec l'intention d'être, ou au moins de devenir propriétaire de la chose ;* car, sans l'intention, il n'y a pas de possession à l'effet de prescrire (1) ; *qui nescit, non possidet.* Ainsi, le possesseur d'un fonds où est un trésor qu'il ne connoît pas (2), ne possède pas pour cela le trésor. Quoiqu'il puisse donc acquérir la propriété du fonds par la prescription, il ne peut acquérir de même celle du trésor, mais seulement par l'occupation, comme nous l'avons vu au Livre second.

Paisible : c'est-à-dire, acquise paisiblement. En conséquence, les actes de violence (3) ne peuvent servir de base à la prescription ; mais elle peut commencer lorsque la violence a cessé (4). 2233.

Publique : c'est-à-dire, qu'il faut que la possession de celui qui veut prescrire, ait pu probablement être connue de celui contre lequel il prescrit. C'est pour cela que les servitudes non apparentes ne peuvent s'acquérir par prescription. 691.

Non équivoque : c'est-à-dire, qu'il soit légalement certain que le détenteur a possédé pour lui, et non pour autrui. Nous disons *légalement*, parce qu'il n'eût pas été possible d'astreindre le possesseur à justifier de la nature de sa possession, pour tous les instans de sa durée. La loi supplée donc à cette impossibilité par les présomptions suivantes (5) :

Premièrement, en toute possession, il faut considérer le principe ; en conséquence, quand on a commencé à posséder pour soi, et à titre de propriétaire, on est toujours présumé, jusqu'à preuve contraire, posséder au même titre ; et l'on est toujours censé avoir commencé à posséder pour soi, tant qu'il n'est pas prouvé que l'on a commencé à posséder pour autrui. 2230. Par la même raison, s'il est une fois prouvé que l'on a commencé à posséder pour autrui, on est toujours présumé, à moins de preuve contraire, posséder au même titre. De-là il 2231.

BIU Cujas

résulte, d'abord, que les actes de pure faculté, et ceux de simple
2232. tolérance (1), ne peuvent fonder ni possession ni prescription ; et en second lieu, qu'on ne peut prescrire contre son titre, c'est-à-dire, qu'on ne peut seul se changer à soi-même la cause
2240. et le principe de sa possession.

Nous disons qu'*on ne peut seul, etc.*, parce que le principe de la possession peut se trouver interverti, soit par une cause venant d'un tiers (2), soit par la contradiction (3) opposée à l'exercice du droit du propriétaire ; et alors, la prescription peut avoir lieu, à compter de l'époque de l'in-
2238. terversion.

Au surplus, il est clair que la maxime, qu'*on ne peut prescrire contre son titre*, ne s'applique point à la prescription à
2241. l'effet de se libérer (4).

La seconde présomption légale, en fait de possession, est que celui qui possède actuellement, et qui prouve (5) avoir possédé anciennement, est présumé avoir possédé pendant tout le
2234. temps intermédiaire, sauf la preuve contraire (6).

Continuée sans interruption : On distingue également ici l'interruption naturelle et l'interruption civile.

L'interruption naturelle a lieu, 1°. lorsque la chose a été possédée pendant plus d'un an (7), soit par l'ancien propriétaire,
2243. soit même par des tiers ; et 2°. lorsque le droit du propriétaire
2248. a été reconnu par le possesseur (8).

L'interruption civile est la même que pour la prescription à l'effet de se libérer. Les principes sont également les mêmes, quant à la suspension.

Pendant le temps déterminé par la loi : Ce temps varie suivant le principe de la possession.

Lorsque le possesseur ne peut représenter de juste titre, il ne peut prescrire que par trente ans de possession non interrompue ; et alors, on ne peut lui opposer l'exception déduite
2262. de la mauvaise foi. Mais s'il n'est pas nécessaire, pour cette prescription, que celui qui l'invoque, représente un titre, il faut, au moins, qu'on ne puisse lui en opposer un qui répugne à la prescription. Si, par exemple, il est prouvé que sa posses-

BIU Cujas

sion a été précaire dans le principe, et que la cause n'en ait pas été intervertie depuis, la possession, même trentenaire, est absolument inutile. C'est dans ce sens que l'on dit, que *melius est non habere titulum, quàm habere vitiosum.*

Le même intervalle de trente ans est exigé, lorsqu'il y a un titre, mais qu'il est nul par défaut de forme (1); ou si, le titre étant valable, il est prouvé (2) que le possesseur a acquis de mauvaise foi. 2267. 2265.

Mais s'il a acquis de bonne foi, et par juste titre, il peut prescrire par dix ans de possession, si le propriétaire est présent; et par vingt ans, s'il est absent. *Ibid.*

On entend par *juste titre*, celui qui eût transféré la propriété, s'il fût émané du véritable propriétaire, comme la vente, le legs (3), la donation, etc.

La bonne foi est la juste opinion dans laquelle est le possesseur, qu'il a acquis la propriété de la chose qu'il possède (4). Il suffit qu'elle ait existé au moment de l'acquisition (5); et elle est toujours présumée, sauf la preuve contraire. 2269. 2268.

Le propriétaire est censé *présent*, lorsqu'il habite (6) dans le ressort de la Cour Royale, dans l'arrondissement de laquelle est situé l'immeuble que l'on prescrit (7). S'il a habité, en différens temps, dans le ressort et hors du ressort, il faut, pour compléter la prescription de dix ans, ajouter au temps de présence, un temps double de celui d'absence, ou, en d'autres termes, compter deux années d'absence pour une de présence (8). 2265.

Il n'est pas nécessaire que la possession ait appartenu à la même personne pendant tout le temps requis par la loi. On peut, en général, joindre à sa propre possession celle de son auteur, soit qu'on lui ait succédé à titre onéreux ou lucratif, universel ou particulier (9). 2266. 2235.

En terminant le Traité de la prescription, il ne faut pas omettre une observation importante sous le rapport de la morale; c'est que tout ce qui a été dit à ce sujet, se rapporte uniquement au for extérieur. Dans le for intérieur, à l'exception de quelques cas qui sont trés-rares (10), le débiteur, qui

BIU Cujas

n'a pas réellement satisfait à l'obligation, ne peut opposer la prescription à l'effet de se libérer. Quant à la prescription à l'effet d'acquérir, on ne peut l'invoquer ou l'opposer, qu'autant qu'on a été de bonne foi pendant tout le temps requis pour la prescription.

FIN DU LIVRE TROISIÈME.

BIU Cujas

COURS

DE CODE CIVIL,

PAR M. DELVINCOURT,

Avocat à la Cour royale, Professeur et Doyen de la Faculté de Droit de Paris.

NOTES ET EXPLICATIONS

DU SECOND TOME.

PARIS.

1819.

BIU Cujas

BIU Cujas

NOTES
ET EXPLICATIONS.

PAGE 1.

(1) *Et par la prescription.* La loi est aussi une manière d'acquérir; par exemple, l'usufruit des pères et mères, sur les biens de leurs enfans, est acquis par la seule force de la loi.

Remarquez que de ces sept manières, il en est trois qui sont tout-à-la-fois modes d'acquisition et de transmission, savoir : la succession, la donation et les contrats; les quatre autres sont seulement des manières d'acquérir, mais non de transmettre.

(2) *De l'occupation.* (Voyez le *Traité de la Propriété*, de POTHIER; Part. Ire., chap. II, sect. 1 et 2.) Quelques personnes ont prétendu que l'occupation, comme moyen d'acquérir la propriété, étoit abrogée dans notre droit. Mais alors quel nom donnera-t-on au droit en vertu duquel la chose trouvée et non réclamée appartient à celui qui l'a trouvée?

A celui en vertu duquel la moitié du trésor appartient à l'inventeur?

A celui en vertu duquel le chasseur ou le pêcheur s'approprie le gibier ou le poisson qu'il prend?

On oppose, quant à ce dernier objet, qu'il y a des réglemens particuliers pour la chasse et la pêche : cela est vrai; mais c'est-à-dire, que, pour avoir le droit de chasser ou de pêcher, il faut avoir rempli certaines conditions et formalités; mais une fois ces formalités remplies, à qui appartient la bête ou le poisson pris, si ce n'est au premier occupant?

Nul doute donc, que l'occupation ne soit, chez nous, comme chez les Romains une manière d'acquérir la propriété, en observant cependant qu'elle ne peut avoir lieu, dans tous les cas, qu'à l'égard des choses mobiliaires. Les immeubles, même abandonnés, sont, dans notre droit, mis au nombre des biens vacans, et appartiennent en conséquence à l'Etat. (Art. 539 et 713, qui, dans l'usage, ne s'appliquent qu'aux immeubles.)

(3) *A la chasse ou à la pêche.* Pour la chasse, voyez principalement la loi du 30 avril 1790, et le décret du 11 juillet 1810 (*Bulletin*, nº. 5729);

Et pour la pêche, savoir, sur les rivières navigables, le Titre V de la loi du 14 floréal an 10 (*Bulletin*, nº. 1490), et l'arrêté du 17 nivose an 12 (*Bulletin*, nº. 3496);

BIU Cujas

Et pour la pêche et la police, sur les rivières non-navigables, la loi du 14 floréal an 11 (*Bulletin*, n°. 2763), relative au curage et à l'entretien des digues, des canaux et rivières non-navigables;

L'Avis du Conseil-d'Etat, approuvé le 24 ventose an 12, et rapporté au 1^er^. vol., note (8) de la page 155;

L'Avis du Conseil-d'Etat, approuvé le 30 pluviose an 13 (*Bullet.*, n°. 932).

Voyez aussi, pour la pêche des moules et autres coquillages, l'Avis du Conseil-d'Etat, du 24 septembre 1807, portant que cette pêche sur les plages des côtes maritimes est libre, ainsi que la pêche en pleine mer, et n'est pas susceptible d'être concédée. (Cet avis est rapporté dans *le Journal de l'Enregistrement*, pag. 186.)

Nota. Un Avis du Conseil-d'Etat, approuvé le 19 octobre 1811, a décidé que le droit de pêche sur les rivières non-navigables étoit inhérent à la propriété des terrains riverains; qu'il en étoit inséparable; et qu'en conséquence on ne pouvoit aliéner ce droit, en conservant la propriété desdits terrains. (*Bulletin*, n°. 7460.)

PAGE 2.

(1) *De toute leur liberté:* oiseaux, quadrupèdes, ou poissons. Mais remarquez que, comme on n'acquiert la propriété des animaux que par l'occupation, c'est-à-dire par la prise de possession, de même on en perd la propriété, du moment que l'on en perd la possession. Nous cessons donc d'être propriétaires des animaux sauvages, aussitôt qu'ils ont recouvré leur liberté naturelle. L. 3, §. 2, et L. 5. ff., *de acquir. rer. dom.*

Quant aux animaux naturellement sauvages, mais apprivoisés, nous en conservons la propriété, tant qu'ils conservent l'habitude d'aller et de venir. Mais lorsqu'ils ont disparu assez long-temps, pour qu'on puisse présumer qu'ils ont perdu cette habitude, nous cessons d'en être propriétaires. Ils reprennent leur première qualité d'animaux sauvages, et ils sont acquis au premier occupant. L. 5, §. 5. *Ibid.*

Il y a un droit particulier pour les essaims. Le propriétaire de la ruche a droit de réclamer l'essaim, tant qu'il n'a pas cessé de le suivre. §. 14, Instit. *de rer. divis.* Autrement il appartient au propriétaire du terrain sur lequel il s'est fixé. (Loi du 6 octobre 1791, Tit. 1^er^., sect. 3., §. 5; et Projet du Code Rural, art. 27 et 28.) Chez les Romains il falloit en outre qu'une autre personne s'en fût mise en possession, en l'enfermant dans une ruche, §. *eod.*: ce qui est peut-être plus conforme aux véritables principes de la matière, car il est de principe que *possessio retinetur animo solo, nisi alius adprehenderit.*

(2) *De lui appartenir*, parce qu'elles cessent d'être l'accessoire de son

BIU Cujas

étang, de sa garenne ou de son colombier. (*Voyez* au Ier. Vol. la note (9) de la page 135.)

(3) *Toute chose* : or, argent, bijoux, médailles, vases, urnes, statues, etc.

(4) *Cachée ou enfouie.* Donc, si elle n'étoit ni cachée ni enfouie, ce ne seroit pas un trésor, mais une chose perdue, à laquelle on appliqueroit la disposition qui va suivre.

(5) *Au propriétaire.* Nous avons vu, au Titre de l'*Usufruit*, que l'usufruitier n'avoit aucun droit sur cette moitié.

Quid, si le trésor est trouvé dans un lieu public? La moitié appartient à l'Etat, comme propriétaire, et l'autre moitié à l'inventeur, s'il a été trouvé fortuitement : sinon, il appartient en totalité à l'Etat.

(6) *L'a découvert.* Que doit-on entendre par ce mot? C'est-à-dire, rendre la chose visible en fouillant ou en abattant. Il n'est pas nécessaire qu'on s'en soit saisi le premier. Si donc un ouvrier, en travaillant dans un champ en présence du maître, découvre un trésor, et que le maître l'empêche de le prendre, et s'en saisisse lui-même, l'ouvrier n'en a pas moins le droit d'en réclamer la moitié comme inventeur. Jugé dans ce sens, et avec raison, à Bruxelles, le 15 mars 1810. (Sirey, 1810, IIe. partie, pag. 230.)

(7) *Par le pur effet du hazard.* Cette restriction a été prise dans le droit Romain. (*L. unic.* Cod. *de Thesauris.*) Elle a pour motif d'empêcher des étrangers d'aller inconsidérément fouiller les champs d'autrui pour y chercher des trésors. Il est, au surplus, évident que cette restriction n'a pas lieu, quand le trésor a été trouvé par le propriétaire lui-même.

Remarquez que la moitié du trésor trouvé dans le fonds d'autrui, appartient à l'inventeur, quand même il l'auroit trouvé en travaillant de l'ordre et pour le compte du propriétaire. C'est ce qui a été jugé par l'Arrêt que nous venons de citer, et c'est aussi l'avis de Pothier, *de la Propriété*, nº. 65. Si cependant le maître, soupçonnant qu'il y a un trésor caché, faisoit venir des ouvriers pour fouiller, et leur enjoignoit de lui remettre tout ce qu'ils trouveroient, je pense que les ouvriers n'auroient rien à réclamer. Il est évident que, dans ce cas, le maître avoit l'intention de chercher un trésor, et que c'est lui qui l'a trouvé par le ministère des ouvriers qu'il a employés.

(8) *Au propriétaire du fonds.* Cette disposition n'est pas contenue textuellement dans l'article 716; mais comme il admet la distinction faite par la loi *unic.*, Cod. *de Thesauris*, relativement au trésor trouvé à dessein ou par hazard dans le fonds d'autrui, j'ai pensé que le Législateur avoit admis, au moins implicitement, la peine portée par cette même loi, contre celui qui auroit fouillé de dessein prémédité; peine qui consiste dans la

BIU Cujas

privation de tout droit au trésor. D'ailleurs, l'article décide que la chose trouvée n'est trésor, qu'autant qu'elle a été trouvée par hazard. Donc, si elle n'a pas été trouvée ainsi, elle n'est plus trésor, et l'inventeur ne peut plus réclamer l'application de l'article 716.

(9) *Les choses abandonnées.* Ces choses peuvent être mises au nombre des biens vacans qui appartiennent à l'Etat, ainsi qu'il a été dit au Livre précédent.

(10) *Par des lois particulières.* Je ne connois pas de lois relatives à ce genre d'acquisition. Les lois anciennes accordoient la chose trouvée, dite *épave*, au seigneur justicier. (Le mot *épave*, signifioit proprement les bêtes effarouchées qui s'étoient égarées en s'enfuyant, *bestiæ expavefactæ*. Depuis il s'est appliqué à toutes les choses égarées, et dont le maître n'est pas connu.) L'Etat a-t-il succédé au droit du seigneur à cet égard? Je le répète : je ne connois pas de loi qui l'ait décidé ; et il paroît que, dans la pratique, la chose trouvée appartient à l'inventeur, quand le propriétaire ne se représente pas dans les trois ans. S'il revendique dans cet intervalle, l'inventeur est tenu de la restituer, s'il l'a encore en sa possession. S'il l'a vendue, le propriétaire a également le droit de la revendiquer contre le nouveau possesseur, et même sans indemnité, à moins que celui-ci ne prouve qu'il l'a achetée dans une foire, dans un marché, dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, auquel cas, le propriétaire ne peut se la faire rendre, qu'en restituant au possesseur ce qu'elle lui a coûté. (Art. 2279 et 2280.)

(11) *En cas de gros temps.* (Voyez le *Code de Comm.*, Liv. II, Tit. XII, et mes *Institutes de Droit Commercial français*, Tom. I, Liv. II, Tit. IV, et Tom. II, pag. 253 et suivantes.)

(12) *Des objets rejetés par la mer.* (*Voyez* les articles 19 à 42 du Tit. IX du Liv. IV de l'*Ordonnance de la Marine*, de 1681 ; la *Loi du 13 mai* 1791, relative à la caisse des Invalides de la marine ; l'*Arrêté des Consuls*, du 17 floréal an 9, *Bulletin* n°. 665.)

(13) *Qui croissent sur ses rivages.* Ce sont ces plantes que l'*Ordonnance de la Marine* (Liv. IV, Tit. X) appelle *Varech*, *Vraicq*, *Sar* ou *Goesmon*. (*Voyez* l'*Arrêté des Consuls*, du 10 thermidor an 10, *Bulletin*, n°. 1885.)

PAGE 3.

(1) *De l'accession.* (*Voyez* POTHIER, *de la Propriété*, Part. I^re^., ch. II, sect. III.)

(2) *Principalement;* parce que ce droit s'applique également à tous les produits que le propriétaire perçoit à cause de la chose, quoiqu'ils n'en soient pas fruits naturels, ni civils; par exemple, au trésor trouvé dans le fonds, etc.

BIU Cujas

(3) *Le droit de les percevoir :* par exemple, l'usufruitier, le fermier, le créancier à antichrèse.

Remarquez que le croît des animaux appartient toujours au propriétaire de la femelle, parce que ce croît *est pars viscerum matris* (*L.* 5, §. 2, ff. *de Rei Vindicat.*) Il en est de même dans les Iles, à l'égard des enfans des esclaves. C'est toujours au maître de la mère qu'appartient l'enfant, quand même le père seroit libre, et le reconnoîtroit.

(4) *Faits par des tiers*, quand même ces tiers auroient été possesseurs de mauvaise foi. (*L.* 36, §. 5, ff. *de Hered. Petit.*) Et en effet, le propriétaire eût toujours été obligé de faire ces dépenses, *et locupletior factus est, quatenùs propriæ pecuniæ pepercit.* Il faut cependant excepter le cas de l'usufruit. Nous avons vu, au Livre précédent, que les fruits pendans au moment de l'extinction de l'usufruit, appartiennent au propriétaire, sans récompense pour les frais de labours et semences. (Art. 585.)

(5) *Les fruits perçus.* Il suffit qu'ils soient perçus. On ne distingue pas, comme chez les Romains, s'ils sont consommés, ou encore existans. De même, on ne distingue pas s'ils sont naturels, industriels ou civils.

Lorsque la chose possédée étoit une hérédité, les lois Romaines décidoient que le possesseur, même de bonne foi, devoit rendre les fruits, *quatenùs locupletior factus fuerat*, jusqu'à concurrence de ce dont il se trouvoit plus riche au moment de la demande. (*L.* 40, §. 1, ff. *de Hered. Petit.*). Le Code en a décidé autrement. L'article 138 porte formellement que tous les fruits perçus de bonne foi appartiennent au possesseur de l'hérédité. Cela est d'ailleurs plus juste, et j'oserai même le dire, nonobstant la décision des lois Romaines, plus conforme aux principes mêmes du droit Romain. Le possesseur de bonne foi est *loco domini*, tant qu'il possède. Or, *bona fides tantùmdem possidenti præstat quantùm veritas.* (*L.* 136, ff. *de Regulis juris.*) Remarquez, en outre, que, chez les Romains, on pouvoit demander par la pétition d'hérédité, un objet singulier, une maison, par exemple. Il suffisoit, pour cela, qu'elle fût possédée *pro hœrede* ou *pro possessore*. Le même objet étoit aussi susceptible d'être revendiqué par l'action réelle ordinaire, quand il étoit possédé à titre singulier; *putà*, si le possesseur l'avoit acheté, ou l'avoit reçu à titre de legs ou de donation de celui qu'il en croyoit propriétaire. Or, dans le premier cas, le demandeur, agissant par la pétition d'hérédité, pouvoit réclamer les fruits, même du possesseur de bonne foi, *quatenùs locupletior factus fuerat.* Dans le second cas, celui de la revendication proprement dite, le possesseur de bonne foi gagnoit les fruits. C'est là une de ces distinctions subtiles que notre droit n'a pas dû admettre.

Quid, dans l'action en revendication, si le possesseur de bonne foi a fait des dépenses sur la chose possédée? Les lois Romaines distinguoient :

BIU Cujas

Quant aux dépenses usufructuaires, elles étoient censées charge des fruits, que le possesseur de bonne foi faisoit siens; elles étoient donc à sa charge.

Les dépenses nécessaires se compensoient avec les fruits, et le possesseur ne pouvoit réclamer que l'excédant.

Quant aux autres dépenses, le possesseur pouvoit les réclamer, *quatenùs res pretiosior facta fuerat.*

Il en seroit de même chez nous, pour les dépenses usufructuaires. Quant aux nécessaires, je ne pense pas que la décision des lois Romaines fût suivie dans notre droit. Nous voyons, en effet, dans l'article 862, que le donataire sujet au rapport, et qui gagne les fruits conformément à l'article 856, peut en outre répéter le montant total des dépenses nécessaires qu'il a faites sur l'objet donné. Cette disposition s'appliqueroit également aux dépenses utiles, conformément à l'article 555, qui décide dans sa disposition finale, que le possesseur de bonne foi, et qui est autorisé, en conséquence, à garder les fruits, peut, néanmoins, demander le montant des dépenses qu'il a faites, sans distinction. Seulement on laisse au propriétaire le choix de lui payer, ou la valeur totale des dépenses, ou seulement *quatenùs res pretiosior facta est*; ce qui comprend bien les dépenses utiles. Et Rousseaud de La Combe, *verbo* Impenses, n.° 2, dit formellement, que la compensation qui avoit lieu chez les Romains entre les fruits, et les dépenses nécessaires, n'étoit pas admise dans notre droit.

Mais, au surplus, dans tous ces cas, le juge doit avoir égard aux circonstances. L'on peut consulter, à ce sujet, les dispositions très-équitables, contenues dans la loi 38, ff., *de Rei Vindicat.* Et en effet, si le propriétaire est peu aisé, et que les impenses utiles faites par le propriétaire, même de bonne foi, soient tellement considérables, que le possesseur seroit obligé de vendre son fonds pour les payer, l'équité ne permet pas qu'on le prive de son héritage, pour rembourser des dépenses qui n'étoient pas nécessaires. Le possesseur peut, à la vérité, réclamer également l'équité en sa faveur; mais cependant sa cause est moins favorable que celle du propriétaire: d'abord, parce que le droit de ce dernier est certain, tandis que la bonne foi étant toujours présumée, et n'ayant pas besoin d'être prouvée, il peut très-bien arriver que le possesseur soit réputé de bonne foi, quoiqu'il soit réellement de mauvaise foi; et en second lieu, parce que les cas dans lesquels il est absolument impossible à un acquéreur de s'assurer que la chose qu'il acquiert, n'appartient pas à celui qui la lui transmet, sont infiniment rares. Il y a donc presque toujours quelque négligence à lui imputer; donc la cause du propriétaire doit être préférée à la sienne. Le juge doit pareillement avoir égard à la nature du titre en vertu duquel la chose étoit possédée, même lorsqu'il s'agit d'un possesseur de mauvaise foi. En effet, l'on appelle ainsi tout possesseur dont le titre est vicieux, et qui en connoît les vices. Cepen-

BIU Cujas

dant il peut y avoir réellement une très-grande différence dans leur position. Mettra-t-on en effet sur la même ligne, celui que les lois Romaines désignent sous le titre de *prædo*, c'est-à-dire, qui, sans aucun titre, sans aucun droit, même apparent, s'est emparé et a joui du bien d'autrui, et celui qui, par exemple, a acheté le même bien de celui qui, à la vérité, n'en étoit pas propriétaire, et n'avoit point de mandat du propriétaire, mais qui étant connu pour être son homme de confiance, s'étoit porté fort pour lui, et avoit promis de faire ratifier la vente par lui. Ces deux individus sont censés tous deux possesseurs de mauvaise foi à l'égard du propriétaire, et cependant il y a, même dans le for intérieur, une grande différence entre eux; et par conséquent le juge ne doit pas agir à leur égard avec la même rigueur, soit quant à la restitution des fruits, soit quant au remboursement des dépenses. (*Voir* POTHIER, *de la Propriété*, n°. 350, *in fine*.)

Je pense, au reste, par argument de l'article 2277, qu'il ne peut jamais être demandé que cinq années de fruits. (*Voir* la note suivante.)

(6) *Que ces vices lui sont connus* : par conséquent, même avant la demande. Cet article rejette donc l'opinion de ceux qui prétendoient que, dans aucun cas, le possesseur ne devoit être réputé de mauvaise foi avant la demande; il n'a fait que se conformer, en cela, aux dispositions des lois Romaines. La loi 48, §. 1, ff. *de Adquir. rerum dom.*, décide formellement que le possesseur cesse de gagner les fruits, *statim atque cognoverit rem alienam esse*, et qu'il peut même y avoir mauvaise foi, quant à la perception des fruits, quoique l'usucapion continue à courir; or, s'il y avoit eu contestation en cause, ce qui équivaut chez nous à la demande, l'usucapion auroit été interrompu. Donc, puisque la loi suppose que l'usucapion continue, elle suppose qu'il n'y a pas eu de demande; et cependant elle décide que le possesseur peut être constitué en mauvaise foi auparavant: et il en seroit de même dans notre droit, actuellement que pour la prescription, comme chez les Romains, on n'exige plus la bonne foi qu'au commencement de la possession. De même, il pourroit arriver chez nous, comme chez les Romains, que la prescription ne courût pas, et que cependant le possesseur fît les fruits siens; si, par exemple, la chose appartenoit à un mineur : *Lege eâdem.*

Quant à la loi 25, § 2. ff. *de usuris*, qui paroit au premier coup-d'œil favoriser l'opinion de ceux qui prétendent que la bonne foi ne peut cesser que par la demande, je pense que les mots de cette loi : *bonæ fidei emptor, quod ad percipiendos fructus, intelligi debet, quandiù evictus fundus non fuerit*, doivent être entendus dans le sens que l'acquéreur de bonne foi, qui a appris que la chose ne lui appartenoit pas, n'en continue pas moins de faire les fruits siens, relativement aux tiers, jusqu'à l'éviction; en sorte que s'il vient à perdre la possession des fruits, il peut les réclamer, tant qu'il n'est pas évincé du fonds, et sans que le détenteur des fruits puisse lui opposer sa mauvaise foi; parce

BIU Cujas

qu'à l'égard des tiers qui n'ont pas qualité pour contester son droit, il est censé propriétaire, tant qu'il possède; mais il en seroit autrement, si les fruits étoient réclamés par le propriétaire, puisque la loi précitée 48, §. 1, ff. *de Adquir. rer. dom.*, décide formellement que le possesseur cesse de gagner les fruits, *statim atque cognoverit rem alienam esse.*

Il suit delà que la bonne foi cesse toujours du moment de la demande, mais qu'elle ne dure pas toujours jusqu'à la demande: il y a seulement présomption qu'elle a duré jusque-là; mais c'est une simple présomption *juris*, qui n'exclut pas la preuve contraire.

Mais, dira-t-on, il peut donc arriver que le propriétaire ait le droit de réclamer les fruits, sans pouvoir revendiquer le fonds. Si l'on suppose, en effet, que Pierre ait acquis un héritage de bonne foi; que sa bonne foi ait cessé deux ans après son acquisition, et qu'il ait néanmoins continué de posséder pendant le temps suffisant pour la prescription, l'ancien propriétaire ne pourra plus revendiquer le fonds, puisqu'il est prescrit; mais il pourra réclamer les fruits, à compter du jour où la bonne foi a cessé.

Réponse: Tout ce que nous avons dit jusqu'à présent relativement aux fruits, n'a lieu que pour le cas où celui qui veut les faire siens, n'a d'autre titre pour les réclamer, que sa possession de bonne foi. Or, remarquons que celui qui a prescrit, n'est plus simplement possesseur; il est propriétaire, et il est censé l'être, du moment qu'il a commencé à prescrire; il ne gagne donc plus les fruits comme possesseur, mais comme propriétaire, et par droit d'accession: il n'y a donc plus à examiner s'il est de bonne ou de mauvaise foi; il ne seroit donc tenu de rendre les fruits, qu'autant qu'il seroit obligé de restituer le fonds.

Au surplus, lorsque j'ai dit que chez les Romains l'usucapion étoit interrompu par la contestation en cause, je n'ignorois pas que le contraire paroît décidé par la loi 2, §. 21, ff. *pro emptore*. Mais il est évident que cette loi doit être entendue dans le sens, que la contestation en cause n'interrompt pas l'usucapion, à moins qu'elle ne soit suivie d'un jugement qui ait admis la demande du réclamant; ce qui est vrai, et conforme même à notre droit, puisque chez nous même, s'il y a rejet, péremption ou désistement de la demande, elle est censée non avenue, et la prescription n'est pas interrompue.

Comment peut-on prouver la cessation de la bonne foi? D'abord, si le montant de la demande n'excède pas 150 francs, nul doute que la preuve testimoniale ne puisse avoir lieu; dans le cas contraire, je pense qu'il faudra une preuve écrite, ou au moins un commencement de preuve par écrit. (Art. 1347.)

Quid, si les fruits ont été perçus par un héritier de bonne foi, qui a succédé à un possesseur de mauvaise foi?

D'abord il ne peut y avoir de difficulté quant aux fruits perçus par le défunt; en les percevant de mauvaise foi, il a contracté l'obligation de les rendre: cette obligation se trouve dans sa succession, et son héritier y succède. Mais quant

BIU Cujas

aux fruits perçus par l'héritier lui-même, la question est plus difficile. Remarquons, en effet, qu'il n'en est pas de l'acquisition des fruits, comme de celle de la propriété. Pour la prescription de la propriété, l'on ne considère qu'un moment, celui de l'entrée en possession. Quand la possession a été vicieuse dans le principe, et dans la personne du défunt, elle se continue toujours sur le même pied, même dans la personne de l'héritier de bonne foi, qui ne peut se changer à lui-même le titre de sa possession. Mais pour les fruits, il y a autant d'époques à considérer, qu'il y a de perceptions: *Magis est, ut singula momenta spectemus* (L. 23, §. 1, ff. *de Adquir. rerum dom.*); tellement que, si j'étois de bonne foi hier, et que j'aie cessé de l'être aujourd'hui, tous les fruits que j'ai perçus hier, m'appartiennent, et je suis obligé de restituer au propriétaire tous ceux que j'ai perçus aujourd'hui. D'après cela, il semble vrai de dire que les fruits perçus par l'héritier, l'ayant été de bonne foi, il ne doit pas être tenu de les restituer. Ajoutez, 1°. que ces mêmes fruits n'ont jamais été possédés par le défunt, et que, par conséquent, on ne peut dire qu'il a contracté l'obligation de les restituer, et que l'héritier a succédé à cette obligation;

2°. Que décider autrement, ce seroit aller directement contre le vœu de la loi, qui n'a pas voulu qu'une personne qui a compté sur un tel revenu, et qui a arrangé ses dépenses en conséquence, se vît tout-à-coup ruinée, par une restitution de fruits qui peut être considérable, et d'un très-grand nombre d'années, puisque, si la possession du défunt a été précaire, le fonds pourra être revendiqué en tout temps, et même après cent ans; et que, si elle a été seulement de mauvaise foi, elle a pu, à la vérité, servir de base à la prescription de trente ans; mais comme cette prescription a pu être suspendue par des minorités successives, il pourra arriver que, même dans ce cas, la restitution soit de quarante ou cinquante années de fruits.

Cette opinion est celle de Voet, sur le Titre *De Adquir. rerum dom.*

Néanmoins la loi 2, Cod. *De fructibus et litium expensis*, décide que l'héritier succède au vice du défunt, et qu'il est assujetti aux mêmes obligations que le seroit le défunt lui-même, s'il étoit vivant. Cette décision est confirmée par le suffrage des auteurs les plus recommandables, Perez, Domat, Pothier, etc.: ils se fondent sur ce que, du moment que le défunt a été en mauvaise foi, il a contracté l'obligation, non-seulement de rendre la chose, mais encore d'indemniser le propriétaire de tous les dommages que peut lui causer le retard apporté dans la restitution. Or, au nombre de ces dommages, est bien certainement la valeur des fruits perçus depuis la mauvaise foi. Cette obligation, une fois contractée par le défunt, fait partie des charges de sa succession; en sorte que son héritier en est tenu, non pas comme possesseur, mais par sa seule qualité d'héritier, indépendamment de sa bonne ou de sa mauvaise foi. Ajoutez à cela que la possession de l'héritier ne peut jamais être d'un autre genre que celle du défunt. C'est d'après ce principe que l'on décide, ainsi que

BIU Cujas

nous verrons ci-après, Titre *de la Prescription*, que l'héritier, même de bonne foi, ne peut jamais prescrire la chose que son auteur possédoit de mauvaise foi; donc, dans l'espèce proposée, l'héritier, quoique possédant réellement de bonne foi, ne peut cependant être regardé comme tel, ni réclamer les avantages attachés à la qualité de possesseur de bonne foi. Quant à l'inconvénient résultant de l'accumulation d'un grand nombre d'années, il y est pourvu, dans notre droit, par la disposition de l'article 2277, qui déclare toute redevance annuelle prescriptible par cinq ans; ce que je crois applicable au possesseur obligé de restituer les fruits, puisqu'elle l'est au fermier, au débiteur de rentes constituées ou viagères, qui ne sont certainement pas des possesseurs de bonne foi, relativement au locateur, ou au créancier de la rente. Par toutes ces raisons, je pense que l'héritier, même de bonne foi, du possesseur de mauvaise foi, et tenu de reudre les fruits qu'il a perçus.

Observez que le possesseur de mauvaise foi est tenu de rendre, non-seulement les fruits qu'il a perçus, mais encore tous ceux que le propriétaire eût pu percevoir *honestè*, si la chose lui eût été rendue; car cela fait partie des dommages-intérêts dont il est tenu. *Non quœritur an fruitus sit, sed an petitor frui potuerit.* (*L.* 62, §. 1, ff. *de Rei Vindicat.*)

Page 5.

(1) *A former un seul tout* : par exemple, un diamant enchâssé dans une bague, une doublure mise à un habit.

(2) *La valeur de l'autre objet.* Il y a, dans l'article 566, une obscurité de rédaction que j'ai dû faire disparoître, En effet, il est ainsi conçu :

» Lorsque deux choses appartenant à différens maîtres, qui ont été unies de » manière à former un tout, sont néanmoins séparables, en sorte que l'une » puisse subsister sans l'autre, le tout appartient au maître de la chose qui » forme la partie principale, etc.. »

Il sembleroit résulter de cette rédaction, que le principe qui adjuge le tout formé de deux choses, au maître de la chose principale, ne doit avoir lieu que lorsque les deux choses sont séparables ; tandis que c'est un principe général qui s'applique à tous les cas où l'une des deux choses peut être regardée comme la chose principale, soit que la séparation puisse avoir lieu ou non. (Argument tiré de l'article 573.) On a voulu, je pense, consacrer dans cet article l'opinion émise par Pothier, dans son *Traité de la Propriété*, nº. 170 à 174; et voici, d'après cela, comme je pense qu'il doit être entendu, ainsi que le suivant :

En général, la chose accessoire appartient au propriétaire de la chose principale, quand même les deux choses seroient séparables; il reste donc a déterminer ce qu'on doit entendre par chose principale; et à cet égard il faut distinguer :

Si des deux choses qui composent un tout, l'une ne peut subsister sans l'autre,

BIU Cujas

et que l'autre puisse subsister séparément, c'est cette dernière qui doit être réputée la chose principale. Il y a cependant une exception pour la peinture et l'écriture. Le tableau et l'écrit sont regardés comme choses principales, *propter excellentiam.*

Si chacune des deux choses unies peut subsister sans l'autre, alors est réputée partie principale, celle pour l'usage, l'ornement, ou le complément de laquelle, l'autre a été ajoutée.

L'on voit, par cette explication, qui est fondée sur les vrais principes, que la question de la séparabilité des choses unies ne fait rien, quant au principe, que, le tout formé de deux choses, appartenant à différens maîtres, doit appartenir au maître de la chose principale; mais qu'il faut entendre l'article 566, comme s'il y avoit : *quoique deux choses appartenant, etc., soient séparables, néanmoins le tout, etc.*

(3) *A été ajoutée.* Ainsi, dans les exemples cités dans l'avant-dernière note, le diamant et le dessus de l'habit sont les choses principales.

(4) *Est l'accessoire de l'autre.* Ainsi, dans un meuble, quelle est la chose principale, de l'étoffe ou du bois?

(5) *A-peu-près égales. Quid*, si tout étoit égal, ou à-peu-près? Comme alors il n'y auroit pas de raison d'adjuger la chose à l'un des propriétaires plutôt qu'à l'autre, je pense qu'elle seroit commune, et devroit être licitée.

(6) *De la chose principale.* Par exemple, un gros diamant à la poignée d'une épée. Ici, rigoureusement parlant, l'épée est la chose principale; mais cependant, s'il y a une disproportion considérable dans le prix, le propriétaire du diamant pourra le revendiquer.

(7) *Et qu'elle a été employée à l'insu de celui qui en est propriétaire.* S'il a connu l'emploi, et qu'il ne s'y soit pas opposé, il est censé y avoir consenti, et il ne peut alors réclamer que le prix de la chose.

(8) *Qu'elle soit séparée.* C'est l'action *ad exhibendum*, des Romains. (Voyez au *Digeste*, le Titre de ce nom.)

(9) *Quelque dégradation de la chose principale;* et, dans ce cas, sans dommages-intérêts. Il est évident, au reste, que le Législateur suppose ici que la chose accessoire a été unie à la chose principale par le propriétaire de cette dernière chose. Mais *quid*, si les deux choses ont été unies par un tiers, à l'insu des deux propriétaires? Je pense que chacun d'eux a droit de demander la séparation, sauf leur recours, pour les dommages respectifs, contre celui qui a fait l'union, s'il étoit de mauvaise foi.

(10) *Sa première forme.* Un gobelet d'argent peut être remis au creuset, et redevenir lingot; mais le bois avec lequel on a fait un meuble, ne peut redevenir ce qu'il étoit. Le Code rejette ici l'opinion consacrée par JUSTINIEN, dans ses *Institutes*, et adopte celle des Sabiniens, avec l'adoucissement dont il va être question tout-à-l'heure.

BIU Cujas

(11) ***D'une partie de la matière.*** Par exemple, un objet de fonte fabriqué avec des métaux appartenant en partie au fondeur. *Quid*, si aucune des deux matières n'appartient à celui qui a fait la nouvelle espèce? Alors, suivant les circonstances, ou elle appartient en commun aux propriétaires des deux matières, à la charge de rembourser à l'ouvrier le prix de sa main-d'œuvre (Argument tiré de l'art. 572); ou elle appartient au propriétaire de la chose principale, conformément aux articles 571 et 574, à la charge de rembourser le prix de la main-d'œuvre, et la valeur de l'autre partie de matière.

PAGE 6.

(1) ***Et de celui de sa main-d'œuvre.*** Exemple : la pièce fabriquée est estimée en entier 3,000 fr. La portion de matière appartenant à l'ouvrier est estimée 800 fr.; celle qui appartient à autrui, 1,000 fr.: la main-d'œuvre, 1,200 fr. L'ouvrier ayant fourni, d'abord en matière 800 fr., plus 1,200 fr. de main-d'œuvre, en tout 2,000 fr., sera propriétaire des deux tiers de la chose totale.

(2) ***Celui de la matière.*** Cela peut arriver souvent pour des pièces d'orfévrerie, de tapisserie, etc.

(3) ***La chose travaillée.*** Cette disposition est extrêmement équitable, quand l'ouvrier est de bonne foi; mais je ne crois pas qu'elle doive être appliquée quand il a employé la matière de mauvaise foi. (Argument tiré de l'art. 577.)

(4) ***De la matière***: c'est-à-dire, en lui remboursant le prix de la matière, avec dommages-intérêts, s'il y a lieu. (Argument tiré de l'art. 554.)

(5) ***Qui en a été fait.*** Appliquez ce qui est dit ci-dessus, note (7) de la page précédente.

(6) ***Mesure et bonté***, le tout avec dommages et intérêts, si l'ouvrier étoit de mauvaise foi.

(7) ***A divers propriétaires.*** Il s'agit ici du mélange de deux matières, soit de même espèce, comme du blé, du vin; soit d'espèces différentes, mais cependant de nature à ne faire qu'un seul corps, comme des métaux fondus ensemble, mais duquel mélange il ne résulte pas de nouvelle espèce. On suppose, au surplus, dans ce paragraphe, que tous les propriétaires n'ont pas consenti au mélange; autrement la chose leur seroit commune dans tous les cas, et sans aucune distinction, en proportion de la quantité et de la valeur de la matière appartenant à chacun d'eux.

(8) ***Peut.*** C'est une faculté qu'il peut ne pas exercer; et alors, on appliquera la règle qui va être établie, pour le cas où aucune des deux matières ne peut être regardée comme chose principale.

(9) ***Peut demander la division.*** *Quid*, s'il ne la demande pas? Appliquer ce qui va être dit pour le cas où la séparation ne peut avoir lieu.

BIU Cujas

PAGE 7.

(1) *Licitée ;* c'est-à-dire, adjugée au plus offrant.

(2) *Des poursuites extraordinaires ;* telle que l'accusation de vol ou d'escroquerie.

PAGE 8.

(1) *Du dessus et du dessous ;* c'est-à-dire, pour parler d'une manière figurée, que celui qui est propriétaire du sol, est propriétaire de tout l'espace qui existe depuis la surface du sol, en dessus, jusqu'au ciel, et en dessous, jusqu'aux entrailles de la terre. De-là le droit d'empêcher toute saillie sur son terrain, tels que balcons, branches d'arbres, à quelque hauteur que ce soit, etc.

(2) *Aux réglemens de police*, relativement à la hauteur des bâtimens, aux précautions exigées dans certaines constructions (Art. 674), au chemin à laisser le long des rivières navigables, etc.

(3) *Des lois de police*, concernant l'exploitation des carrières.

(4) *A l'exploitation des mines.* (*Voyez* au 1^er^ Volume, la note (3) de la page 143.)

(5) *Sous le bâtiment.* Remarquez, 1°. qu'il faut supposer que la possession de ce souterrain a pu être connue du propriétaire du bâtiment, *putà*, par des soupiraux donnant à l'extérieur. Autrement, la propriété ne pourroit en être acquise par la prescription; puisque, pour pouvoir prescrire, il faut posséder publiquement. (Art. 2229.)

2°. Qu'il faut bien distinguer le droit de propriété d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, du droit de passage qu'on pourroit avoir, à titre de servitude, sous le même bâtiment. Cette distinction est importante pour l'acquisition et la conservation du droit. On peut acquérir la propriété par la prescription : *secùs*, du droit de passage. On perd le droit de passage, par le simple non-usage, pendant trente ans; *secùs*, du droit de propriété, à moins que, pendant ce temps, la chose n'ait été possédée par un autre. C'est, au surplus, aux juges à arbitrer si la jouissance qui sert de base à la prescription, doit être regardée comme le résultat d'un droit prétendu de servitude, ou de propriété; en un mot, si celui qui réclame la prescription, a possédé *animo domini*, ou seulement, *animo dominantis*. Exemple :

J'ai habité à Paris une maison située au fond d'une cour. Pour y arriver, il falloit passer sous un bâtiment appartenant à un autre propriétaire, mais qui avoit son entrée par une autre porte à côté. S'il n'y eût pas eu de titre, et qu'il eût fallu décider s'il s'agissoit, dans l'espèce, d'un droit de propriété ou d'un droit de servitude, j'aurois pensé que le passage appartenoit en propriété au bâtiment que j'habitois; attendu que le propriétaire du bâtiment sous lequel on passoit, n'avoit aucune issue sur le passage, qui étoit possédé exclusivement

BIU Cujas

par le propriétaire du bâtiment du fond. Or, on ne peut concevoir un droit de servitude qui donne au propriétaire dominant le droit d'interdire au propriétaire servant tout usage de la chose assujettie. Il peut bien gêner cet usage, il peut bien le restreindre sous certains rapports, comme dans la servitude *altiùs non tollendi;* mais il ne peut l'exclure entièrement. (Voir un Arrêt de Cassation, du 22 octobre 1811; SIREY, 1811, 1re. part., pag. 369.)

(6) *Soit de toute autre partie du bâtiment même.* Dans les pays, par exemple, où les divers étages d'une maison appartiennent à différens propriétaires, il est évident que la propriété d'un étage peut être acquise par prescription.

(7) *Les matériaux.* Ce mot doit s'entendre *lato sensu;* pour tous les objets employés aux constructions, plantations, etc.: par conséquent, cette disposition s'appliqueroit même à des arbres plantés; à moins cependant que le peu de temps écoulé depuis la plantation, ne fût tellement modique que l'on dût présumer que l'arbre n'a pas encore pris racine. Car je pense que dans ce cas, il pourroit être revendiqué. La disposition de la Loi des 12 tables ne s'appliquoit qu'aux constructions; et, effectivement, il n'y a pas les mêmes raisons pour les plantations; mais la Loi française est précise sur ce point: *le propriétaire du sol,* dit l'art. 554, *qui a fait des constructions*, plantations, *et ouvrages avec des* matériaux *qui ne lui appartiennent pas, etc.* Certainement, il est impossible de ne pas appliquer le mot *matériaux* à tout ce qui a été dit auparavant, et par conséquent aux plantations.

(8) *S'il y a lieu:* s'il est de mauvaise foi, et sans préjudice des poursuites extraordinaires, si le cas y échet (Art. 577), et sauf l'application des règles posées dans les articles 2279 et 2280.

Je pense, au surplus, que la créance de la valeur des matériaux doit être privilégiée sur le bâtiment, d'après les §. 3 et 4 de l'article 2102, et même d'après le §. 4 de l'art. 2103.

(9) *A le choix,* mais seulement lorsqu'il reprend la jouissance du fonds; car je pense bien que si des ouvrages ont été faits sur un fonds par un usufruitier ou par un locataire, le propriétaire n'a pas le droit, pendant la durée du bail ou de l'usufruit, d'empêcher la destruction ou le changement des ouvrages, sous prétexte qu'il a la faculté de les retenir en les payant.

(10) *A raison des ouvrages faits.* Si donc les ouvrages ont coûté 10,000 fr., et qu'ils aient augmenté la valeur du fonds de 20,000 fr., le propriétaire pourra les retenir pour 10,000 fr. Mais aussi, dans le cas contraire, qui est le plus fréquent, si les ouvrages ont coûté 20,000 fr., et n'ont augmenté la valeur du fonds que de 10,000 fr., le propriétaire ne pourra les retenir, qu'en payant 20,000 fr. Il est vrai que, comme il a le droit, ainsi que nous allons le voir tout-à-l'heure, de forcer celui qui les a faits, de les enlever, il pourra l'obliger par là de consentir à une diminution.

BIU Cujas

(11) *Des dommages et intérêts*, pour raison du retard qu'il aura pu éprouver dans la jouissance du fonds, des dégradations que les ouvrages et leur destruction auront pu occasionner, etc. : c'est au possesseur à s'imputer d'avoir bâti sciemment sur le fonds d'autrui.

PAGE 9.

(1) *Par un possesseur de bonne foi.* Il faut entendre par là celui qui possède, comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété, dont il ignore les vices. Cette explication est nécessaire, parce que le locataire, l'usufruitier, pourroient, sous quelques rapports, être regardés comme possesseurs de bonne foi, dans le sens qu'ils ne sont pas ce que les lois Romaines appellent *prædones*, puisqu'ils possèdent, ou plutôt qu'ils détiennent la chose, en vertu d'un titre approuvé par les lois. Mais néanmoins, comme ils ne possèdent pas à titre de propriétaire, c'est la première partie de l'article qui doit leur être appliquée.

(2) *A l'augmentation de valeur du fonds.* Il peut paroître extraordinaire que, dans l'hypothèse où le propriétaire du fonds veut garder les ouvrages, le possesseur de mauvaise foi soit mieux traité que le possesseur de bonne foi ; car le premier peut réclamer la valeur entière des constructions, sans égard à la plus value du fonds, tandis que le second ne peut jamais réclamer que la plus value. Mais aussi, il y a compensation d'un autre côté, parce que, comme nous l'avons fait observer, le propriétaire du fonds pouvant, dans le premier cas, obliger celui qui a fait les travaux, de les enlever à ses frais, profitera de cette faculté pour le forcer de les laisser à un prix moindre que celui pour lequel ils ont été faits : or, il n'a pas le même droit à l'égard du possesseur de bonne foi.

Remarquez, au surplus, que, dans tous les cas où le propriétaire du fonds rembourse la valeur des ouvrages, ou la plus value qui en résulte, le possesseur peut retenir le fonds jusqu'à ce que le remboursement soit effectué. (Argument tiré de l'art. 867.)

(3) *Conformément aux réglemens.* (*Voyez*, au 1^er^. vol., la note (5) de la page 156.)

Observez que le chemin de halage n'est pas propriété publique, car autrement, l'alluvion, dans les rivières navigables ou flottables, devroit appartenir à l'Etat. Mais ce chemin est censé, jusqu'à preuve contraire, appartenir aux propriétaires riverains. L'Etat n'en jouit qu'à titre de servitude légale. De là il résulte que, si la rivière vient à se retirer, le droit de servitude sur l'ancien chemin s'évanouit, et les propriétaires riverains en recouvrent la jouissance, en laissant toujours un chemin semblable, qui est pris alors sur le terrain abandonné par la rivière.

Nota. Un décret du 18 août 1807, rapporté dans SIREY, 1816, 2^e^. partie, pag. 283, a décidé qu'un banc de sable formé par accident, même dans une

BIU Cujas

rivière non navigable, pouvoit, lorsqu'il obstruoit le cours de l'eau, être enlevé par ordre de l'autorité administrative.

Un autre décret, du 22 octobre 1808 (Sirey, 1817; 2e. partie, pag. 34), a décidé que les contestations sur la propriété des alluvions, même entre le domaine et des particuliers, devoient être portées devant les Tribunaux.

(4) *Mais dans l'année seulement. Quid*, si le propriétaire du fonds, d'où la partie est détachée, est mineur? On tient en général que toutes les prescriptions courtes, c'est-à-dire au-dessous de 10 ans, courent contre les mineurs, sauf leur recours contre leurs tuteurs. D'ailleurs, ici, cette espèce de prescription tient en quelque sorte à l'ordre public.

(5) *Abandonne son lit.* Mais il faut que cet abandon se fasse d'une manière sensible et prompte; car s'il étoit lent et successif, on pourroit le regarder comme un alluvion.

(6) *A titre d'indemnité.* Parce qu'en effet, suivant les principes rigoureux du droit, rapportés dans les Institutes de Justinien, §. 23, *de Rerum Divis.*, il devroit appartenir aux propriétaires riverains. Mais il résulte de là que ceux-ci cessent d'être riverains, et ne peuvent plus en réclamer les droits, tels que ceux qui sont relatifs aux alluvions, aux pièces d'eau, etc. Jugé dans ce sens, et avec raison, en cassation, le 11 février 1813. (Sirey 1815; 1re. partie, pag. 100.)

Page 10.

(1) *Dans des crues extraordinaires.* C'est qu'ici il y a une limite de la propriété, qui est déterminée par la décharge de l'étang.

S'il y a contestation sur la hauteur de la décharge, doit-on s'adresser à l'autorité administrative, ou à l'autorité judiciaire? Je pens eque, comme il s'agit alors d'une question de propriété, elle doit être portée devant les Tribunaux; en observant toutefois que la possession trentenaire peut être invoquée dans ce cas, soit qu'on regarde le droit prétendu par le propriétaire de l'étang, comme une servitude, qui étant alors continue et apparente, est de nature à s'acquérir par la prescription; soit qu'on la regarde comme un droit de propriété, susceptible également de s'acquérir par la possession de trente ans.

(2) *Des attérissemens.* Je crois que l'île diffère de l'attérissement, en ce que l'île est une portion du lit même du fleuve, qu'il laisse à découvert, en s'élargissant d'un côté et de l'autre; au lieu que l'attérissement est un amas de sable que le fleuve amoncelle sur un seul point, et qui finit par s'élever au-dessus de la surface de l'eau.

Remarquez la différence qui existe entre ces sortes d'attérissemens, et ceux dont il est question dans l'art. 556. Ceux-ci se font par jonction aux fonds riverains, et appartiennent dans tous les cas aux propriétaires de ces fonds, soit qu'il s'agisse d'une rivière navigable, flottable ou non; au contraire, l'atté-

BIU Cujas

rissement dont il est question ici, se forme dans le lit même de la rivière, sans jonction à aucun fonds riverain, et n'appartient aux propriétaires desdits fonds, qu'autant que la rivière n'est navigable ni flottable.

(3) *Qui se trouve en face de leur héritage.* Mais si, depuis ce moment, l'île acquiert plus d'étendue en longueur, par alluvion ou autrement, alors l'accrue, quoique se trouvant en face d'un autre fonds, coutinue d'appartenir au propriétaire de l'île primitive, dont elle devient l'accessoire. C'est la décision très-juste, et très-conforme aux principes, qui se trouve dans la loi 56, ff. *de Adquir. rerum dom.* De même, si une île, se trouvant en entier d'un côté de la ligne de séparation de la rivière, a été adjugée en totalité aux propriétaires riverains de ce côté, et qu'il s'en forme une nouvelle entre cette première île, et le bord opposé, le point milieu de la rivière devra êtrepris à partir du bord de la première île, jusqu'au bord opposé, et la propriété de la nouvelle île deva être déterminée en conséquence. L. 65, §. 3, ff. *eod.*

Page 11.

(1) *Des successions.* Il existe sur cette matière deux Traités principaux; l'un de Lebrun, assez bon ouvrage, mais diffus, comme tout ce qui est sorti de la plume de cet auteur; l'autre, de Pothier, ouvrage posthume, à la vérité, mais qui contient des choses excellentes, notamment pour ce qui concerne la matière des *rapports* et celle des *partages.*

(2) *Dans celui des lois.* (Article 869 et suivans.)

(3) *En mourant.* C'est ainsi qu'on dit une succession avantageuse, opulente, insolvable, etc.

(4) *Ordinairement héritier.* J'ai dit *ordinairement*, parce que, d'après les articles 757 et 758, les enfans naturels reconnus ont le droit de recueillir une quote-part, et même quelquefois la totalité de la succession; et cependant ils n'ont pas le titre d'héritiers.

(5) *Des successions légitimes.* Il ne faut cependant pas croire que tout ce qui va être dit dans ce titre, s'applique exclusivement aux successions *ab intestat;* plusieurs dispositions sont également applicables aux successions testamentaires, notamment celles qui concernent le payement des dettes, les partages, la garantie des lots, etc.

Page 12.

(1) *Est définitivement fixé.* C'est aussi ce moment qu'il faut considérer pour savoir si l'héritier est, ou non, capable de succéder. (Art. 725 et 906.)

(2) *A ses propres héritiers.* C'est l'explication de cet adage : *Le mort saisit le vif.*

(3) *Soit présumée*, en cas d'absence. Nous avons vu que l'absent qui ne reparoît pas, est présumé mort du jour de sa disparition. C'est donc de ce mo-

BIU Cujas

ment que sa succession est ouverte; et c'est par suite de ce principe, qu'elle est déférée, en définitif, à ceux qui étoient ses héritiers présomptifs à cette époque. Il est donc vrai de dire que la succession s'ouvre par la mort présumée. *Voir*, au 1^er^. vol., la note (4) de la page 47 *in fine*, et la note (8) de la page 50.

(4) *Qui est morte la première.* Supposons qu'un père et un fils unique ont péri ensemble. Si le fils a survécu, il a recueilli la succession de son père; et, en mourant, il l'a transmise à ses propres héritiers, qui, s'il n'a pas d'enfans, sont ses plus proches parens paternels, pour une moitié, et ses plus proches parens maternels, pour l'autre. (Art. 733.)

Si, au contraire, le fils est mort le premier, il n'a pu recueillir la succession de son père, qui, s'il n'y a pas d'autres descendans, est dévolue aux parens paternels et maternels de ce dernier, et les parens maternels du fils en seront exclus.

Il est donc important de décider lequel des deux est prédécédé.

(5) *S'il en existe de suffisantes.* Si un incendie a commencé par le premier étage d'une maison, celui qui demeuroit à ce premier étage, est présumé mort avant celui qui demeuroit plus haut. Dans une bataille, celui qui étoit à l'avant-garde, est censé avoir été tué avant celui qui étoit au centre ou à l'arrière-garde. *Secùs*, dans une retraite. Le malade alité est censé mort avant celui qui se portoit bien, et qui a pu, en conséquence, se dérober au danger pendant quelques instans. Dans un naufrage, celui qui a été aperçu le dernier, est censé avoir survécu; enfin, dans un massacre par des voleurs, on présumera qu'ils ont tué le père ou la mère avant les enfans en bas âge, parce que les premiers étoient plus en état de se défendre et d'appeler du secours. (Arrêt de Boré, rapporté par Le Brun, *des Successions*, liv. I, chap. I, sect. I^re^., n^o^. 17.)

Page 13.

(1) *Et les autres moins de soixante.* Ce cas n'est pas formellement prévu dans le Code; mais cela paroît devoir résulter naturellement de la décision contenue dans le dernier alinéa de l'article 721; car il est déjà assez singulier qu'un enfant d'un an soit présumé avoir survécu à un homme de soixante ans: et certes, on ne doit pas présumer qu'il a survécu à un homme de quarante.

(2) *Et les autres, plus de soixante.* Il peut paroître étonnant, comme nous venons de le remarquer, que l'enfant d'un an, d'un mois, même d'un jour, soit présumé avoir survécu à un homme de soixante-un ans. Il semble que l'on auroit dû fixer un âge au-dessous duquel la présomption de survie auroit été en faveur du plus âgé; par exemple, depuis un jour jusqu'à cinq ou six ans; et de cet âge à quinze, la présomption eût été en faveur du plus

BIU Cujas

jeune. Au surplus, les juges se croiroient peut-être autorisés à appliquer l'article 720, et à regarder le bas-âge de l'enfant comme une circonstance capable de déterminer la présomption de survie en faveur du père.

(3) *Plus de soixante.* Ce cas n'est pas encore prévu; mais si celui qui a moins de quinze ans, est présumé avoir survécu, à plus forte raison doit-on en dire autant de celui qui a plus de quinze ans.

(4) *Avoir survécu. Quid*, s'il y a égalité d'âge et parité de sexe; *putà*, deux jumeaux du même sexe? Les juges décideront d'après les renseignemens qu'ils pourront se procurer sur les forces respectives de chacun d'eux.

Toutes ces présomptions auroient-elles lieu en matière de succession testamentaire; si, par exemple, le testateur et le légataire sont morts ensemble? Dans notre droit, je serois d'avis de la négative, pour plusieurs raisons:

D'abord, les dispositions dont il s'agit sont placées sous la rubrique *des Successions ab intestat*, et ne sont rappelées, en aucune manière, sous le titre *des Testamens.*

2°. Il paroît résulter de la rédaction même de l'article 720, qu'on n'a pas entendu en appliquer la disposition aux successions testamentaires; car il y est dit qu'il est fait pour le cas où les personnes qui ont péri ensemble, *sont respectivement appelées à la succession l'une de l'autre.* Or, le légataire est bien appelé à recueillir une partie de la succession, ou des biens du testateur; mais le testateur n'est pas appelé à recueillir les biens du légataire.

3°. Il est de principe général, que c'est au demandeur à prouver le fait qui sert de fondement à son action: *Onus probandi incumbit actori.* C'est donc à celui qui tire son droit d'un prétendu prédécès, à prouver que ce prédécès a eu lieu. (*L.* 9, §. 3, et *L.* 16, ff. *de Rebus dubiis.*) C'est ce qui paroît résulter, et de l'opinion émise par Pothier, dans ses *Traités de la Communauté*, n°. 444, et *du Douaire*, n°. 154, et surtout de la disposition établie par l'article 135 du Code Civil, dont la décision sur ce point me paroît formelle. En effet, il y est dit que, *quiconque réclame un droit échu à un individu dont l'existence n'est pas reconnue, doit prouver que cet individu existoit quand le droit s'est ouvert.* Or, ici, l'existence du légataire ne peut être reconnue, puisqu'il est mort. C'est donc à celui qui réclame, de son chef, le legs qui lui a été fait, à prouver qu'il a survécu au testateur. En matière de succession légitime, le même principe ne peut être appliqué; car, tant que la présomption de survie n'est pas déterminée, personne n'est saisi de la succession. L'on ne peut donc déterminer qui est le demandeur, ni à qui l'on doit imposer la charge de prouver. Il faut donc que la loi intervienne, pour décider à qui la succession doit être adjugée. Mais lorsqu'il y a seulement doute sur la question de savoir lequel, du testateur ou du légataire, est prédécédé, les héritiers légitimes sont là; ils

BIU Cujas

ont pour eux la vocation de la loi qui les saisit de la succession. Quoi qu'il arrive, les biens ne resteront pas vacans. Il n'y a donc pas de nécessité d'admettre les présomptions de survie ; et le principe, *actori incumbit onus probandi*, reprend toute sa force, et doit être appliqué dans toute son étendue.

Je ne dois cependant pas dissimuler que RICARD, à la fin de son *Traité des Dispositions conditionnelles*, n°. 576 et suivans, soutient l'opinion contraire. Mais il ne donne d'autre motif de sa décision que les lois Romaines, et notamment la loi 9, §. 4., ff. *de Rebus dubiis ;* et, à cet égard, je me contenterai de faire observer :

Premièrement, qu'il n'y avoit pas la même raison de décider chez les Romains, qui n'admettoient pas la maxime, *le mort saisit le vif*. Chez eux, l'héritier légitime qui n'étoit pas héritier sien, n'étoit saisi de la succession que du moment qu'il l'avoit acceptée. Il ne pouvoit l'accepter qu'autant qu'elle lui étoit déférée ; et il étoit de principe que la succession n'étoit déférée *ab intestat*, que du moment où il étoit certain qu'il n'y avoit pas d'héritier testamentaire. Il falloit donc commencer par décider s'il y avoit, ou non, un héritier testamentaire.

2°. Les dispositions testamentaires sont bien loin d'être aussi favorables chez nous que chez les Romains. Dans le doute, nos lois préfèrent toujours l'héritier du sang. Chez les Romains, au contraire, il y avoit une espèce de honte à n'avoir pas d'héritier de son choix. Dans le doute, la loi prenoit donc toujours le parti qui tendoit à maintenir l'institution ; et ce qui prouve que c'est là le principal motif de la décision contenue dans la loi précitée 9, §. 4, ff. *de Rebus dubiis*, rapportée par RICARD, c'est le mot *solum*, qui s'y trouve. En effet, l'on suppose, dans ce paragraphe, qu'un père est mort avec son fils pubère, qu'il avoit institué son seul héritier ; et l'on décide que le fils est censé avoir survécu. Le mot *seul* n'est pas ajouté ici sans raison ; il est possible que l'on n'eût pas donné la même décision, s'il y eût eu d'autres héritiers institués qui eussent soutenu le testament, et qui eussent empêché le père de mourir *intestat*.

3°. En général, chez les Romains, c'étoit la faveur de la cause, qui, dans presque tous les cas, déterminoit la présomption de survie. Dans la loi 9, §. 1, *eod.*, on suppose le père mort avant le fils, en faveur de la mère, qui, dans l'hypothèse contraire, auroit été exclue par les agnats. Dans le §. 2, le père affranchi est, au contraire, présumé avoir survécu, *reverentiâ patronatûs*, afin que sa succession soit dévolue au patron. Quand une cause n'étoit pas plus favorable que l'autre, on revenoit au principe, et c'étoit à celui qui vouloit tirer avantage d'un prétendu prédécès, à le prouver. Ainsi, dans la loi 8, où il s'agit d'une donation entre mari et femme, laquelle, comme l'on sait, n'étoit confirmée que par le prédécès du donateur, le mari

BIU Cujas

et la femme étant morts ensemble, l'on décide que le donataire ne peut être évincé, à moins qu'on ne prouve que le donateur a survécu.

Dans la loi 18, deux frères qui avoient été substitués l'un à l'autre, meurent ensemble. Le jurisconsulte décide que les deux successions sont déférées *ab intestat*, à moins qu'on ne prouve que l'un d'eux a survécu: cependant il s'agit ici de dispositions testamentaires; mais il n'y a pas la même raison que dans la loi 9, §. 4, puisque l'auteur de la substitution a eu, dans tous les cas, un héritier de son choix.

Dans la loi 16, une mère, en dotant sa fille, a stipulé que la dot lui seroit rendue par son gendre, si sa fille mouroit avant elle. La mère et la fille meurent ensemble. Le jurisconsulte décide que les héritiers de la mère ne peuvent exiger la restitution de la dot, parce qu'ils ne peuvent prouver que la mère a survécu.

Dans la loi 34, *ad Senat. Trebell.*, un père, après avoir institué héritiers ses deux fils, ordonne que la portion héréditaire de celui qui mourra le dernier, soit restituée à un de ses parens qu'il désigne. Les deux enfans meurent ensemble. Le jurisconsulte décide que le fidéi-commis ne pourra avoir lieu, qu'à la charge par le fidéi-commissaire de prouver lequel est mort le dernier; et faute par lui de faire cette preuve, les deux successions seront dévolues à la mère.

Enfin, dans la loi 17, où il s'agit d'un legs, l'on décide que, si le légataire est mort avec le testateur, les héritiers ne sont pas tenus de la prestation du legs, à moins que le prédécès du testateur ne soit prouvé. Cet exemple est précieux, parce que je crois que c'est le seul où il soit spécialement question du légataire mourant en même temps que le testateur. Je pourrois citer plusieurs autres dispositions, qui toutes prouvent que, chez les Romains même, le principe *actori incumbit, etc.*, avoit lieu, soit dans les conventions, soit dans les dispositions à cause de mort, toutes les fois que la présomption de survie n'étoit pas déterminée par la faveur attachée à l'une des parties.

Un auteur a émis, sur cette question, une opinion fort singulière. Il prétend que non-seulement les articles 721 et 722 doivent être appliqués aux dispositions testamentaires, mais encore que c'est à l'héritier du testateur à prouver le prédécès du légataire; comme si l'héritier n'étoit pas possesseur, et comme si le possesseur avoit jamais rien à prouver. Le legs est toujours censé fait, sous la condition que le légataire survivra au testateur: quand le légataire se présente lui-même pour demander la chose léguée, il est bien certain que la condition est accomplie; mais quand c'est son héritier, il doit, comme demandeur, prouver que cet accomplissement a eu lieu; sinon, l'héritier du testateur doit être renvoyé de sa demande, d'après la règle, *actore non probante, reus absolvitur*, et conformément à l'article 135, auquel cet auteur paroit n'avoir pas pensé. Que l'on soutienne que l'héritier du légataire peut,

BIU Cujas

pour prouver le prédécès du testateur, faire valoir les présomptions résultant des articles 721 et 722, c'est une opinion qui n'est pas la nôtre, comme on vient de le voir, mais qui peut néanmoins être défendue. Mais que l'on aille jusqu'à dire que c'est à l'héritier du testateur à prouver le prédécès du légataire, c'est choquer toutes les règles du droit. Quant à l'arrêt cité par l'auteur, et qui est rapporté par LEBRUN, dans son *Traité des Su ccession*, Liv. I, chap. I, sect. I, n°. 19, comment n'a-t-il pas pris garde que cet arrêt détruit son opinion, bien loin de la confirmer? Qu'a-t-il jugé, en effet? Que le mari donateur et la femme donataire étant morts dans le même naufrage, la donation devoit avoir son effet, et n'étoit pas censée révoquée par le prédécès de la femme. Je dis que cet arrêt détruit l'opinion que je combats en ce moment: en effet, il confirme la règle *actoris est probare ;* car, par la donation, la femme étoit saisie. Les héritiers du mari revendiquoient les objets, attendu, disoient-ils, que la femme, comme plus foible, devoit être présumée périe la première ; mais comme ils étoient demandeurs, on jugea que c'étoit à eux à prouver le prédécès de la femme ; et, faute par eux de faire cette preuve, ils furent déboutés de leur demande. C'est absolument l'espèce de la loi 8, *de Rebus dubiis*, citée ci-dessus. Donc cet arrêt a jugé qu'en matière de donations pour cause de mort, qui ont la plus grande analogie avec les dispositions testamentaires, les présomptions de survie ne devoient pas avoir lieu, et que c'étoit au demandeur à prouver le prédécès.

Il n'y auroit, dans le droit actuel, qu'un cas qui pourroit donner lieu à une difficulté sérieuse ; ce seroit celui d'un légataire universel, institué par un individu qui n'auroit point d'héritiers à réserve. Ce légataire est, aux termes de l'article 1006, saisi de la succession, au préjudice des héritiers légitimes. On ne peut donc lui appliquer le même raisonnement qu'aux légataires particuliers, puisque, tant qu'il n'est pas décidé à qui la saisine doit appartenir, on ne peut dire, *quis sit actor, quis sit reus.*

Je pense néanmoins que, même dans ce cas, les héritiers du légataire ne peuvent réclamer la succession, qu'en prouvant le prédécès du testateur ; et je me fonde sur ce que,

1°. Comme je l'ai déjà fait observer, nos lois et nos mœurs favorisent toujours les héritiers du sang ; et que, par conséquent, dans le doute, la présomption doit être en leur faveur ;

2°. Si la présomption de survie n'a pas lieu en faveur des légataires, soit particuliers, soit à titre universel, il n'y a pas de raison d'accorder plus d'avantage au légataire universel, quoique saisi. Il seroit, en effet, singulier que, si un homme, n'ayant pas d'héritiers à réserve, a institué deux légataires à titre universel, chacun pour moitié, ses héritiers *ab intestat* pussent retenir sa succession jusqu'à ce que la survie des légataires fût prouvée ; tandis que, s'il

BIU Cujas

n'avoit institué qu'un seul légataire pour la totalité, la même preuve ne pourroit pas être exigée;

3°. La saisine légale du légataire universel n'appartient de droit qu'à lui. Ses héritiers ne peuvent la réclamer qu'en prouvant qu'il a survécu au testateur (Art. 135); ce qui suppose qu'il y a une autre personne qui prend la succession de droit, si la preuve n'est pas faite; et cette personne ne peut être autre que l'héritier légitime. Donc, dans ce cas, l'héritier du légataire devient demandeur, et tenu, en conséquence, de prouver le fait qui sert de fondement à sa demande, c'est-à-dire, le prédécès du testateur.

4°. Enfin, il ne s'agit point ici de l'intérêt du légataire lui-même, puisque nous le supposons décédé en même temps que le testateur; il s'agit uniquement de l'intérêt de ses héritiers, peut-être même de ses légataires, donataires, ou même de ses créanciers, c'est-à-dire de gens entièrement inconnus au testateur, qu'il n'est pas censé avoir embrassés dans sa libéralité; tellement que, s'il étoit prouvé qu'il a survécu un quart-d'heure à son légataire, ils seroient exclus. Or, il me semble que, toutes choses égales, les héritiers du testateur doivent être préférés à ceux du légataire.

Tels sont les motifs qui me déterminent à penser que les présomptions de survie établies par les articles 720, 721 et 722, ne doivent jamais avoir lieu dans les dispositions à cause de mort, dont l'exécution ne peut être réclamée qu'à la charge de prouver le prédécès du disposant.

(5) *Au domaine public.* Je n'ai pas dit que les successions irrégulières étoient celles qui avoient lieu à défaut de successions régulières, parce que la succession de l'enfant naturel est une succession irrégulière; et cependant, il n'est pas exclu par les successeurs réguliers.

(6) *Droits et actions du défunt.* Cela est toujours vrai, quand il n'y a pas de légataire universel. Lorsqu'il en existe un, l'héritier n'est saisi que quand il est du nombre des légitimaires (Art. 1004); sinon, la saisine appartient au légataire universel. (Art. 1006.)

(7) *Par justice.* Cependant l'enfant naturel ne doit recourir à la justice, que lorsqu'il prend la totalité de la succession. Dans le cas contraire, il doit seulement demander la délivrance aux successeurs réguliers avec lesquels il concourt: mais, dans aucun cas, il n'est saisi de plein droit, comme l'héritier régulier: il n'a pas même l'avantage qu'a le légataire universel, qui est, dans certains cas, saisi de plein droit de la totalité de la succession. (Art. 1006.)

Les successeurs irréguliers sont-ils obligés de prendre le bénéfice d'inventaire pour n'être pas tenus des charges au-delà des forces de la succession? Je ne le pense pas, pour deux raisons:

La première, c'est qu'ils ne sont pas saisis, puisqu'ils sont obligés de se faire envoyer en possession. Ils ne représentent donc pas le défunt; ils ne sont donc pas la continuation de sa personne.

BIU Cujas

La seconde, c'est qu'ils ne peuvent appréhender la succession, qu'après avoir rempli non-seulement toutes les formalités imposées à l'héritier bénéficiaire, mais encore d'autres, qui tendent à une plus grande publicité, et à une conservation plus exacte des biens de la succession. (Art. 769, 770 et 773.)

PAGE 14.

(1) *De la Représentation.* Il y a, dans les œuvres de RICARD, un petit Traité *De la Représentation en matière de succession.*

(2) *A l'ouverture de la succession.* La définition donnée par le Code, dans l'art. 739, pouvoit être bonne pour le Législateur et pour le juge; mais je n'ai pas cru devoir la conserver dans un ouvrage classique, pour plusieurs raisons.

D'abord cette définition contient les mots de *représentant* et de *représenté*. Or, en général, il faut, d'après les règles de la bonne logique, éviter de faire entrer dans une définition le mot qu'on veut définir.

En second lieu, elle ne détermine en aucune manière le rapport qui doit exister entre le représentant et le représenté; il me semble qu'il est nécessaire que la définition de la représentation fasse connoître qu'on ne peut être représenté que par ses descendans.

3°. Enfin, la définition du Code dit, que la représentation fait entrer le représentant dans les droits du représenté. Cependant l'article 744 dit qu'il n'y a lieu à la représentation, qu'autant que la personne qu'on veut représenter, est morte avant l'ouverture de la succession; et d'un autre côté, l'article 725 décide que, pour avoir des droits à une succession, il faut exister au moment de son ouverture. Il résulte donc, de la combinaison de ces deux articles, que le représenté n'a jamais eu de droit à la succession, et que, par conséquent, l'on ne peut dire que le représentant succède à un droit qui n'a point existé. Il m'a donc paru plus exact de dire, que la représentation donne au représentant les droits qu'auroit eus le représenté, s'il eût survécu à l'ouverture de la succession.

(3) *Dans chaque ligne.* Paternelle ou maternelle. Ainsi, l'ascendant le plus proche dans une ligne n'exclut pas l'ascendant plus éloigné de l'autre ligne, si ce dernier se trouve le plus proche dans sa ligne. Si donc une personne vient à mourir sans postérité, ni frères ni sœurs, et laissant, pour ascendans les plus proches, son père et son aïeul maternel, chacun prendra la moitié de la succession.

(4) *D'une personne morte.* Le mot de *mort* est pris ici *lato sensu*, comme il est pris en général, dans le style des lois, pour la mort naturelle ou civile. *Secùs*, dans les conventions, où le mot de *mort* s'entend en général de la mort naturelle seulement.

(5) *Toujours dans la même ligne.* Il n'y a dévolution d'une ligne à l'autre, que lorsqu'il n'y a pas, dans l'une d'elles, de successible au douzième degré.

BIU Cujas

(6) *Et sans le secours de la représentation.* Un homme meurt, laissant deux enfans, dont l'un renonce à sa succession : elle est dévolue en totalité à l'autre fils, quand même le renonçant auroit des enfans, parce que ces enfans étant de leur chef au second degré, et ne pouvant représenter leur père, sont exclus par leur oncle, qui est au premier degré. Mais si nous supposons que l'autre fils a renoncé également, ou a été déclaré indigne, alors les enfans du premier, n'ayant pas besoin du secours de la représentation, pourront venir à la succession; et si leur oncle a également des enfans, la succession se partagera, non pas en deux parts, comme dans le cas où ils viendroient tous par représentation, mais par têtes, c'est-à-dire en autant de parts qu'il y a de petits-enfans de l'un et de l'autre fils.

(7) *Dont le père a renoncé*; et ce, quoiqu'il soit éloigné du bisaïeul d'un degré de plus que le petit-fils; mais c'est que, pouvant s'aider du bénéfice de la représentation, il monte au degré de son grand-père, c'est-à-dire, au premier degré; tandis que le petit-fils ne pouvant représenter son père, reste au second degré. Il en est de même du petit-neveu, qui, lorsqu'il peut s'aider du secours de la représentation, exclut le neveu dont le père a renoncé ou a été déclaré indigne. Mais le petit-neveu dont le père a renoncé, seroit-il également exclu par l'oncle du défunt? C'est une question que nous examinerons, en traitant de la succession des ascendans. (*Voyez* ci-après la note (2) de la page 18.)

Remarquez aussi que la représentation n'a jamais lieu, *omisso medio*, mais qu'elle va toujours de degré en degré. Si donc, dans le cours des degrés, il s'en trouve un seul qui soit rempli, ou dans une des causes d'indignité, la représentation ne peut franchir ce degré, pour aller au degré supérieur. Ainsi l'arrière-petit-fils, dont le père a renoncé ou est indigne, ne peut venir, par représentation de son aïeul, à la succession de son bisaïeul; car le degré qui se trouve rempli dans l'intervalle, arrête le cours de la représentation, qui ne peut, en conséquence, aller au-delà, ni monter jusqu'à l'aïeul.

Page 15.

(1) *Et en prenant sa place*, et quand même il seroit mort au moment de l'ouverture de la succession : car, s'il étoit vivant, ses enfans se trouveroient exclus de la représentation par un autre motif; c'est qu'on ne peut représenter une personne vivante. Mais s'ils n'ont pas besoin du secours de la représentation, ils peuvent succéder, soit que l'indigne soit mort ou vivant; *putà*, si leur père étoit seul de son degré, ou si les autres héritiers du même degré que lui, sont également indignes ou renonçans.

(2) *Par souche.* On entend ordinairement par *souche*, l'individu qui tient immédiatement au défunt; et par *branches*, les divers individus provenant de la même souche.

Le partage se fait par *souche*, à l'égard de ceux qui viennent par représen-

BIU Cujas

tation : on fait alors autant de parts qu'il y a de personnes représentées, et chaque part se subdivise ensuite en autant de portions qu'il y a de branches de la souche.

Le partage se fait par *tête*, à l'égard de ceux qui viennent de leur chef. On fait autant de parts qu'il y a de personnes venant à la succession ; et il n'y a point de subdivision ultérieure.

Au reste, il peut arriver que, dans la même succession, il y ait tout-à-la-fois partage par tête et par souche. Si, par exemple, un père meurt, laissant deux fils au premier degré, deux petits-enfans d'un troisième fils prédécédé, et enfin quatre autres petits-enfans d'un quatrième fils, aussi prédécédé, sa succession sera divisée en quatre parts, dont une pour chaque fils au premier degré : à leur égard, le partage se fait par tête. Une troisième part sera dévolue aux deux enfans du troisième fils ; et une quatrième, aux quatre enfans du quatrième. A l'égard des petits-enfans, le partage se fait donc par souche.

(3) *Entre les diverses branches d'une même souche.* Observez que la même personne peut être *branche* à l'égard du défunt, et *souche* à l'égard de ses descendans. Exemple :

Un homme a deux enfans. L'un meurt laissant deux enfans, dont l'un meurt également, laissant aussi des enfans. L'auteur commun vient à mourir. Sa succession se partage en deux parts, dont l'une est dévolue au fils vivant, et l'autre aux descendans du fils prédécédé. Mais pour subdiviser cette dernière part, il faudra en faire encore deux portions, dont l'une sera adjugée au petit-fils vivant, et l'autre aux enfans du petit-fils décédé. Ce dernier est donc *branche* à l'égard du défunt, et *souche* à l'égard de ses enfans.

(4) *En ligne directe descendante à l'infini* ; c'est-à-dire, qu'à quelque degré que soit un descendant, il pourra toujours venir à la succession de son ascendant le plus éloigné, par représentation de ses auteurs prédécédés. Ce principe est vrai sans exception, en fait de descendance, qui est tout-à-la-fois naturelle et légitime. En fait de descendance purement naturelle, il y a lieu à la représentation, comme il est dit dans le texte, dans le sens que les descendans de l'enfant naturel reconnu peuvent le représenter dans la succession de ses père et mère ; mais il ne peut, quant à lui, représenter ses père et mère dans la succession de leurs ascendans ou de leurs frères et sœurs.

Il en est de même à l'égard de l'adopté, qui ne peut, dans aucun cas, représenter l'adoptant. Nous avons traité, au Titre *de l'Adoption*, la question de savoir s'il peut être représenté lui-même dans la succession de l'adoptant. (*Voir*, au 1^er^. volume, la note (6) de la page 96.)

(5) *Au même degré.* Ainsi, quand même une personne, en mourant, n'auroit laissé que des petits-enfans, il pourra encore y avoir lieu à la représentation, s'ils sont issus de différentes souches ; et il en résultera que, si, par exemple, elle a eu deux fils morts tous deux, et laissant, savoir : l'aîné, un fils

BIU Cujas

unique; et le cadet, quatre enfans; le fils de l'aîné prendra la moitié de la succession, et les enfans du cadet n'auront que l'autre moitié pour eux quatre. Dans ce cas, cependant, les petits-enfans n'ont pas besoin de la représentation pour venir à la succession, puisqu'ils sont tous au même degré. Mais cette disposition est fondée sur ce qu'on n'a pas voulu mettre des enfans dans le cas de gagner à la mort de leur père, et par conséquent d'en former le vœu impie: or, dans l'espèce, et en laissant de côté la représentation, la mort du cadet eût été pour ses enfans une occasion de bénéfice, puisque si leur père eût vécu, il n'eût eu que moitié; au lieu que, par sa mort, ils se trouveroient avoir droit aux quatre cinquièmes.

(6) *On a renoncé.* C'est ici le lieu de faire connoître la différence qui existe entre, venir à une succession *par droit de transmission*, ou *par droit de représentation.* Par l'effet de ces deux droits, l'on prend dans une succession la part qu'y auroit recueillie une personne décédée. Mais il y a cette différence, qu'il n'y a représentation, qu'autant que le représenté est mort avant l'ouverture de la succession; il n'y a transmission, au contraire, que quand la personne, du chef de laquelle on vient à une succession, est décédée depuis l'ouverture de cette même succession. N'eût-elle survécu qu'un instant, comme nous l'avons dit; eût-elle même ignoré le décès, elle est toujours censée avoir recueilli la succession, et l'avoir transmise à ses propres héritiers. De-là résultent les différences suivantes :

La première, c'est que, comme nous venons de le dire dans le texte, on peut représenter celui à la succession duquel on a renoncé, parce que ce n'est pas de lui, mais de la loi seule que le représentant tient son droit. Il est bien au lieu et place du représenté; mais c'est la loi seule qui l'y met, indépendamment du fait et de la volonté de la personne représentée, et quand même elle auroit manifesté une volonté contraire. Mais quand il y a transmission, comme la succession a été recueillie par celui qui transmet, et qu'elle se trouve faire partie de sa succession personnelle, on ne peut prendre sa part dans la première succession, qu'autant qu'on est son héritier, et qu'on a accepté sa propre succession.

2°. La représentation n'a lieu qu'en ligne directe descendante, ou en collatérale, à l'égard des descendans des frères et sœurs. La transmission a lieu de la part de tout héritier, dans quelque ligne et à quelque degré qu'il se trouve.

3°. Il n'y a que les descendans d'un individu, qui puissent le représenter dans une succession. La transmission a lieu en faveur de tous les successeurs, héritiers, légataires, donataires, créancier de celui qui transmet, et même en faveur du fisc. En un mot, on vient par représentation, comme enfant ou descendant du représenté, sans avoir besoin d'être son héritier. On vient, au contraire, par transmission, en qualité de successeur de celui qui transmet, sans qu'il soit même nécessaire d'être son parent.

BIU Cujas

Ces différences ont un résultat fort important, principalement dans deux cas :

Le premier, quand la personne que l'on représente ou qui transmet, a laissé une succession onéreuse. Supposons, en effet, un fils mort vingt-quatre heures après son père, et laissant des enfans, et une succession insolvable. Il a recueilli la succession de son père ; elle fait partie de la sienne : ses enfans ne pourront donc y venir qu'en acceptant la sienne propre, c'est-à-dire, qu'en acquittant toutes ses dettes, dont le payement pourra être poursuivi sur les biens provenant, tant de la succession du fils que de celle du père.

Si, au contraire, nous supposons le fils mort deux heures avant son père, il n'a jamais recueilli sa succession ; elle n'a jamais fait partie de ses biens. Ses enfans peuvent donc renoncer à sa propre succession, et l'abandonner aux créanciers ; mais cela ne les empêchera pas de prendre, par droit de représentation, la succession de leur aïeul, à laquelle les créanciers ne pourront pas toucher.

Le second cas dans lequel il importe de distinguer la représentation, de la transmission, c'est quand la personne qui représente ou qui transmet, a fait des dispositions testamentaires, soit universelles, soit à titre universel. Supposons, en effet, deux fils morts, l'un deux heures avant son père, et l'autre deux heures après, tous deux sans enfans, et ayant institué chacun un légataire universel : le légataire du fils mort avant le père, n'étant point dans le cas de la représentation, ne recueillera que la succession du fils, sans avoir aucun droit à celle du père, qui appartiendra en totalité au légataire du fils qui a survécu.

Par la même raison, si nous supposons que le fils mort avant le père, a laissé des enfans et un légataire universel, les enfans de ce fils pourront prendre la part totale de leur père, dans la succession de l'aïeul, et réclamer, en outre, leur réserve ou légitime dans la succession de leur père ; tandis que, si ce dernier étoit mort après l'aïeul, ses enfans ne pourroient prendre qu'un droit de légitime dans la masse réunie des deux successions.

Page 16.

(1) *Il vient par représentation.* Si donc il est, à l'égard de la personne à la succession de laquelle il vient par représentation, dans un des trois cas d'indignité mentionnés dans l'article 727, il pourra être exclu de la succession.

Il en est de même s'il n'étoit pas conçu au moment de l'ouverture.

C'est d'après le même principe que la fille du fils aîné, quoique représentant son père, ne succède point au majorat, parce qu'elle n'a point la capacité personnelle de succéder aux biens qui y sont compris, et qui sont dévolus, à la vérité, par ordre de primogéniture, mais seulement dans la descendance masculine du titulaire.

Quid, si le représentant étoit dans un des cas d'indignité à l'égard du repré-

BIU Cujas

senté ? Cela ne doit pas l'exclure, puisqu'il ne vient pas comme héritier du représenté. Par la même raison, il n'est pas nécessaire que le représentant ait été conçu du vivant du représenté : un petit-fils, quoique conçu après la mort de son aïeul, peut néanmoins le représenter dans la succession du bisaïeul.

(2) *Soit de leur chef.* L'article 745 dit que *les descendans succèdent par égales portions et par tête, quand ils sont tous au premier degré et appelés de leur chef :* il falloit dire, *ou appelés de leur chef :* d'abord, parce que les descendans au premier degré sont toujours appelés de leur chef ; il étoit donc inutile de réunir les deux conditions ; et ensuite, parce que les descendans peuvent être appelés de leur chef, et succéder en conséquence par tête, sans être au premier degré. Exemple : Un père meurt laissant deux fils qui renoncent tous deux : ils ont chacun des enfans ; ces derniers viendront de leur chef à la succession de leur aïeul, et succéderont par tête ; et cependant ils sont au deuxième degré.

(3) *Ou de primogéniture*, sauf cependant le cas des majorats, comme nous le verrons ci-après.

(4) *Ou même plus proche.* Ainsi, l'arrière petit-fils dont le père a renoncé, et qui est conséquemment au troisième degré, exclut le frère du défunt, qui est au second ; il excluroit même le père, s'il étoit possible qu'il vécût. Mais, entre les descendans, le plus proche exclut le plus éloigné, lorsque celui-ci ne peut s'aider du bénéfice de la représentation.

(5) *De la ligne maternelle.* On entend par parens de la ligne paternelle, les parens du côté du père ; et par parens de la ligne maternelle, les parens du côté de la mère, sans distinction de la ligne par laquelle ils tiennent au pere ou à la mère. Ainsi, les parens de la ligne maternelle du père de Titius sont de la ligne paternelle de Titius : *et vice versâ*, les parens de la ligne paternelle de sa mère, sont de sa ligne maternelle. C'est un principe dont il faut bien se pénétrer, et qu'il ne faut jamais perdre de vue.

(6) *Ou à l'origine des biens.* Ainsi est abrogée la règle des pays coutumiers, *paterna paternis, materna maternis.* Cependant on a conservé, comme l'on voit, dans les successions, autres que celles des descendans, et des frères en certains cas, la division en ligne paternelle et ligne maternelle ; mais cela diffère du droit ancien, en ce que la règle précitée avoit uniquement pour but la conservation des biens dans les familles : en conséquence, les parens paternels ne pouvoient réclamer que les propres paternels, c'est-à-dire les biens venant par succession du père et des parens paternels ; et les parens maternels, les propres maternels. Actuellement, quand tous les biens seroient propres paternels, ou propres maternels, ou même tous acquêts dans la personne du défunt, la succession ne se diviseroit pas moins en deux parts, dont l'une pour l'héritier le plus proche de la ligne paternelle, et l'autre pour l'héritier le plus proche de la ligne maternelle. Ce mode de partage est fort simple et fort aisé dans la pra-

BIU Cujas

tique; et il faut avouer que c'est un très-grand avantage, et qui compense bien les légers inconvéniens dont il peut être susceptible.

Nota. La règle qui veut qu'on ne fasse aucune attention à l'origine des biens, reçoit deux exceptions; la première, à l'égard des biens compris dans un majorat; et la seconde, a l'égard des biens donnés par un ascendant à un descendant qui vient à mourir sans posterité, ainsi que nous le verrons dans le §. suivant.

(7) *De la même ligne.* Cela décide la fameuse question de la refente, qui s'étoit élevée sous la loi du 17 nivose : voici en quoi elle consistoit, et quelle en étoit l'espèce :

On demandoit si, après que la première division en deux lignes, paternelle et maternelle, avoit été opérée, il falloit encore faire une pareille division dans chaque ligne et à chaque degré.

Ainsi, Pierre meurt, laissant pour plus proches parens paternels, Paul et Jacques, ses cousins, mais à divers degrés. Jacques est le neveu de son aïeul paternel; Paul est le petit-neveu de son aïeule paternelle.

Les partisans de la refente prétendoient que, non-seulement une première division devoit s'opérer entre les parens paternels et maternels du défunt; mais qu'ensuite il devoit y avoir une subdivision de la part échue, par exemple, à la ligne paternelle, entre les parens paternels et maternels de son père, et de même dans la ligne maternelle. En conséquence, dans l'espèce proposée, Jacques étant le plus proche parent paternel, et Paul le plus proche parent maternel, du père de Pierre, ils auroient dû prendre chacun la moitié de la part dévolue aux parens paternels de Pierre.

Ce système, qui avoit déjà été proscrit par plusieurs arrêts antérieurs au Code, se trouve formellement abrogé par l'article 734, qui décide que, sauf le cas de la représentation, la part dévolue à chaque ligne, appartient à l'héritier le plus proche de chaque ligne, sans distinction de branche. D'après cela, dans l'espèce proposée, la part dévolue à la ligne paternelle de Pierre, appartiendroit en entier à Jacques, comme plus proche parent paternel du défunt.

Page 17.

(1) *Auxquels il ne succède pas :* c'est-à-dire, auxquels succèdent les parens collatéraux mentionnés dans l'article précédent; car si le défunt a disposé, les père et mère n'ont pas le droit de réclamer l'usufruit du tiers des biens auxquels ils ne succèdent pas. La réserve des père et mère est fixée par l'article 915, et ils ne peuvent rien prétendre au-delà.

(2) *Les trois quarts de la succession.* Et dans ce cas, c'est-à-dire, lorsque le père et la mère, ou l'un d'eux, concourent avec des frères ou descendans d'eux, ils n'exercent point le droit d'usufruit dont nous venons de parler.

(3) *Germains, utérins, ou consanguins.* Les frères germains sont ceux qui ont le même père et la même mère; les utérins, qui ont la même mère,

BIU Cujas

mais un père différent; et les consanguins, qui ont le même père, mais non la même mère.

(4) *Du même lit*; c'est-à-dire, ou tous germains, ou tous utérins, ou tous consanguins.

(5) *Pour ce qui les concerne.* Parce que cette seconde division n'a d'autre but que de fixer les droits respectifs des frères ou sœurs entre eux, et n'intéresse en aucune manière les père et mère, dont elle ne peut augmenter ni diminuer la part.

(6) *Dans leur ligne respective.* Pour faire mieux comprendre cette disposition, nous allons poser quelques-unes des espèces qui peuvent se rencontrer.

Soit une succession de valeur de soixante mille francs; les héritiers sont, trois frères, le père et la mère. La part de ces derniers est de trente mille francs; il reste trente mille francs à partager entre les frères. Maintenant faisons les hypothèses suivantes :

Un germain, deux utérins;

Un germain, deux consanguins;

Un germain, un utérin, et un consanguin;

Enfin, un utérin et deux consanguins.

Nous disons que, dans tous les cas, la part dévolue aux frères doit se partager par moitié entre les deux lignes, paternelle et maternelle. Dans l'espèce, il revient à chaque ligne quinze mille francs.

Premier cas. Un germain, deux utérins. — Le germain étant seul de la ligne paternelle, prendra à lui seul les quinze mille francs revenant à cette ligne; et, comme il est en même temps de la ligne maternelle, il partagera les autres quinze mille francs avec les utérins; ce qui fera pour sa part vingt mille francs, et pour chaque utérin cinq mille francs.

Il en est de même dans le second cas, mais en sens inverse des lignes, c'est-à-dire, que le germain prendra seul ce qui revient à la ligne maternelle, et partagera le surplus avec les deux consanguins.

Troisième cas. Un germain, un utérin et un consanguin. — Le germain partagera la part de chaque ligne avec chacun des deux autres : il prendra, en conséquence, sept mille cinq cents francs dans la part de la ligne paternelle, autant dans la part de la ligne maternelle, en tout quinze mille francs; et chacun des deux autres aura sept mille cinq cents francs.

Quatrième cas. Un utérin et deux consanguins. — L'utérin prendra les quinze mille francs revenant à la ligne maternelle; et les consanguins partageront par moitié les quinze mille francs revenant à la ligne paternelle.

Ces espèces pourront servir à décider toutes les autres.

BIU Cujas

PAGE 18.

(1) *Des frères, sœurs*, quels qu'ils soient, germains, utérins ou consanguins. Cela avoit fait difficulté dans le principe, d'après la disposition de l'article 733, qui décide d'une manière générale, que les parens utérins ou consanguins ne doivent prendre part que dans leur ligne. Mais enfin il est actuellement passé en principe, que les frères, quels qu'ils soient, excluent tous autres collatéraux, et même les ascendans, autres que les père et mère. On s'est fondé :

1°. Sur ce que l'article 750 ne distingue pas, et donne, en général, à tous les frères, le droit d'exclure les ascendans et les collatéraux;

2°. Et ceci est péremptoire, sur ce que le Code, dans l'article 752, et dans l'hypothèse où il n'existe pas de frères germains, a mis les frères utérins ou consanguins sur la même ligne que les frères germains, et leur a donné les mêmes droits, lorsqu'ils concourent même avec le père ou la mère; à plus forte raison, doit-on penser qu'ils jouissent des droits de frères germains, lorsqu'ils concourent avec d'autres ascendans ou avec des collatéraux.

(2) *Ou descendans d'eux. Quid*, si ces descendans ne peuvent représenter leur auteur; *putà*, parce qu'il a renoncé, ou qu'il est indigne? Il seroit possible de conclure, du texte de l'article 750, qu'ils excluent les ascendans, autres que les père et mère, par cela seul qu'ils sont descendans de frères et sœurs, et quand même ils ne pourroient s'aider du bénéfice de la représentation. Et il y a peut-être une raison : Les neveux et petits-neveux sont, en quelque sorte, la descendance collatérale de leur oncle ou grand oncle : *referunt speciem liberorum*. Or, les descendans, même ceux qui ne peuvent s'aider de la représentation, excluent tous autres héritiers. On peut opposer, à la vérité, les articles 749 et 751, qui paroissent exiger qu'ils soient représentans, pour qu'ils puissent concourir avec les père et mère. Mais l'on peut répondre que la loi a mis, au Titre *des Successions*, une telle différence entre les père et mère et les autres ascendans, qu'il est possible qu'elle ait voulu exiger plus dans la personne des descendans de frères et sœurs, pour leur donner le droit de concourir avec les père et mère, que pour leur donner celui d'exclure les autres ascendans. C'est, au surplus, une opinion que je hasarde, et qui est fondée uniquement sur ce qu'il est singulier qu'il ne soit question des *représentans* des frères et sœurs, que dans les articles 749 et 751, où ils concourent avec le père ou la mère; tandis que dans les articles 746, 750 et 753, où on les suppose en concours avec d'autres ascendans, on les désigne sous le terme générique de *descendans*. J'avoue, d'ailleurs, que cette raison n'est pas très-forte, et que je ne tiendrois pas beaucoup à cette interprétation, si la jurisprudence en consacroit une contraire; mais dans le cas où elle viendroit à prévaloir, il est évident que le petit-neveu, de son

BIU Cujas

chef, et sans le secours de la représentation, excluroit, à plus forte raison, l'oncle du défunt.

(3) *Ce n'est pas un droit de retour.* Si c'étoit un droit de retour, le donataire ne pourroit point disposer, même à titre onéreux, au préjudice du donateur; les aliénations qu'il auroit pu faire, seroient résolues par son prédécès, et les biens rentreroient dans la main du donateur, libres de toutes charges et hypothèques. (Art. 952.) C'est par suite de ce principe qu'il a été jugé en Cassation que, dans le cas de l'article 747, il est dû un droit proportionnel de mutation, tandis qu'il ne seroit dû qu'un droit fixe, s'il s'agissoit d'un simple droit de retour. (SIREY, 1814; Ire. partie, pag. 169.)

Dans le principe, le droit de retour n'avoit été établi que pour la dot. (*L.* 6, ff. *de jure dotium.*) Les motifs de cette disposition étoient:

1°. D'épargner à l'ascendant, qui avoit eu le malheur de perdre sa fille, le nouveau chagrin de voir passer dans des mains étrangères les objets qu'il lui avoit donnés. C'étoit, disent les lois Romaines, *solatii loco, ne et filiæ amissæ, et pecuniæ damnum sentiret;*

D'encourager et d'exciter la libéralité des ascendans, par l'espérance de recouvrer les objets donnés, en cas de prédécès du donataire sans postérité: *ne hâc injustâ formidine* (de perdre les choses qu'ils auroient données à leurs enfans) *parentum circà liberos munificentia retardetur.*

Ces motifs avoient paru si favorables, que l'on crut devoir, dans notre droit, appliquer la même disposition à toutes les donations faites par des ascendans à leurs descendans. Cependant l'effet n'étoit pas le même en pays de droit écrit et en pays coutumier. Dans les premiers, c'étoit un véritable droit de retour, qui annulloit toutes les aliénations et hypothèques consenties par le donataire. Dans les pays coutumiers, au contraire, c'étoit une simple succession aux objets donnés. L'ascendant étoit un véritable héritier; et comme l'héritier est tenu de garantir tous les faits du défunt, il en résultoit qu'il ne pouvoit attaquer, comme donateur, aucun des actes de disposition faits par le défunt, à titre gratuit ou onéreux, entre-vifs ou par testament. C'étoit ainsi que l'on entendoit, et que l'on appliquoit généralement l'article 313 de la Coutume de Paris, qui a été à-peu-près copié dans l'article 747, et dont le sens bien entendu, nous servira à résoudre plusieurs des difficultés qui se présenteront sur ledit article.

(4) *En proportion de la valeur des objets auxquels ils succèdent*, et même *ultrà vires emolumenti*, à moins qu'ils n'acceptent sous bénéfice d'inventaire. C'est une véritable succession. Ils sont donc héritiers, et, comme tels, tenus des dettes indéfiniment, au prorata de leur émolument. ROUSSEAUD DE LA COMBE, *Verbo*, REVERSION, n°. 1. Par la même raison, s'ils étoient d'ailleurs en ordre de succéder, et qu'ils eussent renoncé à la succession, ils ne pourroient exercer le droit qui leur est attribué par l'article 747. Car on ne peut, tout-à-la-

BIU Cujas

fois, être et ne pas être héritier de la même personne. Cependant, comme cette succession n'est pas de la même nature que les successions ordinaires, principalement en ce qu'elle ne donne de droit qu'à des choses particulières, et qu'elle n'est qu'improprement un titre universel, je pense que l'ascendant qui n'auroit d'autre droit de succession que celui qui résulte de l'art. 747, ne pourroit prétendre au droit d'accroissement établi par l'article 785. Je pense également que la contribution aux dettes dont il est tenu, n'a lieu qu'à l'égard des autres héritiers, et non à l'égard des créanciers; c'est-à-dire, qu'elle ne préjudicieroit en rien à l'action de ceux-ci contre les autres héritiers, en raison de leur part héréditaire. Si donc le défunt avoit laissé deux héritiers, outre l'ascendant, chacun d'eux seroit tenu, à l'égard des créanciers, de la moitié des dettes, sauf son recours contre l'ascendant. Il est même d'autant plus convenable de décider ainsi, que l'ascendant ne prenant pas une quote de la succession, les créanciers ne pourroient savoir quelle part ils devroient lui demander. Mais si cette part étoit fixée par un acte précédent, les créanciers pourroient, s'ils le jugeoient convenable, s'adresser directement à lui pour la lui faire payer. Car cette mesure ne pourroit que prévenir un circuit d'actions qu'il est toujours bon d'éviter.

(5) *Ni par testament.* C'est une succession *ab intestat;* et comme, chez nous, la disposition de l'homme fait cesser la disposition de la loi, sauf le cas de réserve quand elle a lieu, il suit que, si le donataire a disposé des objets donnés, l'ascendant donateur ne peut plus exercer le droit résultant de l'art. 747. *Voir* un Arrêt de Cassation du 17 décembre 1812. (Sirey, 1813; Ire. partie, pag. 409.) C'étoit aussi de cette manière que l'on entendoit anciennement l'art. 313 de la Coutume de Paris. (*Voyez*, Boucheul, *des Conventions de succéder*, Chap. XII, nº. 75 et suivans, et les auteurs cités par lui; *voir* également Ricard, *des Donations*, part. 3, nº. 768 et suivans.) Si l'ascendant a droit à une réserve, il pourra, à la vérité, l'exercer sur les biens donnés comme sur les autres biens de la succession; mais alors ce n'est pas comme donateur qu'il agira, mais comme ascendant, puisqu'il auroit le même droit, quand il n'auroit rien donné.

(6) *Faites par le défunt. Quid*, si le donateur a concédé un droit réel sur l'objet donné? il faut distinguer: Si le droit concédé est un démembrement de propriété, comme un usufruit, ou une servitude, comme il y a alors vraiment aliénation partielle, et que toutes les aliénations sont maintenues au préjudice du donateur, l'ascendant ne peut reprendre que ce qui reste en nature, c'est-à-dire le fonds, moins l'usufruit ou la servitude concédée; et il n'a aucun recours à exercer, à raison de ce, contre la succession. Mais si le droit est simplement réel, sans être un démembrement de propriété, comme un droit d'hypothèque, le donateur qui reprend le bien donné, le reprend, à la vérité, grevé de l'hypothèque, dans le sens que le droit de reprise ne

BIU Cujas

peut préjudicier à l'action hypothécaire du créancier. Mais comme l'hypothèque ne diminue point la propriété dans la main du propriétaire, qu'elle n'est qu'un contrat accessoire, ayant pour motif d'assurer le payement d'une dette dont l'ascendant ne doit qne sa part, il s'ensuit que, s'il est obligé de la payer en totalité par suite de l'action hypothécaire, il aura un recours contre ses cohéritiers, pour tout ce qui excède la part pour laquelle il est tenu d'y contribuer.

(7) *De l'action hypothécaire.* L'action hypothécaire est celle par laquelle le créancier, auquel un immeuble a été hypothéqué, a le droit de le suivre, dans quelque main qu'il passe, et peut, en conséquence, exiger son payement total du détenteur, quel qu'il soit.

PAGE 19.

(1) *D'après les règles établies ci-dessus.* S'il n'y a pas dans la succession de quoi fournir la légitime du père, ou des autres ascendans survivans, l'ascendant donateur sera-t-il obligé de la fournir, ou de la compléter sur les biens donnés? Je ne le pense pas. L'article 915 dit que les ascendans n'ont droit à une légitime ou réserve, que dans l'ordre où la loi les appelle à succéder. Or, ici, l'ascendant donateur est seul et exclusivement appelé par la loi à succéder aux choses données par lui: donc les autres ascendans n'y ont aucun droit; donc ils ne peuvent réclamer de légitime sur ces biens.

(2) *Dans le surplus de la succession.* L'ascendant donateur qui auroit droit à une réserve, seroit-il tenu d'imputer sur sa réserve les biens auxquels il succéderoit en vertu de l'article 747? La question n'est pas sans difficulté. L'on peut dire, pour la négative, que l'ascendant ayant droit à ces biens par un droit singulier et exclusif de tout autre, c'est une espèce de préciput que la loi lui accorde. Or, nous verrons plus bas que les biens reçus à titre de préciput, ne s'imputent point sur la légitime. Nonobstant cette raison, je pencherois volontiers pour l'affirmative, fondé sur ce que le légitimaire est tenu, en général, d'imputer sur sa légitime tout ce qu'il prend à titre héréditaire. Or, ici, l'ascendant succède *jure hereditario;* et il paroît même y avoir d'autant plus de raison d'admettre l'imputation, que l'on peut dire, en quelque sorte, que l'ascendant tient les biens donnés de la libéralité du donataire, puisque celui-ci pouvoit l'en priver en en disposant, et que c'est le cas d'appliquer cet adage du droit Romain: *dat qui non adimit.*

(3) *Aux choses,* mobilières ou immobilières; l'article ne distingue pas. A la vérité, l'on tenoit, dans l'ancien droit, que la disposition de l'art. 313 de la Coutume ne devoit s'appliquer qu'aux immeubles. Mais la raison en étoit, qu'il s'agissoit, dans cet article, des biens connus sous le nom de *propres*, ainsi qu'il résultoit de la combinaison dudit article avec le précédent. Or, il n'y avoit que les immeubles qui eussent la qualité de *propres:* cela restre-

BIU Cujas

gnoit donc la signification ordinaire et général du mot *choses*. Mais dans notre droit, où la distinction des propres et des acquêts n'existe plus, ce mot doit conserver sa signification ordinaire, qui comprend les meubles et les immeubles. D'ailleurs, l'article 747 donne à l'ascendant le droit de succéder, même au prix de la chose donnée, si elle a été aliénée par le donataire, et que le prix soit encore dû; disposition qui n'existoit pas, et qui ne pouvoit pas exister dans l'ancienne Coutume, puisque l'ascendant donateur ne succédoit à la chose donnée que comme à un propre, et qu'il n'y avoit de propres que les immeubles. (Lebrun, *des Success.*, Liv. I, chap. V, sect. 2, n°. 49.) Or, ce prix est une chose mobilière; donc la loi a déterminé elle-même la signification qui doit être donnée au mot *choses*, et qui comprend toutes sortes de biens, tant meubles qu'immeubles.

(4) *Dans la succession du donataire.* Il en étoit de même sous l'empire de la Coutume de Paris, mais par un motif différent. Par la Coutume, comme nous l'avons dit, l'ascendant succédoit à la chose donnée, comme à un propre; cette succession ne pouvoit donc avoir lieu, qu'autant que le défunt n'avoit pas disposé de l'objet pendant sa vie. Ce motif ne peut être le même sous le Code, qui ne reconnoît plus de propres. Mais, quoique le droit de l'ascendant soit ici extrêmement favorable, et quoique l'ascendant puisse être regardé comme successeur à titre universel, sous le rapport de la contribution aux dettes; il n'en est pas moins vrai que cette succession diffère essentiellement des autres successions légitimes, en ce qu'elle est restreinte, par la loi même, à des objets particuliers et spécialement désignés, et encore, sous la condition qu'ils se retrouveront en nature dans la succession du donataire. Cette succession, ou plutôt ce droit, ne peut donc s'appliquer qu'aux objets pour lesquels il a été établi. Tant que ces objets existent, ou, s'ils ont été aliénés, tant que le prix qui les représente, n'a pas été confondu avec les autres biens du défunt, la loi a bien voulu favoriser l'ascendant donateur, en lui accordant le droit de succéder à l'objet donné ou au prix. Mais une fois que la confusion a eu lieu, de manière qu'il n'est plus possible de faire la distinction, le motif de la loi s'évanouit, et la succession est déférée d'après les règles ordinaires et accoutumées. D'ailleurs, l'on n'a pas voulu retirer ces biens de la circulation; ce qui fût arrivé, si l'ascendant avoit pu exercer son droit, même à l'égard des tiers détenteurs. Enfin, il ne tenoit qu'à l'ascendant de stipuler le droit de retour; s'il ne l'a pas fait, il doit se l'imputer, et se trouver encore fort heureux que la loi lui donne le droit de reprendre les objets dont le donataire n'a pas disposé, ou leur prix, s'il est encore dû.

Quid, si l'objet a été aliéné par le donataire, mais que, néanmoins, il se retrouve en nature dans sa succession; *putà*, s'il l'a racheté, ou s'il a succédé à l'acquéreur, l'ascendant donateur y succédera-t-il? On a soutenu la négative; et il en étoit ainsi dans l'ancien droit. Mais il faut observer que cela étoit fondé

BIU Cujas

sur la même raison que nous avons déjà donnée plusieurs fois, c'est que, aux termes de la Coutume, l'ascendant succédoit à l'objet donné, comme à un propre. Or, la chose avoit perdu la qualité de propre par l'aliénation. Mais dans notre droit, où l'on ne connoît plus les propres, je ne crois pas qu'il soit possible d'admettre cette décision; elle me paroît trop contraire au texte de la loi, qui subordonne l'exercice du droit de l'ascendant, à la seule condition que les objets donnés se retrouvent en nature dans la succession du donataire. Or, ils s'y retrouvent dans l'espèce : donc, etc. D'ailleurs, comme nous l'avons dit, le principal motif qui a déterminé le Législateur à exclure l'ascendant, lorsque l'objet à été aliéné, c'est qu'il n'a pas voulu qu'un acquéreur qui possède depuis long-temps, sur la foi d'une donation qu'il a dû croire irrévocable, pût être dépossédé par l'exercice d'un droit auquel il n'a pas dû s'attendre. Or, ce motif n'existe plus ici, puisque, dans l'hypothèse, le bien se retrouve dans la succession du donataire.

Enfin, même quand l'objet a été aliéné, tant que le prix n'en est pas confondu avec les autres biens de la succession, l'ascendant succède au moins à ce prix; donc, à plus forte raison, doit-il avoir droit de reprendre l'objet même, lorsqu'il se retrouve en nature dans la succession. En effet, remarquez la contradiction qui résulteroit du système contraire. Si le donataire a vendu, quoiqu'il ait bien manifesté par là l'intention de faire sortir l'objet de ses mains, cependant s'il n'a pas encore reçu le prix, même pour raison d'impossibilité, *putà*, s'il est mort peu de jours après la vente, et avant la transcription, le prix appartiendra à l'ascendant; si, au lieu de recevoir le prix, il a racheté l'objet même, l'ascendant en sera privé. Je le répète, il y auroit là une trop forte contradiction.

Au surplus, le droit résultant de l'article 747 est si favorable, que, même dans le doute, l'on devroit décider en faveur de l'ascendant : *favores ampliandi.*

Quid, si l'objet a été échangé, l'ascendant succédera-t-il à l'objet reçu en contre-échange? Pour pouvoir répondre à cette question, il faut répéter ce que nous avons déjà fait observer, que le Code Civil, plus favorable que l'ancien droit à l'ascendant donateur, lui donne le droit de succéder, même au prix de l'objet vendu, si toutefois ce prix est encore dû. Or, quel peut être le motif de cette dernière condition, sinon que l'on n'a voulu accorder ce droit de succession à l'ascendant donateur, qu'autant que l'objet donné, ou le prix qui le représente, n'est pas confondu avec les autres biens de la succession? La loi admet donc la subrogation réelle dans cette espèce de succession, sous la seule condition qu'il n'y aura pas confusion. Pourquoi donc ne l'admettroit-on pas à l'égard de l'objet reçu en contre-échange, qui peut être regardé comme le prix de l'aliénation, et que l'on suppose pouvoir être discerné facilement des autres biens

BIU Cujas

du donataire? Voir d'ailleurs l'art. 1407, qui admet également la subrogation réelle en matière de communauté.

Quid, si un immeuble a été donné par un père à son fils, marié sous le régime de la communauté, et que ce dernier ait vendu l'immeuble donné, et soit ensuite décédé sans enfans, le père succédera-t-il? Oui, si l'immeuble étoit propre à l'époux; non, s'il est tombé dans la communauté. La raison de différence vient de ce que dans le premier cas, l'époux donataire ou sa succession, a contre la communauté une action en reprise, à laquelle l'ascendant donateur a droit, d'après l'art. 747: or, cette action n'existe pas dans le second cas.

(5) *Que pouvoit exercer le donataire.* Si donc le père a, par exemple, donné une somme de deniers en dot à sa fille, et qu'elle vienne à mourir sans enfans, il succède à l'action en restitution de la dot, qui a lieu contre le mari.

Il en seroit de même, si la somme donnée a passé directement du donateur entre les mains d'un tiers, obligé de la rendre au donataire; *putà*, si ce dernier voulant prêter 3,000 fr. à une personne, a chargé son père, qui vouloit lui donner la même somme, de la remettre à l'emprunteur; dans ce cas, si la somme n'est pas remboursée au décès du donataire, le père succédera à l'action que la succession de son fils a contre l'emprunteur.

Mais *quid*, si la somme a été remise à l'emprunteur par le donataire lui-même, ou employée par lui à une acquisition; mais, dans les deux cas, avec déclaration que ladite somme provient de la donation? *Stricto jure*, l'on devroit décider que l'ascendant n'y a aucun droit, parce qu'il suffit que les deniers aient été touchés par le donataire, pour qu'ils aient été confondus avec ses autres biens. Mais cependant, le droit de l'ascendant est si favorable qu'il paroîtroit devroir s'étendre à ce cas, qui présente même cette circonstance particulière, que le donateur semble réunir à la disposition de la loi, la volonté du défunt, qui ne peut avoir eu d'autre but, en faisant la déclaration dont il s'agit, que de conserver, autant que possible, le droit éventuel du donateur.

Mais si aucune de ces circonstances n'existe, l'ascendant donateur d'une somme de deniers, pourroit-il la reprendre sur les autres biens de la succession? L'affirmative a été jugée à Rouen, le 11 janvier 1816 (Sirey, 1816; II^e^ partie, pag. 49), et le pourvoi contre cet Arrêt a été rejeté le 30 juin 1817, (*Bulletin*, n°. 67.). Cette décision ne peut avoir d'autre fondement que la grande faveur que mérite cette espèce de succession (ce qui confirme d'autant les opinions que nous venons d'émettre) : car on ne peut nier qu'elle ne soit contraire au texte de l'art. 747, qui exige que l'objet existe en nature, ou que le prix en soit encore dû, ou, au moins, qu'il existe dans la succession une action en reprise.

Quid, si le donateur a aliéné l'objet donné, moyennant une somme d'argent, et qu'il ait ensuite consenti à laisser cette somme entre les mains de l'acquéreur, à titre de constitution de rente? La raison de douter se tire de ce qu'il

BIU Cujas

y a ici novation, tellement que le privilége attaché au prix ne passeroit pas à la rente, s'il n'avoit pas été expressément réservé : or, s'il y a novation, le prix n'est plus dû ; il n'existe donc pas d'action en reprise. Mais la raison de décider peut se tirer de ce que le Législateur paroît n'exiger qu'une chose, savoir que l'objet donné ou son prix, ne soit pas confondu avec les autres biens du donataire : or, il est évident qu'ici, il n'y a pas confusion. D'ailleurs, cette décision devroit encore être admise avec bien plus de raison, si la doctrine des arrêts cités dans l'alinéa ci-dessus venoit à prévaloir.

Quid, si l'objet a été aliéné par le donataire, mais que l'aliénation soit résoluble ; *putà*, si elle a été vendue à faculté de rachat, ou sous telle autre condition résolutoire ; s'il y a lieu à rescinder la vente pour cause de vilité de prix, ou à demander la résolution à défaut de payement? Je pense que toutes les actions qui appartiennent au vendeur, dans ces différens cas, sont des espèces d'actions en reprise, et qu'en conséquence, le donateur y succède, mais à la charge par lui d'acquitter de ses deniers, et sans recours contre la succession du donataire, toutes les répétitions que l'acquéreur peut avoir à exercer. En effet, ces répétitions sont des charges spéciales de l'action ; elles lui sont inhérentes ; l'action ne peut exister sans elles : il est donc juste qu'elles soient acquittées par celui à qui appartient l'action. Si donc il y a lieu au réméré, et que le prix ait été payé par l'acquéreur, le donateur ne pourra exercer le réméré, qu'en acquittant de ses deniers toutes les obligations imposées dans ce cas au vendeur, et qui sont relatées dans l'article 1673. S'il y a lieu à rescision, et que l'acquéreur préfère de conserver l'immeuble, en complétant les neuf dixièmes du juste prix (Art. 1681), ce qui sera payé par lui appartiendra au donateur ; car cela est censé être une partie du prix, qui est encore due. Mais s'il préfère rendre l'immeuble, l'ascendant sera tenu envers lui de toutes les obligations contenues dans l'article 1682, c'est-à-dire, de la restitution du prix qu'il a payé, avec les intérêts, dans les cas et les proportions déterminés par ledit article. En un mot, la succession du donataire étant entièrement étrangère à l'action, doit l'être à tout recours, à toute répétition auxquels l'exercice de cette action pourroit donner lieu.

Quant au cas de la résolution pour non-payement du prix, il ne peut y avoir de difficulté. Le prix n'étant pas payé, il n'y a aucune répétition à exercer. Si cependant il avoit été payé quelques sommes à-compte, et que la résolution de la vente fût demandée pour défaut de payement du surplus, comme elle ne pourroit être prononcée qu'à la charge de restituer ce qui auroit été payé sur le prix, ce seroit au donateur à opérer cette restitution à ses frais, et sans répétition.

(6) *Au père ou à la mère du donataire.* Cela décide une question fort controversée dans l'ancien droit, mais qu'on avoit fini cependant par décider dans le sens de notre article.

BIU Cujas

(7) *Au préjudice de la postérité du donataire.* L'ascendant qui donne à son descendant, est toujours censé embrasser dans sa libéralité toute la descendance du donataire. Tous les descendans de celui-ci sont donc, en quelque sorte, co-donataires avec le donataire lui-même, et doivent en conséquence exclure l'ascendant de tout droit aux choses données. *Quid*, si le donataire laisse un enfant naturel? Aux termes de l'article 757, l'enfant naturel, concourant avec un ascendant, a le droit de prendre la moitié de ce qu'il auroit pris, s'il eût été légitime: en le supposant légitime, il eût exclu l'ascendant de tout droit aux objets donnés; puisqu'il est naturel, il ne peut donc l'exclure que de la moitié; et l'autre moitié appartiendra au donateur.

Quid, si le donataire laisse un enfant adoptif? S'il laisse également des enfans légitimes, il n'y a point de difficulté. Les enfans légitimes excluant l'ascendant, et les biens donnés restant alors dans la succession, l'enfant adoptif y prend part, comme s'il étoit légitime, conformément à l'article 350. Il ne peut donc y avoir question, que pour le cas où il n'y a que des enfans adoptifs; ce qui est, à la vérité, le plus fréquent. Je pense qu'alors l'ascendant est exclu. Qu'est-ce, en effet, dans nos mœurs, que l'adoption? Laissons de côté le droit, pour l'adopté, de prendre le nom de l'adoptant, l'obligation mutuelle de se fournir des alimens, quelques empêchemens au mariage; tous effets produits par l'adoption, et qui en sont des résultats fort peu importans: il est certain que le principal, ou, pour mieux dire, le seul effet considérable de l'adoption, c'est de donner à l'adopté, sur la succession de l'adoptant, tous les droits d'un enfant légitime. Or, bien certainement, un enfant légitime excluroit l'ascendant. Donc, etc. D'ailleurs, l'adoption, considérée sous ce rapport, n'est rien autre chose, dans le fait, qu'une donation irrévocable de la succession de l'adoptant. Or, nous avons vu que le donataire peut, en disposant, soit entre-vifs, soit par testament, des objets donnés, priver l'ascendant de tout droit résultant de l'art. 747. Ainsi, une simple donation entre-vifs, un legs, même particulier, de l'objet donné, suffiroit pour exclure l'ascendant; pourroit-on penser que, quand il donne toute sa succession, un pareil acte ne préjudiciera pas à l'ascendant donateur? concluons donc que l'ascendant est exclu par l'enfant adoptif, comme il le seroit par un enfant légitime.

Quid, si le donataire meurt, laissant des enfans, mais que ces enfans viennent eux-mêmes à mourir sans postérité avant le donateur? Je pense que c'est encore le cas d'appliquer l'article 747; et je me fonde sur la même raison qui fait préférer la postérité du donataire, au donateur lui-même. C'est, avons-nous dit, parce que le père qui donne à son fils, est présumé embrasser dans sa libéralité tous les descendans de ce fils: et cette présomption peut d'ailleurs se fonder sur l'article 1082, qui décide que les donations de biens à venir, faites par contrat de mariage (et c'est presque toujours ainsi que se font les donations des ascendans à leurs descendans), sont censées faites, non seulement au futur

BIU Cujas

époux, mais encore aux enfans issus du mariage. Les descendans du donataire sont donc censés être eux-mêmes, comme nous l'avons dit, les donataires de l'ascendant : et quand ils décèdent eux-mêmes sans postérité, il est vrai de dire avec DOMAT, part. 2, Liv. 2, Tit. II, sect. III, que le cas prévu par l'article 747 est arrivé. « Le donateur, dit l'annotateur de RICARD, sur le chap. 7 de la 3e. « partie, §. 2, n°. 10, en se dépouillant en faveur de ses descendans, ne « peut pas plus être présumé avoir voulu que ses biens passassent à l'étranger, « au deuxième degré qu'au premier. »

Ajoutons que, quand le Législateur adopte une disposition déjà consacrée par la législation ancienne, il est présumé, à moins qu'il n'ait formellement énoncé l'opinion contraire, l'adopter dans le sens qu'elle a eu jusqu'alors. Or, l'article 313 de la Coutume de Paris, qui a été copié, à-peu-près mot pour mot, dans l'article 747, a toujours, depuis deux cents ans au moins, été entendu dans le sens que l'ascendant donateur devoit succéder aux choses données par lui, lorsqu'elles se retrouvoient en nature, non-seulement dans la succession du donataire, mais encore dans celle des enfans de ce dernier, décédés eux-mêmes sans postérité avant le donateur : cela ne faisoit pas même question. (RICARD, *des Donations*, partie III, n°. 780 et suivans; FERRIÈRE, sur l'art. 313 de la Coutume de Paris; LE BRUN, *des Success.*, Liv. I, chap. V, sect. II; nos. 33 et 34; POTHIER, *des Successions*, chap. II.) Or, on ne peut douter que les rédacteurs du Code, qui, en rédigeant l'article 747, avoient évidemment sous les yeux l'article 313 de la Coutume, n'aient parfaitement connu le sens dans lequel il étoit entendu généralement et sans aucune controverse. Donc, puisqu'ils l'ont copié mot à mot, sans rien ajouter qui pût donner une intention contraire, ils doivent être certainement présumés l'avoir entendu dans le même sens. Il y a plus : c'est que, dans un cas parfaitement analogue, où ils ont eu, non pas à copier une ancienne disposition, mais à en faire une nouvelle, ils ont expliqué clairement leur intention. Nous voyons, en effet, que l'article 352 donne formellement à l'adoptant donateur, le droit de reprendre les choses données par lui, non seulement dans la succession de l'adopté, mais encore dans celle des enfans et descendans de ce dernier, morts sans postérité. Peut-on croire que l'on ait entendu refuser le même droit à l'ascendant naturel, qui est bien plus favorable? Et si cette espèce de succession a été établie, comme cela résulte des dispositions des lois, *solatii causâ*, ne doit-elle pas avoir lieu encore plutôt en faveur de celui qui perd sa descendance légitime, que de l'adoptant, qui perd des individus auxquels il ne tenoit que par des liens civils? et si le Législateur ne s'est pas expliqué d'une manière aussi formelle dans l'article 747 que dans le 352, ne doit-on pas croire qu'il a regardé cela comme absolument inutile, et qu'il a pensé que cette interprétation ne devoit souffrir aucune difficulté, d'après la manière dont étoit entendu par tous les auteurs l'article 313 de la Coutume?

BIU Cujas

Il est étonnant, d'après ces observations, qu'un auteur ait pu dire dans un Commentaire sur l'article 747, et après avoir cité les plus fameux jurisconsultes qui ont adopté l'opinion que nous venons d'émettre ; que cet auteur, dis-je, ait pu avancer que l'article 747 est venu changer le droit à cet égard, et établir une disposition contraire. Quoique cet auteur ne cite pas une seule fois l'art. 313 de la Coutume de Paris, qui est bien évidemment le type de l'article 747, il est impossible de supposer qu'il ne l'ait pas connu. Or, comme c'est précisément au Parlement de Paris, et sous l'empire de cette Coutume, que l'on jugeoit en faveur du donateur, et que l'article 747 du Code n'est que la copie de l'art. 313 de la Coutume, comment cet auteur a-t-il pu dire que le Code avoit établi une disposition contraire?

Il y a plus : c'est que le seul changement qui ait été fait, et qui est très-peu de chose, est en faveur de notre opinion. En effet, l'article 313 portoit : *Succèdent ès choses données à leurs enfans décédans sans enfans*. Certainement, de ce mot *décédans*, qui est un participe présent, on auroit pu conclure que la succession de l'ascendant n'avoit lieu qu'au moment où le donataire mouroit sans enfans. Et cependant on jugeoit uniformément le contraire dans tout le ressort du Parlement de Paris. Or, dans l'article 747 au mot *décédans* on a substitué le mot *décédés*, qui est encore bien plus favorable à notre opinion, puisque, d'un côté, il suffit que le donataire soit décédé sans postérité, pour que la succession de l'ascendant ait lieu ; et que de l'autre, lorsque toute la postérité du donataire est morte avant le donateur, il est certain qu'à l'égard de celui-ci, l'on peut dire avec Domat, *loco citato*, que le donataire est mort sans postérité.

Pendant que ceci étoit à l'impression, la question s'est présentée à la Cour de Cassation, sur le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Poitiers, qui avoit jugé entièrement en sens inverse de l'opinion que je viens d'établir : ce pourvoi a été rejeté par arrêt du 18 août 1818. (*Bulletin*, n°. 66.)

Si la Cour de Cassation s'était contentée de rejeter purement et simplement ce pourvoi, par le motif qu'il n'y avoit pas de contravention formelle à la loi, je me garderois bien de critiquer son arrêt, parce qu'effectivement, en prenant le texte pur de l'art. 747, on ne pouvoit dire que l'arrêt de Poitiers en eût violé la lettre, quoique bien certainement il en ait méconnu l'esprit. Mais comme la Cour de Cassation a fait précéder son arrêt de nombreux *considérant*, qui font présumer qu'elle adopte entièrement le système de la Cour de Poitiers ; que cependant je n'ai trouvé, dans ces *considérant*, aucune réponse aux principaux argumens sur lesquels l'opinion contraire est appuyée ; je n'en persiste pas moins dans celle que je viens d'émettre. En effet, comme on l'a vu, le principal moyen que j'avois allégué, étoit tiré de ce que le premier alinéa de l'art. 747 n'étoit, dans sa première partie, que la copie littérale de l'art. 313 de la Coutume de Paris, et que, d'après la conformité de rédaction, il étoit impos-

BIU Cujas

sible de supposer que les rédacteurs du Code n'eussent pas l'article de la Coutume sous les yeux, lorsqu'ils ont rédigé l'art. 747; que d'un autre côté, lorsqu'une loi nouvelle consacre une disposition déjà existante dans une loi ancienne, l'on doit, d'après toutes les règles de raison et d'interprétation, présumer que le nouveau Législateur a entendu donner à cette disposition l'effet qu'elle avoit dans la loi ancienne; qu'autrement, ce seroit lui supposer l'intention de tromper les justiciables, ce qui ne peut être; que d'ailleurs, et en laissant de côté toute présomption, cette intention du Législateur a été manifestée par le Législateur lui-même: « Jamais un peuple, est-il dit dans l'exposé » général du Code civil, ne s'est livré à la périlleuse entreprise de se séparer « subitement de tout ce qui l'avoit civilisé, et de refaire son entière existence. « Pourquoi donc aurions-nous l'imprudence de répudier le riche héritage de « nos pères? ....

« En revenant sur notre législation civile, il suffisait de tracer une ligne de « séparation entre les réformes qu'exige la situation présente de l'Etat, et les « idées que le temps et le respect des peuples ont consacrées.....

« Les théories nouvelles ne sont que les systèmes de quelques individus; les « maximes anciennes sont l'esprit des siècles.....

« Le Législateur doit demeurer dans les limites que la tradition des lumières « a déterminées, jusqu'à ce que les événemens et les choses l'avertissent qu'il « peut, sans commotion et sans secousse, marcher dans la nouvelle carrière que « le génie lui a ouverte.....

« Il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire; les « lois doivent ménager les habitudes, quand ces habitudes ne sont pas des « vices. »

Et plus bas, en parlant des anciennes coutumes: « Nous n'avons renoncé, « continue l'orateur, qu'à celles dont l'esprit a disparu devant un autre esprit; « dont la lettre n'est qu'une source journalière de controverses interminables, « et qui répugnent autant à la raison qu'à nos mœurs. »

Certes, il n'est pas possible de manifester plus formellement une répugnance bien prononcée pour l'esprit d'innovation. Peut-on, d'après cela, présumer que, lorsqu'un article d'une ancienne Coutume se retrouve mot pour mot dans un article du Code, le Législateur ait entendu lui donner un autre sens que celui qu'il a eu constamment jusque-là.

Il y a plus, c'est que la Cour de Cassation elle-même, ayant à prononcer sur une question relative précisément à ce même art. 747, a reconnu que c'étoit dans l'ancien droit qu'il falloit en chercher la solution.

« Attendu, est-il dit dans un des *considérant* d'un arrêt de cette Cour, du « 30 juin 1817 (*Bulletin*, *n°*. 67), attendu que le Code civil a eu pour objet « de rétablir les ascendans donateurs dans les droits naturels que leur recon-

BIU Cujas

» noissoit l'ancienne jurisprudence, et dont la loi du 17 nivose les avoit privés « par son silence, etc. »

Il reste donc prouvé, jusqu'à l'évidence, que les rédacteurs du Code n'ont entendu faire de changemens à l'ancien droit, qu'autant qu'ils étoient nécessités par les circonstances; à plus forte raison, comme nous l'avons dit, doit-on penser que, lorsqu'ils adoptent la disposition même de l'ancien droit, ils entendent l'adopter avec le sens dans lequel elle a été constamment entendue. Il n'y a donc plus maintenant à examiner que la question de fait: comment, au moment de la promulgation du Code Civil, étoit entendu l'art. 313 de la Coutume de Paris, relativement à la question de savoir si l'ascendant donateur pouvoit succéder aux choses données à ses descendans, lorsqu'elles avoient fait souche, c'est-à-dire lorsqu'elles se trouvoient dans la succession des enfans du donataire, décédés eux-mêmes sans postérité ?

On ne peut répondre à cette question, autrement qu'en répétant ce qui a été dit précédemment. De tous les auteurs qui ont commenté la Coutume de Paris, il n'en est pas un seul qui l'ait résolue négativement. On peut ajouter à ceux qui ont été précédemment cités, Duplessis et Lemaistre: (voir aussi les nombreuses autorités rapportées, en faveur de cette opinion, par ce dernier commentateur, Titre 15, chap. 2).

En outre, et bien loin que l'on puisse dire que les ascendans sont traités plus défavorablement sous le Code que sous la Coutume de Paris, l'on voit, au contraire, que, si la question principale n'a jamais été contestée dans l'ancien droit, il s'est élevé néanmoins quelques difficultés sur la nature des choses auxquelles devoit s'appliquer le droit de succession dont il s'agit. Ainsi, dans Lemaistre, *loco citato*, l'on voit que son opinion étoit que ce droit de succession ne devoit pas s'appliquer aux propres fictifs. Cependant le Code a résolu la question en faveur de l'ascendant, en lui donnant le droit de succéder à l'action en reprise qui peut se trouver dans la succession du donateur. C'est même d'aprés cela que nous avons décidé ci-dessus que le droit accordé à l'ascendant, par l'art. 747, devoit être regardé comme favorable, et par conséquent comme devant être plutôt étendu que restreint: et en cela, nous pouvons nous appuyer sur l'autorité même de la Cour de Cassation, qui s'exprime ainsi dans un second *considérant* de l'arrêt précité du 30 juin 1817.

« Attendu que le droit de succession, consacré par l'art. 747, n'est point une « simple exception à la règle de l'irrévocabilité des donations, mais un droit « spécial, fondé sur l'équité et sur une stipulation tacite présumée; que les « ascendans qui donnent à leurs descendans, n'ont en vue que leur postérité, « et non des étrangers, envers lesquels ils ne sont pas censés vouloir se dépouiller, s'ils ont la douleur de survivre à leurs enfans. »

Et en effet, l'on voit, par la disposition de l'arrêt, que la Cour regardoit alors ce droit comme tellement favorable, qu'elle a cru le devoir étendre à

BIU Cujas

des choses qui paroissent exclues par la lettre et peut-être même par l'esprit de l'art. 747.

Il s'agissoit, dans l'espèce, d'une donation faite en argent : les deniers donnés n'existoient pas dans la succession; mais, par cela seul qu'il existoit en effets actifs de quoi compléter la somme donnée, la Cour de Rouen avait jugé que l'art. 747 étoit applicable; et le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par l'arrêt précité du 30 juin 1817.

Comment, d'après cela, la même Cour a-t-elle pu dire, dans un des considérant de son arrêt du 18 août 1818, que le droit des ascendans ne formait qu'une exception à la règle générale, et qu'il devoit par conséquent être strictement restreint dans les limites qui lui sont assignées?

Comment un droit, qui en 1817 étoit fondé sur l'équité, sur une stipulation tacite présumée, et sur le sentiment bien naturel que l'on doit supposer à un ascendant, qui, en donnant à un de ses enfans, ne peut être supposé, à moins que l'on ne veuille choquer toutes les règles du bon sens et de la connoissance des hommes, avoir voulu se dépouiller en faveur des étrangers; comment ce droit, fondé sur la nature, sur la tendresse paternelle qui embrasse toute sa postérité dans la même affection, et qui peut être même augmente à mesure que la postérité s'éloigne, comment, dis-je, un droit aussi favorable en 1817, a-t-il pu devenir, en 1818, un droit purement exceptionnel, et susceptible de toutes les restrictions possibles?

En vain diroit-on que l'ascendant peut prévenir l'inconvénient dont il s'agit, en stipulant le droit de retour : il faudroit en effet bien méconnoître l'esprit du Code, pour ne pas voir que cette stipulation entre bien moins dans l'intention du Législateur, que le droit de succession accordé par l'art. 747, attendu que ce dernier droit n'apporte aucune entrave à la circulation des biens, et laisse subsister toutes les charges et aliénations consenties par le donataire, lesquelles se trouvent au contraire révoquées par l'effet du droit de retour, lorsqu'il vient à se réaliser.

A ces moyens qui me paroissent de la plus grande force, il faut encore ajouter, comme nous l'avons dit, 1°. celui qui est tiré de l'art. 352, lequel accorde expressément à l'adoptant le droit dont il s'agit dans la succession des enfans de l'adopté donataire; or, peut-on penser que le Législateur auroit voulu refuser le même droit à l'ascendant naturel? Il est vrai que la Cour de Cassation, dans son dernier arrêt, a cru trouver dans le même art. 352 un argument en faveur de l'opinion contraire, en prétendant que, précisément parce que le Législateur n'avoit pas répété la même disposition dans l'art. 747, il falloit en conclure qu'il n'avoit pas entendu accorder le même droit à l'ascendant naturel. Mais il est évident que c'est mettre en principe ce qui est en question; car si, comme on vient de le démontrer, le Législateur a entendu l'art. 747 dans le même sens qu'étoit entendu l'art. 313 de la Coutume de Paris, il est clair

BIU Cujas

qu'il n'a pas dû se croire obligé d'accorder formellement à l'ascendant donateur le droit de succession à l'égard des descendans du donataire, puisque ce droit n'étoit nullement controversé, tandis qu'au contraire il a dû exprimer son intention à l'égard de l'adoptant, qui, n'étant pas aussi favorable que l'ascendant naturel, auroit pu invoquer sans succès l'analogie.

Quant à l'art. 1082, qui prouve clairement que, dans une donation de biens à venir, faite par contrat de mariage (et dans l'espèce de l'arrêt du mois d'août 1818, il s'agissoit d'une donation de ce genre), les enfans du donataire sont censés lui être substitués vulgairement, et doivent par conséquent être regardés comme donataires eux-mêmes; la Cour de Cassation a gardé le plus profond silence : et cependant si les enfans sont eux-mêmes donataires, il est vrai de dire que, lorsqu'ils meurent sans postérité, et que les choses données se retrouvent dans leur succession, le cas prévu par l'art. 747 est arrivé, et que l'ascendant peut, en conséquence, en réclamer l'exécution.

Espérons donc qu'une décision échappée à la Cour de Cassation, n'empêchera pas les Cours royales de maintenir une doctrine conforme à la raison, au bon sens, aux sentimens les plus naturels à l'homme, et que cette même Cour, si cette question étoit de nouveau portée devant elle, la soumettroit à un examen plus mûr et plus approfondi, et reconnoîtroit elle-même la vérité des principes que nous venons d'établir.

Quid, si le donataire laisse plusieurs enfans, le donateur succédera-t-il à chacun d'eux, ou seulement au dernier? Pour décider cette question, il faut rappeler le principe que nous avons posé, que tous les descendans du donataire sont censés compris dans la libéralité de l'ascendant, et que par conséquent, eux seuls peuvent empêcher l'exercice du droit de succession en faveur de l'ascendant donateur. D'après cela, je pense que, dans l'espèce, il faut distinguer :

Si l'enfant qui meurt le premier, laisse pour seuls héritiers ses frères et sœurs, descendans comme lui du donateur, il n'est pas douteux que l'ascendant ne soit exclu. Il ne pourra donc exercer son droit qu'à la mort du dernier, et autant qu'ils seront tous décédés sans postérité.

Mais si les frères ou sœurs, descendans du donateur, concourent avec d'autres à la succession de leur frère, décédé sans postérité, *putà*, avec un frère d'un autre lit, ou avec un ascendant autre que le donateur, *putà*, avec le père ou la mère du donataire, je pense que le donateur a droit de succéder à la portion des biens donnés, qui n'est pas recueillie par ses descendans.

Il est, au surplus, bien évident que, s'il existe un descendant unique du donataire, mais qui renonce à la succession, ou qui en soit déclaré indigne, le droitde l'ascendant revit, à l'exclusion des collatéraux.

Si l'ascendant donateur est marié sous le régime de la communauté, et que l'immeuble donné soit un conquêt, sera-t-il, en cas de retour, conquêt dans

BIU Cujas

sa personne, ou propre de communauté? Nous traiterons cette question au 3e. vol., note (11) de la page 10.

PAGE 20.

(1) *Dans les deux lignes.* Cette disposition s'applique également aux descendans des frères germains, utérins, ou consanguins. L'on suit alors la marche indiquée dans la note (6) de la page 17. D'autres parens peuvent encore avoir droit de prendre part dans les deux lignes. Exemple : Le frère de mon père épouse la sœur de ma mère. Les enfans qui proviennent de ce mariage, sont mes cousins germains, tout-à-la-fois paternels et maternels. Si donc ils se trouvent les plus proches héritiers dans chaque ligne, ils prendront part dans les deux lignes. Je dis, *s'ils se trouvent les plus proches dans chaque ligne*, parce qu'ils peuvent être les plus proches dans une ligne, et être exclus dans l'autre par un parent plus proche, *putà*, par un oncle.

(2) *Ou sa majorité.* Il paroît, d'après cela, que la succession des enfans élévés dans les hospices, mais décédés après leur sortie, leur émancipation ou leur majorité, est dévolue à ceux qui y ont droit, d'après les règles ordinaires, et sans indemnité pour la maison.

PAGE 21.

(1) *A compter du jour de la demande.* Bien entendu, toutefois, pourvu que le délai de la prescription ne soit point écoulé. C'est une véritable pétition d'hérédité, qui se prescrit par trente ans, comme toutes les autres actions. Observez que la conséquence de cette disposition est, que le possesseur de l'hérédité gagne les fruits par lui perçus de bonne foi.

(2) *Qui y ont été traités gratuitement.* Cependant si les héritiers sont eux-mêmes dans un état d'indigence constaté, il est d'usage de leur rendre les effets de leurs parens décédés dans les hospices.

(3) *Légalement reconnu ;* ou que la maternité a été prouvée. La preuve de la maternité équivaut, à l'égard de la mère, à une reconnoissance volontaire. Jugé dans ce sens, à Paris, et avec raison, le 27 juin 1812. (SIREY, 1812; 2e. partie, page 421.)

(4) *Le droit.* Quelle est la nature de ce droit? Est-ce un *jus in re* ou *ad rem?* Je pense qu'il est *in re*. C'est absolument la même chose qu'un legs à titre universel. Cela est important, parce que, s'ils ont le *jus in re*, ils sont propriétaires; et, par conséquent, l'héritier ne peut faire aucune disposition des biens de la succession, à leur préjudice. En un mot, ils ont le droit d'un véritable héritier, sauf qu'ils n'ont pas la saisine. *Sic* jugé à Paris, le 22 mai 1813; (SIREY, 1813; 2e. partie, page 323.)

Transmettent-ils à leurs héritiers, s'ils viennent à décéder avant d'avoir

BIU Cujas

obtenu la délivrance de leur portion? (*Voyez* ci-après, la note (1) de la page 23).

Si l'héritier a disposé des biens de la succession, au préjudice des droits de l'enfant naturel, ce dernier aura-t-il action contre les acquéreurs? D'abord, quant aux meubles corporels, il ne peut y avoir de difficulté. La négative est constante, d'après la maxime; *en fait de meubles, la possession vaut titre.* Il ne peut donc y avoir question que pour les immeubles, et les meubles incorporels; et à cet égard, je pense qu'il faut distinguer : Si les acquéreurs ont pu être dans la bonne foi; *putà*, s'il n'y a pas eu d'inventaire, ou si l'enfant n'y est point intervenu, je ne crois pas qu'il puisse les inquiéter. (Argument tiré de l'article 1240, et de la note sur icelui.) Autrement, il n'y auroit jamais de sûreté à traiter avec un héritier. Mais, dans le cas contraire, les acquéreurs ne peuvent être présumés de bonne foi, et peuvent, en conséquence être poursuivis par l'enfant naturel.

De ce que le droit de l'enfant naturel a la plus grande analogie avec celui d'un véritable héritier, et notamment dans le sens que c'est une quote de la succession, l'on doit en conclure qu'il ne pourroit y renoncer, du vivant de ses auteurs, sauf toutefois le cas prévu par l'art. 761.

De quand l'enfant naturel gagne-t-il les fruits? Dans le cas de l'art. 758, il ne peut y avoir de difficulté; l'enfant naturel prenant toute la succession, il est tout simple que les fruits, qui l'ont augmentée d'autant, lui appartiennent également : *Fructus augent hereditatem.* Par la même raison, quand il ne prend qu'une part, il doit gagner les fruits dans le sens qu'ils augmentent la succession; et, comme il prend une quote de cette succession, sa part se trouve augmentée proportionnellement.

(5) *S'il eût été légitime lui-même.* Observez que l'article ne dit pas que l'enfant naturel aura le tiers de la part d'un enfant légitime, mais le tiers de la part qu'il auroit eue, s'il eût été légitime; ce qui est bien différent. Supposons, en effet, deux enfans, l'un légitime, et l'autre naturel, et une succession de vingt-quatre mille francs. Si l'enfant naturel devoit avoir le tiers de la part de l'enfant légitime, celui-ci auroit dix-huit mille francs, et l'enfant naturel six mille francs; mais comme c'est, au contraire, le tiers de ce qu'il auroit eu, s'il eût été légitime, et que, dans cette hypothèse, il auroit eu douze mille francs, il ne pourra réclamer que quatre mille francs.

Au surplus, cette disposition ne présente aucune difficulté, lorsqu'il n'existe qu'un enfant naturel; mais quand il y en a plusieurs, l'on a élevé la question de savoir si l'on devoit les supposer tous légitimes à la fois, afin de déterminer, dans ce cas, la part qu'ils auroient eue, et de leur en donner le tiers; ou bien, si l'on devoit faire la part de chacun, comme concourant avec des enfans légitimes et des enfans naturels. Ainsi, dans l'hypothèse de deux enfans naturels, Pierre et Paul, et un légitime, ayant à partager une succession de soixante-

BIU Cujas

trois mille francs, doit-on les supposer tous trois légitimes, ce qui feroit pour chacun vingt-un mille francs, dont le tiers revenant à chaque enfant naturel seroit de sept mille francs? ou bien, doit-on faire la part de chacun d'eux, séparément, et comme s'il étoit légitime, concourant avec un enfant légitime et un enfant naturel? Ainsi, dans ce dernier système, Pierre diroit: Si j'étois légitime, concourant avec un enfant légitime et un naturel, il reviendroit à mon frère naturel sept mille francs: je partagerois les cinquante-six mille francs restans, avec mon frère légitime, ce qui feroit pour chacun vingt-huit mille francs, dont je dois avoir le tiers, c'est-à-dire neuf mille trois cent trente-trois francs. Paul feroit ensuite le même raisonnement. La part de chacun se trouveroit donc augmentée de deux mille trois cent trente-trois francs, et la part du fils légitime diminuée de quatre mille six cent soixante-six. On donne pour motif de cette dernière opinion, que la part d'un cohéritier doit être plus considérable, en raison de ce que ses cohéritiers ont le droit de moins prendre; et que, par conséquent, la part de l'enfant naturel, concourant avec un naturel et un légitime, doit être plus forte que s'il concouroit avec deux enfans légitimes.

Mais d'abord, remarquez qu'il a fallu se creuser la tête, pour élever et résoudre ainsi cette question; que, certainement, dans l'espèce proposée, le sens de l'article, qui se présente le plus naturellement à l'esprit, consiste à supposer tous les enfans légitimes à la-fois, à faire leurs parts en conséquence, et à en donner le tiers à chaque enfant naturel. Nous devons donc présumer que telle a été également l'intention du Législateur. D'ailleurs, quand il en résulteroit une légère augmentation dans la part de l'enfant légitime, il est certain que, même dans le doute, la faveur de la légitimité devroit l'emporter. Enfin, il faut observer que ce système ne peut se concilier avec le surplus des dispositions de l'article 757. Prenons, en effet, la dernière hypothèse de cet article, celle de deux enfans naturels, Pierre et Paul, concourant avec des collatéraux, et établissons la part qu'ils auroient dans le système que nous combattons en ce moment.

Pierre se présente, et dit: Je dois avoir les trois quarts de ce que j'aurois, si j'étois légitime; or, si j'étois légitime, concourant avec un frère naturel, je serois tenu de lui abandonner seulement le sixième de la succession; j'aurois donc les cinq sixièmes restans. Comme je suis naturel, concourant avec des collatéraux, je dois avoir les trois quarts de ce que j'aurois eu, si j'eusse été légitime: si j'eusse été légitime, j'aurois eu les cinq sixièmes; je dois donc avoir les trois quarts de cette quotité, ou quinze vingt-quatrièmes = cinq huitièmes. Paul vient ensuite et fait le même calcul; et il en résulte qu'ils ont droit aux trente vingt-quatrièmes ou aux cinq quarts de la succession, c'est-à-dire, à un quart de plus que la succession toute entière; ce qui est absurde, et ce qui démontre l'impossibilité d'agir autrement qu'en les supposant tous à-la-fois légitimes.

(6) *Avec lesquels il concourt.* Nous avons vu, en effet, que la reconnois-

BIU Cujas

sance d'un enfant naturel, faite après le mariage, ne peut préjudicier aux droits des enfans issus de ce mariage. Si, cependant, il étoit provenu du commerce que les deux époux ont eu ensemble avant le mariage, nous avons vu également qu'il n'étoit pas, à la vérité, légitime, mais qu'il pouvoit réclamer au moins les droits d'enfant naturel.

(7) *S'il eût été légitime.* Par conséquent, la moitié de la succession, s'il est seul. S'ils sont plusieurs, ils ne prendront également à eux tous que la moitié. Car, s'ils eussent été légitimes, ils eussent pris la totalité. Donc, etc.

(8) *Ni frères ni sœurs. Quid*, s'il n'y a que des descendans de frères et sœurs? Je pense qu'ils ont le même droit que leurs auteurs. La disposition de l'art. 740, qui les admet au bénéfice de la représentation, est générale, et n'excepte aucun cas; et si j'en fais l'observation, ce n'est pas que la question m'ait jamais paru douteuse, mais c'est parce que quelques personnes, et même des tribunaux, ont cru pouvoir penser le contraire. Il existe en faveur des neveux un arrêt de la Cour d'Appel de Pau, du 10 avril 1810 (Sirey, 1810; 2e. Partie, pag. 239); et en faveur des enfans naturels, un arrêt de Riom, du 29 juillet 1809 (*Ibid.*, pag. 266), et un arrêt de Paris, du 16 juin 1812. (*Ibid.*, 1812; 2e. Part., pag. 407.) On s'est pourvu en Cassation contre ce dernier arrêt, et le pourvoi a été rejeté le 6 avril 1813. (Sirey, 1813; 1re. Partie, pag. 161.)

Rien de plus léger, cependant, que le principal, et j'oserai dire, le seul moyen qui ait été imaginé pour exclure les neveux. L'article, a-t-on dit, qui donne le droit de représentation aux descendans des frères et sœurs, fait partie de la sect. II du chap. III. Or, ce chapitre ne traite, dans tout son contenu, que des successions régulières. Donc, le Législateur, en faisant, de la loi sur la représentation, une section de ce chapitre, n'a entendu appliquer cette loi qu'aux successions régulières, et nullement aux successions irrégulières, dont il n'est question que dans le chapitre IV. Je le répète, il est bien étonnant que l'on ait cru détruire un texte formel, avec un raisonnement aussi foible, et qui l'est encore bien davantage, appliqué à un ouvrage dont la rédaction en général, et la division en particulier, sont loin d'être exactes. Mais en le prenant tel qu'il est, et en l'accordant même tout entier, qu'en résultera-t-il? Que le principe de la représentation ne peut être appliqué aux successions irrégulières, c'est-à-dire, que les successeurs irréguliers ne peuvent en invoquer le bénéfice. Mais cela est de toute vérité; tellement que, quand le Législateur a voulu, dans un seul cas (celui de l'article 759), appliquer à ce genre de succession le principe de la représentation, il en a fait une disposition formelle. Mais le neveu qui vient à la succession de son oncle, est-il un successeur irrégulier? Et sa qualité peut-elle changer, en raison de la qualité de ceux qui ont droit de venir lui demander une part dans la succession, et auxquels la loi refuse même le titre d'héritier? Dès l'instant du décès de son oncle, la loi l'a fait monter au degré de son père, et lui en a donné tous les droits. Il est devenu

BIU Cujas

réellement, quant à la succession, le frère du défunt : peu lui importe quelles seront les personnes qui viendront par la suite en réclamer une portion. Sa qualité est immuable, et l'on ne peut l'en priver qu'en l'excluant de la succession. D'ailleurs, les deux argumens suivans me paroissent péremptoires. Que l'on suppose une succession à laquelle concourent un enfant naturel, un aïeul, et un neveu du défunt : ce dernier, aux termes de l'article 750, exclut l'aïeul. La loi le préfère donc à l'aïeul ; et, cependant, elle ne lui donneroit que le quart de la succession ; tandis que, s'il n'eût pas existé, l'aïeul en auroit eu la moitié. De même, si nous supposons qu'il y ait des frères et des neveux concourant avec un enfant naturel, il faudra donc que les neveux aient, et n'aient pas tout-à-la-fois le bénéfice de la représentation ; car ils l'auront bien certainement à l'égard des frères et sœurs, qui, autrement, les excluroient ; et ils ne l'auront pas à l'égard de l'enfant naturel : ce qui ne peut pas être. Concluons donc, comme nous l'avons toujours soutenu, depuis que nous enseignons, que le système contraire aux neveux n'a aucune espèce de fondement ; que la représentation doit avoir lieu à leur égard, dans le cas de l'article 757, comme dans toute autre circonstance ; et qu'ils ont droit, comme leur auteur, à la moitié de la succession.

Le droit de l'enfant naturel doit-il être fixé en raison de la qualité des parens que laisse le défunt, ou seulement de ceux qui viennent à sa succession ? Je m'explique : Un père naturel a un frère et un cousin germain : le frère renonce à la succession ; le cousin l'accepte. L'enfant naturel aura-t-il moitié ou les trois quarts ?

Si, comme l'usage paroît malheureusement s'en introduire, l'on suivoit judaïquement le texte de l'article 757, il faudroit décider que, par cela seul qu'il existe un frère, l'enfant ne peut avoir que moitié : *il est de la moitié*, dit l'article, *lorsque les père ou mère laissent des frères ou sœurs.* Or, ici, le père a laissé un frère : donc, etc. Je pense néanmoins que, d'après l'esprit de la loi, l'on doit adopter l'opinion contraire. En effet, pourquoi le Législateur auroit-il augmenté ou diminué la part de l'enfant naturel en raison du degré de proximité des parens, s'il ne s'agissoit pas de ceux qui viennent à la succession ? Et d'ailleurs l'on voit, dans les divers articles du Code, où le mot *laisse* est employé, qu'il ne doit pas être pris dans son acception littérale. En effet, le Législateur s'est servi de cette même expression dans les articles 913 et 915, où il s'agit de la réserve des descendans et des ascendans. *Si le défunt laisse à son décès un enfant légitime*, dit l'article 913 ; *si, à défaut d'enfant, le défunt laisse un ou plusieurs ascendans*, dit l'art. 915. Or, il est bien évident qu'il s'agit, dans ces deux articles, d'enfans ou ascendans venant à la succession ; autrement, il faudroit dire que si le défunt a laissé un enfant et des frères et sœurs, et que l'enfant renonce à la succession, les frères et sœurs pourront réclamer une réserve ; ce qui est absurde,

BIU Cujas

Donc la simple existence d'un enfant ne suffit pas pour qu'il y ait lieu à une réserve; donc, également, dans l'article 757, la simple existence d'un frère ne suffit pas pour réduire l'enfant naturel à moitié, si, d'ailleurs, ce frère ne vient pas à la succession; donc, dans l'espèce proposée, l'on ne considérera que la personne du cousin germain, pour fixer la part de l'enfant naturel, qui aura droit, en conséquence, aux trois quarts de la succession.

Quid, si le père naturel laisse des parens au degré successible, mais dont aucun, par le fait, ne lui succède; *putà*, s'il a institué un légataire universel, ou fait une institution contractuelle universelle? Nous répondrons à cette question quand nous traiterons celle de savoir si les enfans naturels ont une réserve sur les biens de leur père et mère. (*Voyez* la note (4) de la page suivante).

Quid, s'il y a, dans chaque ligne, des parens de degrés différens, par exemple, s'il y a un ascendant dans une ligne, et dans l'autre des collatéraux, autres que des frères et sœurs ou des descendans d'eux? Je pense que la part de l'enfant naturel, dans chaque ligne, doit varier suivant la qualité des héritiers de la ligne. Il prendra donc moitié dans la ligne de l'ascendant, et les trois quarts dans l'autre.

(9) *Au degré successible. Quid*, s'il n'y a de parens successibles que dans une ligne, la part de l'autre ligne appartiendra-t-elle à l'enfant naturel, en vertu de l'article 758, ou aux parens de l'autre ligne, en vertu de l'art. 755? Il sembleroit conséquent à la réponse que nous avons donnée à la dernière question de la note précédente, de décider que l'enfant naturel doit être préféré; car s'il prend une part différente dans chaque ligne, en raison de la qualité des héritiers de la ligne, il paroît naturel qu'il prenne toute la part dévolue à la ligne, quand il ne s'y trouve pas de successibles. Cependant je pense que les parens de l'autre ligne doivent être préférés; et voici, à cet égard, la raison de différence. Quand il y a des parens de différens degrés dans chaque ligne, *putà*, dans une ligne un ascendant, et un cousin dans l'autre, personne ne peut empêcher l'enfant naturel de prendre les trois quarts dans cette dernière ligne. Qui pourroit, en effet, s'y opposer? Ce n'est pas l'ascendant, puisqu'il n'auroit aucun droit à la part de cette ligne, quand même il n'existeroit pas d'enfant naturel. Ce n'est pas le cousin, puisque le texte de l'article 757 seroit formellement contraire à sa prétention. Mais il n'en est pas de même, dans l'hypothèse, par exemple, où il existe dans une ligne un ascendant, et qu'il n'existe pas de parens au degré successible dans l'autre. Dans ce cas, l'ascendant ayant, aux termes de l'article 755, droit à la totalité de la succession, et s'en trouvant saisi de plein droit, en vertu de l'article 724, le concours s'établit entre lui et l'enfant naturel, qui est obligé de former contre lui une demande en délivrance; et comme il résulte de l'article 757, que l'enfant naturel concourant avec un ascendant, n'a droit qu'à la moitié de ce qu'il auroit eu s'il eût été légitime, il ne pourra prendre que

BIU Cujas

la moitié de la succession, au lieu des trois quarts qu'il auroit, si la part de la ligne qui manque lui étoit dévolue en totalité : il en faudroit dire autant de tout autre parent au degré successible.

PAGE 22.

(1) *Ses descendans. Quid*, s'il ne laisse que des enfans naturels ? L'article 756 semble les exclure ; car il décide que, dans aucun cas, les enfans naturels d'un individu n'ont de droit sur les biens des parens de leurs père ou mère. Cependant le contraire semble avoir été décidé dans la discussion. L'on peut dire, en faveur de cette dernière opinion, que l'article 756 n'a entendu parler que des parens légitimes des père et mère ; et que, d'ailleurs, l'article 759 ne distinguant pas, il semble naturel de penser que, sous la rubrique des *enfans naturels*, le mot *descendans* peut être entendu de toute descendance, tant légitime que naturelle.

(2) *Des parens de ces mêmes père et mère.* Cependant, on avoit jugé à Douai, le 19 mars 1816 (SIREY, 1816, 2^e^. Partie, pag. 164), que l'enfant naturel du fils pouvoit demander des alimens à son grand père; et ce, fondé sur ce que les alimens sont de droit naturel, et que si les enfans naturels n'ont point de famille légale, ils en ont au moins une naturelle, ainsi qu'il résulte des articles 161 et 162. Mais cet arrêt a été cassé, et avec raison, le 7 juillet 1817 (SIREY, 1817; 1^re^. Partie, pag. 289). Qu'un homme reconnoisse un enfant naturel comme lui appartenant; il en est bien le maître, sauf encore le droit aux parties intéressées de contester la reconnoissance : mais que, se trouvant peut-être dans une situation où il n'a rien à perdre, ni à risquer, il vienne, par des reconnoissances imprudentes, et peut-être même frauduleuses et faites *animo nocendi*, il vienne, dis-je, grever ses ascendans de l'obligation de fournir des alimens à tous les enfans qu'il lui plaira de reconnoître pour siens ; c'est un système qui ne pourroit être admis, et qui a été, avec raison, réprouvé par la Cour de Cassation.

(3) *Il a reçu.* Il faut donc qu'il ait reçu. Il ne suffiroit pas que cela lui eût été assuré, *putà*, par une donation de biens à venir. On a voulu que le retranchement qu'il éprouve, fût compensé par l'avantage de recevoir, du vivant même de ses père et mère, et de n'avoir plus à courir la chance de la diminution de leur fortune. D'après cela, le père pourroit-il réduire, par testament, la part de l'enfant naturel ? Il le peut sans doute, indirectement, en faveur d'autres personnes; car, puisqu'il peut diminuer, par des dispositions, la part de l'enfant légitime, à plus forte raison doit-il avoir le même droit à l'égard d'un enfant naturel : mais je ne pense pas qu'il le puisse faire par un simple acte de sa volonté, qui ne seroit accompagné d'aucun acte de disposition envers des tiers, comme s'il disoit : *Je donne telle chose à mon fils naturel, et j'entends qu'il s'en contente pour tout droit.* Je pense que, dans ce cas, l'enfant pourroit réclamer le complément nécessaire pour parfaire la totalité de sa portion. Si, au con-

BIU Cujas

traire, le père a fait la même disposition par acte entre-vifs, quand même il n'auroit fait aucune autre disposition en faveur de qui que ce soit, l'enfant ne ponrra toujours réclamer que le complément nécessaire pour parfaire la moitié de la portion légale. En effet, dans ce cas, il *a reçu*, dit l'article, c'est-à-dire il a consenti à recevoir, aux conditions portées dans la donation, dont l'une est de n'avoir que la moitié de sa part légale. Il a donc consenti à n'avoir que cette moitié: or, la même raison n'existe pas, quand la disposition est faite par testament.

(4) *Pour parfaire cette moitié.* Je ne pense pas, néanmoins, que cette disposition soit applicable au cas ou le donateur ne laisseroit d'autre héritier que le fisc, ni qu'elle pût alors empêcher l'enfant de recueillir, dans ce cas, la totalité de la succession. Mais pour peu qu'il existe un parent au degré successible, ou même un conjoint non divorcé, je pense que l'enfant naturel ne pourroit réclamer, au plus, que la moitié de ce qu'il auroit eu, si le père n'avoit fait, à son égard, aucune disposition.

C'est, au surplus, ici, le lieu d'examiner la question de savoir si l'enfant naturel peut exercer un droit de réserve sur les biens de ses père et mère. Il y a, sur ce point, trois systèmes différens.

Les uns refusent à l'enfant naturel tout droit de réserve.

Les autres, au contraire, lui accordent une réserve sur tous les biens donnés, soit entre-vifs, soit par testament.

D'autres, enfin, distinguent entre les différentes espèces de donations, lui accordent une réserve sur les biens donnés par testament, et la lui refusent sur les biens donnés entre-vifs.

Les premiers se fondent sur les art. 913, 915 et 916, desquels il résulte, qu'à défaut d'ascendans et de descendans *légitimes*, les dispositions entre-vifs, ou par testament, peuvent épuiser la totalité des biens. Or, disent-ils, il n'est nullement question, dans ces articles, des enfans naturels; donc la loi ne leur accorde point de réserve. Sans prétendre tirer ici argument de ce que, dans l'art. 916, il n'est question que des ascendans et des descendans en général, sans distinction entre les légitimes et les naturels, et en reconnoissant que cette raison est nulle, puisque le sens de cet article est déterminé par celui de l'art. 913, il me semble qu'il étoit inutile que la loi fît une mention particulière des enfans naturels au Titre *des Donations*. Dès qu'elle avoit dit, Titre *des Successions*, que leur droit étoit de même nature que celui des enfans légitimes, sauf la quotité qui devoit être moindre, il suffisoit de déterminer ensuite le droit des enfans légitimes, pour fixer, par cela même, celui des enfans naturels.

Les seconds, prenant dans toute son étendue l'argument dont nous venons de nous servir, en tirent la conséquence que l'enfant naturel doit avoir un droit de réserve sur toute espèce de donations, puisque ce droit est attribué aux

BIU Cujas

enfans légitimes par l'art. 913. Mais il faut observer qu'en même temps que l'art. 757 statue que le droit de l'enfant naturel est le même que celui de l'enfant légitime, il décide de suite, et par la même disposition, qu'il ne pourra exercer ce droit, que *sur les biens de ses père et mère décédés*, c'est-à-dire, sur les biens appartenant à père et mère au moment de leur décès. Or, aux termes de l'art. 938, la donation entre-vifs, revêtue de toutes les solennités requises, transfère au donataire la propriété des objets donnés. Ces objets ont donc cessé d'appartenir au donateur : ils ne font point partie de ses biens au moment de son décès ; la réserve des enfans naturels ne peut donc les atteindre.

En un mot, voici mon argument contre le premier système :

Le droit de l'enfant naturel est proportionnellement le même que celui de l'enfant légitime. Or, l'enfant légitime a une réserve ; donc l'enfant naturel a une réserve.

Voici maintenant mon raisonnement contre le second système :

L'enfant naturel peut exercer le même droit que l'enfant légitime, mais seulement sur les biens qui appartiennent à ses père et mère au moment de leur décès. Or, ses père et mère ont cessé, de leur vivant, d'être propriétaires des objets par eux donnés entre-vifs ; donc la réserve des enfans naturels ne peut frapper sur ces mêmes objets.

L'on voit, d'après cela, que je suis d'avis d'accorder une réserve à l'enfant naturel, mais seulement sur les biens dont leurs père et mère ont disposé par testament.

Le premier système étant presque généralement réprouvé, nous n'insisterons pas davantage sur sa réfutation ; mais les partisans de la seconde opinion étant beaucoup plus nombreux, il convient d'examiner les motifs sur lesquels elle est est fondée, et de répondre aux objections qui pourroient être faites contre notre propre système. Ceux que nous combattons en ce moment, ont bien senti la force de l'argument tiré de ces mots, *les biens de leurs père et mère décédés*, que le Législateur a affecté de répéter dans les art. 736 et 757 ; et pour l'écarter, ils ont prétendu qu'on avoit voulu dire seulement, par là, que l'enfant naturel n'avoit de droit sur les biens de ses père et mère qu'après leur décès. Mais il ne faut pas, pour se tirer d'une difficulté, faire dire au Législateur une absurdité. Pouvoit-il, en effet, tomber sous le sens, que l'enfant naturel pût exercer un droit sur les biens de ses père et mère, pendant leur vie ? et ne seroit-il pas absurde d'avoir fait une disposition à cet égard, tandis qu'on avoit pensé, et avec raison, qu'elle n'étoit pas nécessaire, même à l'égard de l'enfant légitime ? La loi accorde, à la vérité, à ce dernier, le droit de demander des alimens à ses père et mère ; mais il est à-peu-près reconnu que l'enfant naturel auroit le même droit en cas de besoin. (*L.* 5, §. 4, ff. *de agnosc. et alend. liberis.*) Ainsi, ou il faut soutenir que ces mots, *sur les biens des pere et mere décédés*, n'ont aucun sens raisonnable ; ou il faut reconnoître qu'ils ne peuvent signifier autre

BIU Cujas

chose que, *les biens possédés par les père et mère au moment de leur décès*: et comme les objets donnés entre-vifs ne font pas partie de ces biens, il en faut conclure que ces objets ne sont pas passibles de la réserve de l'enfant naturel.

Quant aux objections qui peuvent être faites contre la distinction que nous établissons, elles se réduisent à trois :

1°. Dans ce système, a-t-on dit, le père pourra donc, en disposant entre-vifs de tous ses biens, priver son enfant naturel de tout droit, et même des alimens, dont la dette est sacrée? Mais on peut répondre: Premièrement, que le père a le même droit à l'égard de ses enfans légitimes; qu'il y a, à la vérité, cette différence, qu'il ne peut pas dépouiller ceux-ci par des donations; mais il peut le faire de plusieurs autres manières, soit en s'obligeant, en contractant des dettes pour une valeur égale, et même supérieure à la totalité de ses biens, soit même, sans contracter aucune obligation, et même sans se dépouiller, en plaçant ou vendant tous ses biens à rente viagère; qu'il n'y a rien d'étonnant que la loi ait établi une différence entre l'enfant naturel et l'enfant légitime, en accordant au père, à l'égard du premier, un droit qui lui est refusé à l'égard du second; que, d'ailleurs, il est bien rare de voir une personne se dépouiller entièrement, de son vivant, par des donations entre-vifs; que cela avoit été toujours tellement reconnu, que, dans l'ancien droit, on n'avoit pas hésité à laisser au donateur une plus grande disponibilité qu'au testateur, puisque le premier pouvoit disposer de la totalité des propres, tandis que le second n'en pouvoit donner que le cinquième; que, d'après cela, il est encore bien plus difficile de présumer qu'un père se dépouillera entièrement, de son vivant, uniquement dans la vue de réduire son fils naturel à la misère; que l'on voit, en général, beaucoup plus de fils ingrats que de pères dénaturés; que l'on remarque même, que les parens ont en quelque sorte une plus grande prédilection pour les fruits d'un commerce illégitime, ainsi que cela est démontré par les précautions mêmes qui ont été prises de tout temps pour empêcher les avantages indirects en faveur des enfans naturels; précautions qui prouvent que, si l'on a cru avoir quelque chose à craindre de la part des pères, c'étoit un excès de bienveillance plutôt que de cruauté.

Mais, a-t-on dit en second lieu, sur quel motif peut être appuyée la distinction que l'on fait ici entre les biens donnés entre-vifs et ceux qui ont été donnés par testament? Pourquoi faire porter aux uns une charge qui ne porteroit pas sur les autres? Je réponds qu'il y a de très-fortes raisons pour établir cette distinction. En effet, la donation entre-vifs transfère au donataire la propriété des objets donnés, du moment qu'elle est parfaite, c'est-à-dire, du moment de l'acceptation du donataire. Cette propriété a pu être depuis transférée à des tiers. Or, nous avons déjà eu occasion de faire remarquer que l'esprit général du Code est de favoriser la circulation des biens, de pour-

BIU Cujas

voir, autant que possible, à la sécurité des possesseurs qui ont acquis dans les formes et d'après les modes déterminés par la loi, et de ne porter atteinte à leurs droits que pour des motifs de la plus haute importance. Un de ces motifs est, sans doute, la réserve due aux enfans légitimes; mais ce n'est pas une raison pour en conclure que la même disposition doive avoir lieu en faveur des enfans naturels. La révocation d'un droit de propriété, acquis peut-être depuis un grand nombre d'années, et après que l'objet a passé dans plusieurs mains, mérite la plus grande considération. Il falloit un droit aussi sacré que celui de la réserve des enfans légitimes, pour donner lieu à cette révocation: mais quand il s'agit d'enfans naturels, les mêmes considérations n'existent plus; et pour leur donner le même droit, il faudroit que le Législateur se fût exprimé d'une manière formelle. Nous voyons, au contraire, par le discours de présentation du Titre *des Donations*, que l'intention du Législateur a été de ne leur donner aucun droit sur les biens aliénés par leurs père et mère, pendant leur vie, à quelque titre que ce soit:

« Il ne doit être fait, y est-il dit, aucune déduction (sur les biens donnés entre-« vifs), à raison du droit des enfans naturels; ce droit n'est point acquis avant « la mort, et *c'est, sous le titre de créance, une participation à la succes-« sion.* »

Il n'est pas possible d'énoncer plus clairement l'idée, que les enfans naturels ne peuvent exercer de réserve sur les biens donnés entre-vifs; et quand on voit ensuite cette affectation du Législateur, de répéter, dans deux articles différens et qui se suivent immédiatement, que ces mêmes enfans n'ont de droit que *sur les biens des père et mère décédés*, il est impossible de n'en pas conclure qu'on a eu l'intention bien prononcée de leur refuser tout droit sur les biens donnés entre-vifs.

Enfin, il faut remarquer qu'en général, lorsque la loi se porte à révoquer une propriété, elle tâche de faire en sorte que le propriétaire puisse s'y attendre, qu'il existe des données d'après lesquelles il ait pu calculer ce qu'il avoit à craindre ou à espérer. Ainsi, lorsqu'une personne reçoit à titre de donation, d'un individu qui a des enfans légitimes, il sait qu'il pourra arriver qu'il soit obligé un jour de fournir, ou de compléter la légitime de ces mêmes enfans; il s'arrange d'après cette idée, et il ne compte qu'autant qu'il convient, sur les objets qui font partie de la donation. Mais dans le cas où il n'existe que des enfans naturels, quelles données peut avoir le donataire? Il est impossible que l'homme assez lié avec un individu pour en recevoir des donations, ne sache pas s'il a, ou non, des enfans légitimes. En est-il de même des enfans naturels? Il faut, à la vérité, qu'ils soient reconnus par acte authentique; mais d'abord ils peuvent ne l'être que long-temps après leur naissance, long-temps après la donation, peut-être même par le testament de leur père; et d'ailleurs, quand ils le seroient auparavant, le donataire en auroit-il pour

BIU Cujas

cela connoissance? Un acte, pour être authentique, en est-il moins secret? Ajoutez que c'est mettre dans la main du donateur un moyen de révoquer ou de laisser subsister à son gré la donation, en reconnoissant ou ne reconnoissant pas son enfant naturel; ce qui est contraire à tous les principes de la matière. Et qui garantira même qu'il ne reconnoîtra pas un enfant étranger, uniquement dans la vue de porter atteinte à la donation? Dira-t-on que le donataire pourra, dans ce cas, contester la reconnoissance, aux termes de l'article 339? Mais ne sent-on pas qu'il sera extrêmement difficile de prouver qu'un enfant inscrit, par exemple, comme né de père et mère inconnus, n'appartient pas à celui qui l'a reconnu? Il résultera donc de-là un moyen presqu'infaillible de violer la loi sur l'irrévocabilité des donations entre-vifs.

Aucune de ces raisons n'est applicable aux legs, sur lesquels le légataire n'acquiert de droit qu'à l'époque du décès, c'est-à-dire, au même moment où l'existence et l'état des enfans naturels doivent être constans; il est donc tout simple que le Législateur ait établi une différence marquée entre le legs et la donation entre-vifs.

(Il est, au surplus, évident que cette distinction n'est point applicable au cas où la donation seroit attaquée pour cause de quelque nullité intrinsèque, ou d'incapacité du donateur ou du donataire. La nullité pouvant, dans ces différens cas, être demandée par toute partie intéressée, elle peut l'être par l'enfant naturel, comme par tout autre successeur, auquel cette donation peut préjudicier. Jugé dans ce sens, à Rouen, le 17 mars 1813. (Sirey, 1813; 2e. partie, page 230.)

On a voulu tirer une troisième objection des embarras et des difficultés que présenteroit la fixation de la réserve due à l'enfant naturel, surtout dans le cas où il existeroit d'autres légitimaires. Mais, d'abord, la même difficulté existe, soit que la réserve ait lieu sur les donations entre-vifs, ou seulement sur les dispositions testamentaires. C'est donc plutôt une objection contre le principe de la réserve, en général, que contre notre opinion en particulier; et comme, ainsi que nous l'avons déjà fait observer, on est assez généralement d'accord sur le principe qu'il est dû une réserve à l'enfant naturel, nous pourrions nous dispenser de répondre à cette objection. D'ailleurs, il seroit singulier que l'on rejetât une disposition qui paroît écrite textuellement dans la loi, par le seul motif que la disposition contraire seroit d'une exécution plus facile. Au surplus, le principe général, en cette matière, me paroît aisé à établir. Aux termes de l'article 757, pour faire la part de l'enfant naturel, il faut le supposer légitime; il me semble, d'après cela, qu'il est bien facile de déterminer le montant de la réserve à laquelle il auroit droit, dans cette hypothèse, sur les biens existans au décès seulement, et de lui en donner le tiers, la moitié, etc., suivant les circonstances. Mais avant de faire l'appli-

BIU Cujas

cation de ce principe au cas du concours de l'enfant naturel avec d'autres légitimaires, il est nécessaire de décider préalablement la question suivante :

Quel sera le droit de l'enfant naturel, si le père laisse des parens au degré successible, mais qui, par le fait, ne lui succèdent pas; *putà*, si, ayant un frère ou des neveux, il institue un légataire universel, ou fait une institution contractuelle? D'après le principe que nous avons établi dans la note (8) de la page précédente, que le parent qui ne vient pas à la succession, doit être considéré comme n'existant pas, je pense que, dans l'espèce, il faut distinguer si le légataire universel est, ou non, du nombre des successibles.

S'il n'est pas successible, l'enfant naturel doit, d'après le principe ci-dessus, être traité comme s'il n'y avoit pas de parens au degré successible. Dans ce cas, et s'il n'y avoit pas de disposition, il auroit eu, d'après l'article 758, droit à la totalité de la succession, c'est-à-dire, que, dans ce cas, son droit seroit le même que celui d'un enfant légitime. Or, un enfant légitime, concourant avec un légataire universel, a droit à la moitié de la succession. Donc l'enfant naturel a droit de réclamer cette moitié.

L'on objecte contre cette décision, que l'enfant naturel se trouve, par là, traité, comme s'il étoit réellement légitime. Cela est vrai. Mais cet inconvénient, si c'en est un, résulte nécessairement de la disposition même de la loi, qui, lorsqu'il n'y a pas de parens au degré successible, traite elle-même l'enfant comme s'il étoit légitime, puisqu'elle lui donne la totalité de la succession.

Si le légataire universel est un des successibles, alors l'enfant naturel aura une réserve fixée d'après la part que l'art. 757 lui donne, eu égard au degré de parenté du légataire. Si, par exemple, le légataire est un frère, comme aux termes de l'article 757, l'enfant naturel concourant avec le frère, doit avoir la moitié de ce qu'il auroit eu s'il étoit légitime, et que, s'il étoit légitime, concourant avec un légataire universel, il auroit eu moitié de la succession, il aura, dans l'espèce, la moitié de la moitié, ou le quart. S'il y a deux enfans naturels, en les supposant légitimes, ils eussent eu chacun un tiers; ils auront donc chacun un sixième. S'ils sont trois ou davantage, la réserve ne pouvant excéder les trois quarts, quel que soit le nombre des héritiers légitimes, ils ne prendront à eux tous que les trois huitièmes de la succession.

Cette question résolue, et avant de passer à l'application du système que nous venons d'établir, nous croyons devoir poser les principes suivans pour le cas le plus difficile, c'est-à-dire, pour celui où l'enfant naturel concourt avec des héritiers légitimes, et avec un légataire universel. Ces principes sont :

1°. Que la réserve des enfans naturels doit être établie, en les supposant légitimes, et en raison de leur nombre particulier, s'il n'y a pasd 'autres

BIU Cujas

enfans; et dans le cas contraire, en raison de ce même nombre, réuni à celui des enfans légitimes;

2°. Que leur part, ainsi fixée, doit être regardée comme une dette, comme une délibation de la succession, qui doit être supportée par les légitimaires et les légataires universels ou à titre universel, chacun en proportion de ce qu'il prend dans la succession;

3°. Que, cependant, il est un point où les légataires ne doivent plus rien supporter dans la réserve due à l'enfant naturel; c'est quand, au moyen de cette réserve, et de celle qui peut être due à d'autres légitimaires, le disponible se trouve réduit au *minimum* fixé par l'art. 913, c'est-à-dire au quart. En effet, puisque le père a toujours le droit de disposer de ce quart, même quand il a des enfans légitimes, et quel que soit leur nombre, à plus forte raison doit-il avoir le même droit, quand il se trouve parmi eux des enfans naturels;

4°. Que la part des enfans naturels, ainsi établie et prélevée, la réserve due aux autres héritiers légitimaires doit être fixée à raison de leur nombre particulier, de leur qualité, et de ce qui reste dans la succession, déduction faite des dettes et de la part des enfans naturels.

Cela posé, nous allons passer, comme nous l'avons dit, à l'examen de quelques espèces qui nous serviront à appliquer ces principes.

Première hypothèse. Un enfant légitime, un enfant naturel, un légataire universel. Masse de la succession, 27,000 fr. Si l'enfant naturel étoit légitime, la réserve seroit des deux tiers, ou de 18,000 fr., dont chaque enfant prendroit la moitié, ou 9,000 fr. L'enfant naturel concourt avec un légitime : il ne doit donc avoir que le tiers de cette somme, ou 3,000 fr. Cette part prélevée, la masse de la succession est de 24,000 fr. : l'enfant légitime en prendra moitié, aux termes de l'art. 913; et le légataire, l'autre moitié.

Deuxième hypothèse. S'il y avoit deux enfans légitimes, l'on feroit la même opération, et l'on diroit : Si l'enfant naturel étoit légitime, ils seroient trois; la réserve seroit donc de trois quarts, ou de 20,250 fr., dont chaque enfant auroit le tiers, ou 6,750 fr. L'enfant naturel doit avoir le tiers de cette somme, ou 2,250 fr. : cette part prélevée, il reste dans la succession 24,750 fr. Les ayant-droit sont deux enfans légitimes, et le légataire universel; la réserve est donc des deux tiers, ou 16,500 fr., dont chaque enfant légitime prendra la moitié, ou 8,250 fr.; et il restera pareille somme pour le légataire universel.

Troisième hypothèse. S'il y a trois enfans légitimes, ou davantage, il n'y a qu'une seule opération à faire; car, d'après le troisième principe ci-dessus, la part du légataire ne pouvant plus varier, dès qu'elle a été réduite au quart, il en résultera que, dans l'espèce, le légataire prendra le quart de la succession, ou 6,750 fr.; et le surplus sera partagé entre les enfans légitimes et les naturels,

BIU Cujas

sauf que ceux-ci ne prendront que le tiers de ce qu'ils auroient eu, s'ils eussent été légitimes.

Quatrième hypothèse. Un enfant naturel, un ascendant dans chaque ligne, et un légataire universel. Masse de la succession, 24,000.

Si l'enfant étoit légitime, concourant avec un légataire universel, il auroit moitié de la succession, ou 12,000 fr. Mais comme il est naturel, et qu'il concourt avec des ascendans, il doit avoir moitié de cette somme, ou 6,000 fr. Il reste donc dans la succession 18,000 fr., dont moitié appartiendra aux deux ascendans, conformément à l'art. 915, et l'autre moitié au légataire universel. S'il n'y avoit d'ascendans que dans une ligne, la réserve de l'enfant naturel seroit la même; mais le légataire prendroit les trois quarts du restant, ou 13.500 fr.; et les 4,500 fr. restant, appartiendroient à l'ascendant.

Cinquième hypothèse. Un enfant naturel, un collatéral, et un légataire universel. Ici, il faut adopter une autre marche. Car les collatéraux n'ayant point de réserve, dans l'espèce proposée, le collatéral est entièrement exclu de la succession par le légataire universel. Il doit donc être considéré comme n'existant pas; et l'on doit appliquer ce que nous avons dit plus haut, pour le cas où l'enfant naturel concourt seulement avec un légataire universel; sa part doit donc être de moitié, si le légataire n'est point parent au degré successible : sinon, elle doit être fixée d'après le degré de parenté de ce légataire.

Quid, s'il existe tout-à-la-fois des dispositions entre-vifs et testamentaires? S'il n'y a que des enfans naturels, l'on opérera comme il vient d'être dit, sans aucun égard aux biens donnés entre-vifs, c'est-à-dire, que l'on composera la masse, uniquement des biens existans au décès, y compris ceux qui ont été légués; et ce sera eu égard à cette masse seulement, que sera fixée la réserve due aux enfans naturels.

S'il existe d'autres héritiers légitimaires, on opérera de la même manière; mais la part des enfans naturels une fois déterminée, l'on fera comme il est dit dans l'article 922, pour déterminer ce qui revient aux autres légitimaires, c'est-à-dire, qu'on réunira les biens donnés entre-vifs aux biens restant dans la succession, déduction faite des dettes et de la part des enfans naturels, et l'on déterminera en conséquence la réserve des autres légitimaires. Exemple : Un homme a donné vingt mille francs entre-vifs; il institue un légataire universel, et meurt ayant un enfant légitime, un naturel, et une succession montant à vingt-sept mille francs. On dira : si l'enfant naturel étoit légitime, la réserve seroit de deux tiers; calculée sur la succession seule, et sans aucun égard aux biens donnés entre-vifs, elle produiroit dix-huit mille francs, dont moitié pour chaque enfant. L'enfant naturel doit avoir le tiers de cette moitié, ou trois mille francs. Reste dans la succession vingt-quatre mille francs, qui, réunis aux vingt mille francs donnés entre-vifs, forment un total de quarante-

BIU Cujas

quatre mille francs, dont il revient à l'enfant légitime moitié, ou vingt-deux mille francs, qu'il prendra sur les biens existans. Le legs universel se trouvera donc par là réduit à deux mille francs.

Ces développemens m'ont paru à-peu-près suffisans pour résoudre les questions qui peuvent se présenter.

Quelques personnes ont imaginé un autre système: elles ont prétendu que la portion disponible devoit toujours rester au même taux où elle eût été, si tous les enfans naturels eussent été légitimes; et que la réduction qui doit s'opérer sur leur part, en leur qualité d'enfans naturels, devoit tourner au profit de l'héritier légitimaire seul. Ainsi, dans la première espèce ci-dessus, où nous avons supposé un enfant légitime, un enfant naturel, un légataire universel, et une masse de vingt-sept mille francs, en supposant les deux enfans légitimes, la portion disponible eût été du tiers, ou de neuf mille francs; il fût resté, pour la réserve, les deux tiers, ou dix-huit mille francs, dont moitié eût appartenu à l'enfant naturel, s'il eût été légitime: mais comme il est naturel, et qu'il se trouve, pour cette moitié, en concours avec un enfant légitime, ces personnes le réduisent au tiers de cette moitié, ou à trois mille francs, et adjugent le surplus, montant à quinze mille francs, à l'enfant légitime.

Je n'ai pas cru devoir admettr ce système, parce qu'il me paroît contre toute raison que la part de l'enfant légitime soit moins forte quand il est seul, que quand il a des frères naturels. Or, dans l'espèce, l'enfant légitime seul n'auroit eu que treize mille cinquante francs; et parce qu'il a un enfant naturel, ce qui devroit diminuer sa part, elle se trouveroit au contraire augmentée de quinze cents frans.

(5) *Suivant les règles ci-après établies.* (*Voyez* chap. V du présent Titre, sect. 1re., §. 1.)

Mais pourra-t-il exiger le rapport des dons faits aux héritiers avec lesquels il concourt? D'après les principes établis dans la note précédente, je pense qu'il peut l'exiger pour les legs, et non pour les donations entre-vifs. Il n'a de droit que sur les biens de ses père et mère décédés. Les objets légués font partie de ces biens, mais non ceux qui ont été donnés entre-vifs. En conséquence, la quote part qui lui revient, doit être déterminée seulement d'après la masse des biens existans au décès.

Mais s'il ne peut exiger le rapport des objets donnés entre-vifs, pourra-t-il au moins exiger l'imputation? Ainsi un homme, ayant deux enfans légitimes, et un naturel, et 50,000 fr. de biens, donne entre-vifs 24,000 à chacun de ses enfans légitimes; il ne reste que 2000 fr. dans sa succession. Les deux enfans légitimes pourront-ils réduire leur frère naturel au neuvième de cette modique somme, et se partager encore le surplus? ou ne pourra-t-il pas les forcer de renoncer à la succession, ou, au moins, d'imputer ce qu'ils ont reçu sur ce qui leur revient dans la succession du père commun? Il y a, à la vérité, cette

BIU Cujas

différence, entre cette opération et le rapport, que, s'il y avoit lieu au rapport, il pourroit, eux venant à la succession, les forcer de remettre à la masse les 48,000 fr. qu'ils ont reçus, et prendre son neuvième sur la totalité des 50,000 fr.; au lieu que, par l'imputation, il ne leur fera rien rendre, mais il les empêchera seulement de rien prendre sur les 2000 fr. restans qui, dans cette hypothèse, lui appartiendroient en entier. Ce dernier mode paroîtroit effectivement fort équitable : mais il ne peut se concilier avec le principe que nous venons d'établir. Si l'enfant naturel n'a de droit, comme nous le prétendons, que sur les biens laissés au décès, il s'ensuit que ceux qui ont été donnés entre-vifs, lui sont entièrement étrangers; qu'ils sont à son égard, comme n'existant pas, et que, par conséquent, il n'en peut demander ni le rapport, ni l'imputation.

(6) *Dont les héritiers.* Observez que nous ne parlons ici que des successions *ab intestat.* Il y a des cas où le légataire universel a la saisine, comme nous le verrons dans le Titre suivant.

(7) *Il est tenu de demander aux héritiers légitimes. Quid*, s'il y a un légataire universel, et point d'héritiers à réserve ? Je pense que, dans ce cas, le légataire étant saisi par la loi, l'enfant naturel est tenu de lui demander la délivrance.

(8) *La délivrance.* Cette action est absolument la même que celle d'un légataire à titre universel d'une quote part de la succession. C'est une espèce d'action en partage. L'enfant naturel, comme le légataire, a droit d'assister à l'inventaire, et à toutes les opérations de la succession, ainsi qu'au partage.

Comment est-il tenu des dettes ? Pour sa part seulement; et, comme il n'est pas saisi, je pense qu'il ne peut être tenu au-delà de ce qu'il a recueilli, si toutefois il peut en justifier par un inventaire régulier. Mais en est-il tenu à l'égard des créanciers ou des héritiers seulement; c'est-à-dire, les créanciers peuvent-ils demander la totalité de leurs créances à l'héritier, sauf son recours contre l'enfant naturel, ou sont-ils tenus de diviser leur action entre l'héritier et l'enfant naturel ? Je crois que les créanciers peuvent, s'ils le jugent convenable, diviser leur action. Cela ne tend qu'à éviter un circuit, et un recours en garantie; mais je ne pense pas qu'ils y soient obligés. L'héritier est saisi de toute la succession : il est donc la continuation de la personne du défunt, et, en cette qualité, tenu de la totalité des dettes. D'ailleurs, comme nous venons de le dire, l'enfant naturel, n'étant ni héritier, ni saisi, n'est tenu que *propter bona*, et comme détenteur, et par conséquent seulement jusqu'à concurrence de son émolument. L'héritier au contraire étant tenu *ultrà vires*, il ne seroit pas juste que le créancier perdît son droit contre lui, par le fait seul qu'il existe un enfant naturel venant à la succession.

Où doit être portée la demande en délivrance ? Devant le Tribunal du lieu de l'ouverture de la succession, qui peut connoître incidemment de la ques-

BIU Cujas

tion d'état, si la qualité de l'enfant est contestée. *Sic* jugé, et avec raison, en Cassation, le 25 août 2813; SIREY, 1816; 1re. partie, pag. 13.)

(9) *Dans les formes usitées.* Quelles sont ces formes? Voici celles qui sont déterminées par une circulaire du Grand-Juge, du 8 juillet 1806.

Le 1er. acte du Tribunal doit être inséré dans le Moniteur.

Les trois affiches sont apposées dans le ressort du Tribunal du lieu de l'ouverture, de trois mois en trois mois.

Le jugement d'envoi en possession n'est prononcé qu'un an après la demande.

PAGE 23.

(1) *Du Procureur du Roi.* Si l'enfant naturel vient à décéder avant d'avoir obtenu, ou même demandé et envoi, transmet-il son droit à ses propres héritiers? L'affirmative ne m'a jamais paru susceptible d'aucun doute; et je n'aurois même jamais pensé que cela pût faire question, si je n'avois trouvé la négative décidée par l'auteur d'un Commentaire sur le Titre des Successions. Cet auteur prétend que l'enfant naturel n'est pas propriétaire, parce qu'il est obligé de se faire envoyer en possession. Cependant, page 151 du même ouvrage, il dit formellement que l'enfant naturel est co-propriétaire de la succession. D'ailleurs, cet auteur ne peut ignorer la différence qui existe entre la propriété et la possession; et que c'est au contraire parce que l'enfant naturel a le droit de demander l'envoi en possession, qu'il faut en conclure qu'il est propriétaire. Qu'est-ce, en effet, en général, qu'une demande de la possession, quand elle n'est pas formée par action possessoire, si ce n'est une revendication? Or, la revendication n'est donnée qu'au maître, ou à celui qui a un *jus in re* quelconque. La demande de la possession, de la part de l'enfant naturel, suppose donc en lui un droit antérieur, dont il est saisi du moment de l'ouverture de la succession. Et ce droit, qu'est-il autre chose qu'un droit de propriété? Or, si l'enfant a été saisi de la propriété de la succession, du moment de l'ouverture, cette propriété étoit dans ses biens, et il l'a transmise, avec sa propre succession, à ses héritiers, qui pourront en conséquence demander l'envoi en possession, de son chef. C'est absolument le même principe qu'à l'égard du légataire particulier, qui est obligé de demander la délivrance, et qui a cependant, dès le moment du décès, un droit à la chose léguée; droit qu'il transmet à ses propres héritiers. (Art. 1014.)

Concluons donc que, lorsqu'on dit que les héritiers irréguliers ne sont pas saisis, l'on doit entendre qu'ils ne sont pas saisis de la possession, mais qu'ils n'en sont pas moins saisis, du moment du décès, de la propriété, qu'ils transmettent, en conséquence, à leurs propres héritiers, s'ils viennent à mourir avant d'avoir obtenu, ou même demandé l'envoi en possession.

BIU Cujas

Cette disposition s'applique également à l'époux, ainsi qu'à l'enfant naturel concourant avec des parens au degré successible.

(2) *Aux héritiers.* Donc cette caution n'est exigée que dans l'intérêt des héritiers qui pourroient se présenter, et elle ne seroit sujette en aucune manière à l'action des créanciers.

(3) *Tant qu'elle n'est pas prescrite. Quid*, à l'égard des fruits? L'auteur du Commentaire cité ci-dessus, est d'avis que l'héritier qui réclame avant les trente ans, a droit d'exiger la restitution de tous les fruits, et cela sans distinction entre le possesseur de bonne ou de mauvaise foi. Mais il est évident que cette opinion, dont POTHIER avoit déjà démontré l'injustice, dans son Traité *de la Propriété*, n°. 430, ne pourroit se concilier avec les principes de la législation actuelle, qui ne veut pas qu'un possesseur, surtout de bonne foi, puisse être ruiné par une restitution de fruits dont il a cru être propriétaire, et qu'il a dépensés d'après cette opinion. En vain diroit-on qu'en dépensant les revenus de la succession, il a pris d'autant moins sur ses autres biens, et que, par conséquent *locupletior factus est, quatenùs propriæ pecuniæ pepercit.* Car il est certain que l'on dépense, en général, en raison de son revenu, et que celui qui croit être propriétaire d'une succession opulente, peut dire avec grande raison qu'il a augmenté ses dépenses en conséquence. Il y auroit donc une souveraine injustice à l'obliger de restituer tous les fruits. Aussi voyons-nous que l'opinion contraire a été consacrée par l'article 138 du Code, et en outre par l'article 9 de la loi du 15 pluviose an 13, relative à la succession des enfans admis dans les hospices. (*Voyez* le texte des *Institutes*, Titre *des Successions*, chap. II, sect. III, §. I.) Il faut donc tenir pour constant, que celui qui possède une hérédité de bonne foi, n'est tenu de rendre les fruits qu'à compter du jour de la demande. Mais je pense que le possesseur qui n'a pas fait les publications et affiches prescrites par l'article 770, doit être, par cela seul, réputé de mauvaise foi.

Quid, à l'égard de l'aliénation des immeubles? Je ne pense pas qu'elle puisse avoir lieu dans les trois ans. A quoi serviroit, en effet, la précaution que la loi prend à l'égard du mobilier, si elle permettoit à l'envoyé en possession de vendre les immeubles de la succession? Mais après les trois ans, les aliénations doivent être valables (argument tiré des art. 132, 790 et 1240); sauf l'action en restitution du prix, en faveur des héritiers, contre les envoyés en possession, si toutefois les formalités requises par l'article 770 ont été observées dans le principe. Autrement, je pense que, tant que le délai de la prescription n'est pas expiré, les héritiers peuvent exercer la revendication contre les tiers détenteurs; c'étoit à eux à s'assurer si les formalités avoient été remplies.

On a opposé à cette décision touchant le droit d'aliéner les immeubles après trois ans: 1°. Le droit ancien, relativement aux biens échus à l'Etat par droit

BIU Cujas

de déshérence ; et 2°. les principes professés encore actuellement par la Régie des domaines, qui, dans une circulaire du 10 prairial an 6, établit en principe que, pendant les trente ans, l'Etat a le droit de jouir, mais non de disposer, des biens tombés en déshérence. Je réponds qu'il est très-possible que l'Etat ait bien voulu s'interdire le droit de disposer de ces biens pendant trente ans; mais qu'on n'en peut rien conclure à l'égard des autres successeurs irréguliéres, tels que l'enfant naturel ou le conjoint; que la succession du conjoint avoit également lieu anciennement, et que l'on n'a jamais prétendu qu'il dût attendre trente ans pour disposer; que cette doctrine qui tendroit à laisser les propriétés incertaines pendant le délai de trente années, délai qui pourroit encore être prolongé par des minorités, que cette doctrine, dis-je, est entièrement contraire à l'esprit général du Code. Aussi les principes que nous venons d'établir paroissent-ils avoir été consacrés par un Arrêt de Cassation du 5 avril 1815, rapporté dans SIREY, 1815; 1re. partie, pag. 137.

Il résulte de ce qui vient d'être dit que celui qui possède une hérédité de mauvaise foi, est tenu de rendre les fruits : mais est-il tenu de payer les intérêts des sommes d'argent faisant partie de la succession? Si elles étoient placées au moment du décès, et qu'elles aient continué de l'être pendant tout le temps de la jouissance, il n'est pas douteux qu'il ne doive les intérêts qu'il a touchés. Quant aux sommes qui n'étoient pas placées à cette époque, et à celles qui ont été remboursées depuis, la question peut être douteuse. La Loi 62, ff. *de Rei vindicat.*, paroît décider la négative; et elle en donne pour raison que, si le possesseur eût placé ces sommes, il eût été responsable de l'emploi, et qu'il ne seroit pas juste de lui faire payer les intérêts d'une somme qu'il ne pouvoit placer qu'à ses risques. Je ne pense pas que cette décision fût suivie dans le droit actuel. Il est plusieurs manières d'employer des fonds, dans lesquelles il n'y a, pour ainsi-dire, aucun risque à courir; et je ne crois pas qu'un possesseur de mauvaise foi, qui n'est rien moins que favorable, puisse se dispenser de payer des intérêts, sous prétexte qu'il a gardé les fonds oisifs, dans la crainte d'en être responsable. On lui répondroit, avec raison, qu'il est tenu des fruits, *non solùm quos percepit, sed etiam quos percipere potuisset.*

Le possesseur de mauvaise foi est-il tenu des créances qu'il a laissé périr par sa faute? Les Lois 25, §. 2, et 31, §. 4, ff. *de Heredit. petit.*, paroissent opposées sur ce point. La dernière de ces deux lois, qui décide la négative, en donne pour raison que le possesseur de mauvaise foi n'ayant pas d'action contre les créanciers de la succession, on ne peut lui reprocher qu'il ne les a pas poursuivis; et la loi 25 paroît consacrer le même principe, puisqu'elle décide que le possesseur est tenu dans le même cas, *si exigere potuit.* Mais il est évident que cette raison n'est rien moins que satisfaisante. Car il n'en est pas moins vrai que c'est la détention injuste du possesseur, et le retard qu'il a mis dans la restitution, qui ont empêché le véritable héritier de poursuivre les

BIU Cujas

débiteurs de la succession. La perte de ces créances est donc un tort que l'héritier a éprouvé par le fait du possesseur, et dont celui-ci doit l'indemniser.

(4) *A des dommages intérêts* : si, par exemple, le défaut d'apposition des scellés avoit donné lieu au divertissement des effets de la succession, quand même ce divertissement ne seroit pas du fait de l'enfant.

(5) *Sont également appelés*, même à l'exclusion des frères naturels; ce qui est assez étonnant. En effet, nous avons vu que, dans les successions ordinaires, le père légitime, lorsqu'il existe des frères, ne prend que le quart de la succession. Et ici l'on donne au père naturel, qui est certainement bien moins favorable, la totalité des biens à l'exclusion des frères; mais la loi s'étant expliquée clairement à cet égard, il ne peut y avoir de question.

On a demandé si le père naturel, succédant à son fils naturel, étoit héritier, ou successeur irrégulier. L'article 765, qui fonde le droit du père naturel, étant placé sous la rubrique *des Successions irrégulières*, il paroîtroit conséquent de décider qu'il est plutôt successeur irrégulier. Cependant, comme il n'est astreint à aucune des formalités imposées au conjoint ou à l'enfant naturel, je pense qu'il est, au moins *effectu*, un véritable héritier, tenu, en conséquence, des dettes *ultrà vires*, à moins qu'il n'accepte sous bénéfice d'inventaire.

Est-il tenu de demander l'envoi en possession? Non. (Argument tiré des art. 769 à 773.) Et en effet, cet envoi n'est exigé que dans le cas où une succession est dévolue à un héritier irrégulier, à défaut de successibles. L'on suppose que ceux qui pourroient avoir droit à l'hérédité, comme successeurs réguliers, peuvent être éloignés, et conséquemment n'être pas connus : l'envoi en possession, et les formalités qui le précèdent, sont donc établis uniquement dans l'intérêt des héritiers légitimes, qui, au moyen de ces formalités, sont avertis de l'ouverture de la succession à laquelle ils peuvent avoir intérêt. Mais ici, il n'y a que les enfans qui puissent exclure les père et mère. Or, l'existence des enfans ne peut être ignorée; comme il est difficile qu'ils ignorent la mort de leur père ou de leur mère.

Les père et mère naturels pourroient-ils réclamer une légitime sur les biens de leur enfant? Je ne le pense pas. Il s'agit ici d'une succession *ab intestat*, qui n'a lieu, conséquemment, qu'à défaut de dispositions; ils ne sont mis nulle part au nombre des héritiers auxquels la loi accorde une réserve; d'ailleurs, le droit qui leur est accordé de succéder *ab intestat*, est un privilége particulier, une dérogation au principe qui veut que, *nemo ex delicto suo possit consequi emolumentum*; principe que le Code a consacré lui-même à l'égard des père et mère naturels, en leur refusant la jouissance légale des biens de leurs enfans. Or, toute dérogation doit être renfermée dans le cas pour lequel elle est faite, et ne peut être étendue à d'autres.

(6) *Sans postérité. Quid*, s'il n'y a que des enfans naturels? Je pense

BIU Cujas

qu'ils doivent exclure le père et la mère : ils sont, à la vérité, enfans naturels; mais le père est aussi père naturel; ils ont donc le même vice : cependant l'enfant est préférable; car il est innocent, et le père ne l'est pas. D'ailleurs, si les enfans légitimes excluent les ascendans légitimes, il me semble qu'*à fortiori* les enfans naturels doivent exclure les père et mère naturels. Enfin, nous avons déjà fait observer sur l'article 759, que, sous le Titre *des enfans naturels*, il paroissoit raisonnable d'entendre par le mot de *postérité*, ou de *descendans*, la descendance, soit légitime, soit naturelle, de l'individu.

(7) *Passent.* Est-ce une succession, ou un droit de retour? C'est une succession. L'article est placé sous le titre *des Successions ab intestat.* D'ailleurs, les enfans du donateur ne peuvent être plus favorables que le donateur même; il faut donc leur appliquer tout ce que nous avons dit sur l'article 747.

(8) *A ses frères et sœurs légitimes*, ou à leurs descendans, par droit de représentation. La représentation est de droit : il n'est pas nécessaire qu'elle soit énoncée dans la loi; il suffit qu'elle ne soit point exclue. (*Voyez* ci-dessus, la note (8) de la page 21.)

(9) *A ses frères et sœurs naturels*, soit du même père et de la même mère, soit de père ou de mère différens, sauf, dans ce dernier cas, la division de la succession en deux lignes, et le droit réservé aux frères de père et mère de prendre part dans les deux lignes, et les autres dans leur ligne respective seulement.

PAGE 24.

(1) *Indépendamment de toute reconnoissance.* (*Voyez* au premier volume, la note (2) de la page 90.)

(2) *Des héritiers.* Ainsi qu'aux besoins de celui qui réclame.

L'article 763 dit, *eu égard à la qualité des heritiers légitimes :* j'ai supprimé ce dernier mot, parce qu'il peut très-bien arriver que l'enfant concoure avec des héritiers testamentaires.

(3) *Un art mécanique*, pourvu toutefois qu'il puisse l'exercer. Autrement, en effet, ce seroit comme s'il n'en avoit pas appris, *putà*, s'il étoit malade, infirme, etc.

(4) *De leur succession.* Ainsi, il suffit que l'un des deux, du père ou de la mère, lui ait assuré des alimens, ou lui ait fait apprendre un métier, pour qu'il ne puisse rien prétendre dans la succession de l'autre : je pense même qu'il ne pourroit élever aucune réclamation contre l'une ou contre l'autre, s'il se trouvoit, soit par son industrie personnelle, soit par des libéralités étrangères, en état de pourvoir à ses propres besoins. La prestation des ali-

BIU Cujas

mens est fondée sur le besoin; elle doit donc cesser, dès que le besoin n'existe plus.

(5) *Ni enfans naturels. Quid*, si le défunt étoit lui-même un enfant naturel, et qu'il mourût sans postérité, laissant ses père et mère, et son conjoint non divorcé, qui lui succédera, des père et mère, ou du conjoint? Je pense que ce seront les père et mère. Je me fonde, d'abord, sur ce que, dans l'ordre des successions irrégulières, les enfans naturels sont placés les premiers, ensuite les père et mère naturels; en troisième lieu, les frères naturels, après eux le conjoint, et au dernier rang, l'Etat. Le conjoint ne doit donc venir qu'après les père et mère, et les frères. D'ailleurs, l'art. 768 décide, qu'à défaut de conjoint, la succession passe au domaine. Donc le conjoint n'exclut que le domaine; donc il est exclu par tous les autres.

(6) *Non divorcé.* Il avoit été décidé formellement au Conseil-d'Etat, que la séparation de corps auroit le même effet que le divorce; ce qui paroissoit assez naturel, puisqu'elle est fondée sur les mêmes causes. Cependant on n'a laissé subsister que la mention du divorce, qui étoit même assez inutile; car le divorce rompt le lien : dès qu'il y a divorce, il n'y a plus de conjoint. Il me semble que l'on auroit pu admettre l'époux qui a obtenu la séparation de corps, à la succession de l'autre époux, mais sans réciprocité.

Quid, si le mariage est seulement putatif? Si la cause de nullité a été découverte et jugée avant l'ouverture de la succession, le conjoint ne peut succéder. Si, même quand il y a eu mariage, le divorce empêche la succession du conjoint, il en doit être de même, à plus forte raison, lorsqu'il est jugé qu'il n'y a jamais eu de mariage.

Si le mariage a subsisté jusqu'à la mort, il faut distinguer : Si les deux époux sont de mauvaise foi, la succession n'a lieu de part ni d'autre. S'ils sont tous deux de bonne foi, elle a lieu indistinctement en faveur de l'un ou de l'autre. Si un seul est de bonne foi, il peut succéder à l'autre, mais sans réciprocité.

Les Novelles 53, chap. 6; 74, chap. 5; et 117, chap. 5, accordoient à la femme veuve d'un mari opulent, et à laquelle il ne restoit aucun moyen de subsister honorablement, une portion de la succession de son mari, quand même ce dernier auroit laissé des enfans, soit de son mariage avec elle, soit d'un mariage précédent. Cette portion étoit du quart de la succession, s'il y avoit moins de quatre enfans; et d'une portion virile, s'il y en avoit quatre ou davantage; le tout en pleine propriété, si les enfans étoient d'un mariage précédent, et en usufruit seulement dans le cas contraire. *Quid juris* aujourd'hui? Il est certain que ces Novelles ne peuvent plus servir de règle; mais néanmoins, comme le motif qui a dicté leurs dispositions, est d'une justice rigoureuse, je pense que, le cas arrivant, il faudroit distinguer : Si les enfans du mari étoient également ceux de la femme, ce seroit

BIU Cujas

à eux qu'elle devroit s'adresser pour obtenir des alimens; mais si les enfans étoient d'un mariage précédent, je pense qu'elle pourroit demander qu'il lui fût assigné sur les biens de son mari une pension alimentaire proportionnée à l'état et aux facultés du mari (*Voyez* au premier volume la note (5) de la page 87 *in fine*); laquelle cesseroit, bien entendu, en cas de convol, parce qu'alors ce seroit à son nouveau mari à pourvoir à sa subsistance.

(7) *N'est pas assujettie.* *Voyez* dans SIREY, 1806; 2.e partie, page. 45, une circulaire du Grand-Juge, relative aux mesures à prendre dans ce cas par la Régie des domaines. Il est encore d'autres cas dans lesquels la succession est dévolue au domaine : par exemple, à l'égard des biens acquis par le mort civilement, depuis la mort civile encourue; la succession de l'étranger décédé en France, sauf la restriction portée aux articles 11 et 13; le cas de déshérence, etc.

(8) *Au moment de l'ouverture de la succession.* Ainsi soit cette espèce : Pierre meurt, laissant un fils unique, et un neveu. Postérieurement au décès, la femme du fils devient enceinte : pendant la grossesse, le fils renonce, et meurt. La veuve du fils accouche un an après la mort de l'aïeul. L'événement ayant prouvé que la succession pouvoit être avantageuse, elle est réclamée par le petit-fils et par le neveu; auquel doit-elle être adjugée? Au neveu sans contredit, à l'exclusion du petit-fils qui, n'étant pas même conçu au moment de la mort de l'aïeul, n'a pu lui succéder. Le fisc même succéderoit à son préjudice. D'ailleurs, la succession n'est déférée qu'une fois, et dans un seul instant, celui du décès. D'un autre côté, celui qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier : celui qui accepte est censé avoir été héritier du moment de l'ouverture de la succession. Or, cette présomption ne peut avoir lieu à l'égard de l'enfant qui n'étoit pas même conçu à cette époque.

(9) *Pourvu toutefois qu'il naisse viable.* Remarquez que, pour déterminer dans ce cas la viabilité, l'on ne peut prendre pour base la disposition de l'article 312, parce que, dans cet article, l'on a un point d'où l'on peut partir pour calculer le temps de la gestation. Mais ici il n'y en a point. Il faudra donc que la question de viabilité soit jugée par les gens de l'art.

Mais qui devra prouver? Est-ce celui qui soutient la viabilité, ou celui qui la nie? Je pense que d'abord c'est à celui qui prétend que l'enfant est né vivant, à le prouver; mais que, cette preuve faite, elle emporte présomption de viabilité, qui ne peut être détruite que par la preuve contraire. *Voir* un arrêt de Limoges, du 12 janvier 1813. (SIREY, 1813; 2e. partie, pag. 261.)

PAGE 25.

(1) *Sauf les cas exprimés aux articles* 11, *etc.* C'est-à-dire qu'il peut succéder, dans les mêmes cas et de la même manière qu'un Français succéderoit à son parent dans le pays de cet étranger, d'après les traités faits avec

BIU Cujas

la nation à laquelle il appartient. (*Voyez* un décret du 20 décembre 1810, relatif aux Autrichiens prisonniers, morts pendant la guerre, *Bulletin*, n°. 6244.)

Le parent français succéderoit-il à son parent étranger n'ayant pas les droits civils? Cette question est traitée au premier volume, noté (9) de la page 14.

(2) *Dans les cas d'indignité.* Il y a cette différence entre l'indigne et l'incapable, que celui-ci manque de l'une des conditions requises par la loi pour pouvoir succéder; tandis que l'indigne réunit toutes ces conditions, mais cependant est dépouillé de la succession, à cause d'un fait commis par lui, et qui, d'après la loi, emporte l'indignité.

(3) *Condamné.* Il ne suffiroit donc pas, pour exclure l'héritier, d'alléguer, et même de prouver, qu'il a donné la mort au défunt. Il faudroit dénoncer le fait au Ministère public, à l'effet de faire condamner le coupable. De-là il suit que si, devant la Cour criminelle, il est prouvé, ou que le fait n'est pas constant, ou qu'il n'est pas de nature à donner lieu à une condamnation, *putà*, si le meurtre a eu lieu dans le cas de défense légitime, il n'y a pas d'indignité. (*Cod. Pén.*, art. 328 et 329.)

Quid, si le coupable a obtenu sa grâce? Je pense que cela ne détruit pas l'indignité; la grâce remet la peine, mais n'éteint pas le crime. D'ailleurs, l'article n'exige pas l'exécution, mais seulement la condamnation.

Quid, si le coupable a été déclaré excusable, comme il est dit dans les articles 321, 322, et 324, alinéa 1^er^., du Code Pénal? Comme le fait d'excuse n'empêche point la condamnation, mais ne fait que diminuer la peine, l'on pourroit soutenir, *stricto jure*, que l'indignité n'en est pas moins encourue; je pense cependant, que les juges devroient se décider d'après les circonstances et la nature du fait sur lequel l'excuse est fondée.

Quid, si le meurtre est la suite d'une négligence ou d'une imprudence? Il y a toujours condamnation. (*Cod. Pén.*, art. 319.) Mais cependant, comme il n'y a pas d'intention criminelle, et qu'il me paroît bien évident qu'ici la loi n'a voulu punir que l'intention, je pense qu'il n'y a pas lieu à prononcer l'indignité.

(4) *Une accusation.* Il faut entendre, par ce mot, *une dénonciation.* Dans nos mœurs, il n'y a que le Ministère public qui accuse. Mais il faut qu'il y ait eu dénonciation: l'injure la plus grave, même jugée calomnieuse, ne suffiroit pas.

(6) *Capitale.* Que doit-on entendre par ce mot? A-t-on voulu dire qu'il falloit que le crime dénoncé fût de nature à mériter la peine de mort? J'ai de la peine à le croire. Le mot *caput*, d'où vient *capitalis*, *capital*, ne signifie pas seulement en droit *la tête* ou *la vie*, mais encore, et le plus souvent, *l'état civil. Capitis diminutio*, signifie, comme l'on sait, un changement d'état:

BIU Cujas

Is demùn videtur capitis accusasse, qui tali judicio appetit, cujus pœna aut supplicium habuit, aut exilium, quod sit vice deportationis, ubi civitas amittitur. (L. 14, §. 3, ff. de Bonis libertorum.) *Appellatio capitalis*, dit la loi 103 ff. de Verbor. signific., *mortis vel amissionis civitatis intelligenda est. Qui capitali crimine damnatus est, non debet pro alio postulare.* (L. 1, §. 6, ff. *de postulando.*) Ces différentes lois prouvent évidemment que le crime, dit *capital*, n'est pas toujours celui qui emporte la peine de mort. D'ailleurs, pour un honnête homme, l'honneur n'est-il pas plus cher que la vie? Je penserois donc que, dans notre article, il faut entendre par *accusation capitale*, toutes celles qui sont de nature à faire prononcer contre l'accusé une peine infamante.

(6) *Jugée calomnieuse.* Ainsi, il ne suffiroit pas que l'accusation eût été rejetée, et l'accusé renvoyé absous; il faut encore que l'accusation ait été jugée calomnieuse. L'article 358 du Code d'Instruction criminelle suppose évidemment que l'un n'est pas toujours une suite de l'autre, puisqu'après avoir dit que, si l'accusé a été déclaré non-coupable, la Cour statuera sur les dommages-intérêts respectivement prétendus; il ajoute, que l'accusé *pourra* aussi obtenir des dommages-intérêts contre ses dénonciateurs, pour fait de calomnie; ce qui suppose qu'il est possible que l'accusé soit acquitté, sans que les dénonciateurs soient déclares calomniateurs.

Quand la cause d'indignité est telle qu'elle pourroit donner lieu à une poursuite criminelle, si l'accusation, ou la peine, étoit prescrite, l'indignité pourroit-elle encore être opposée? Il faut d'abord observer que cela ne peut s'appliquer qu'aux deux premiers cas d'indignité, le troisième n'étant pas susceptible d'une poursuite criminelle. Et comme, dans ces deux cas, il ne peut y avoir indignité, qu'autant qu'il y a condamnation criminelle, il est évident qu'il n'y a plus lieu à l'action en indignité, du moment que l'action criminelle est prescrite. Mais s'il y a eu condamnation, et que la peine seulement soit prescrite, alors je pense que, par la même raison que la mort civile subsiste, quoique la peine soit prescrite, l'indignité, une fois encourue par l'effet de la condamnation, devient une qualité de la personne que le temps ne peut détruire.

(7) *Étant majeur.* S'il est mineur, on ne peut lui rien imputer.

(8) *Le meurtre du défunt.* Il doit dénoncer le meurtre; mais il n'est pas obligé de dénoncer le meurtrier. Il peut, en effet, ne pas le connoître; ou, s'il le connoît, il peut craindre de s'exposer à des dommages-intérêts.

Quel délai a-t-il pour dénoncer? Il doit le faire aussitôt qu'il a connoissance du genre de mort. Ce sera aux Tribunaux à déterminer l'époque à laquelle il doit être présumé avoir eu cette connoissance.

Quid, s'il est prévenu par le Ministère public? Les juges auront à examiner s'il s'est écoulé un temps assez long, pour qu'on puisse l'accuser de négligence:

BIU Cujas

Dans le cas de la négative, l'indignité n'aura pas lieu. (Argument tiré de la loi 10, Cod. *de his quibus ut indignis, etc.*)

Le successible, qui poursuit le meurtre du défunt, fait-il acte d'héritier ? On décidoit la négative anciennement (Lebrun *des Successions*, Liv. 3, chap. 8, sect. 2, n°. 4; et Leprestre, cent. 1, chap. 11), d'après la loi 20, §. 5, ff. *de adquir. vel omitt. hered.*, et il en seroit certainement de même aujourdhui. D'abord, c'est en quelque sorte un acte préliminaire à l'acceptation, puisque, s'il ne poursuivoit pas, il pourroit, quand même il accepteroit, être exclu de la succession; et en deuxième lieu, il en est de ce cas, comme de celui où le successible a payé les frais funéraires du défunt. Il est toujours présumé l'avoir fait *pietatis intuitu*.

L'on pensoit également que l'héritier bénéficiaire, qui avoit poursuivi le meurtre du défunt, et obtenu des réparations civiles, n'étoit point tenu d'en compter aux créanciers. Par la même raison, le successible qui renonçoit, après avoir obtenu ces réparations, n'étoit pas tenu de les remettre à la masse de la succession. (Lebrun, *ibid.*, Liv. 2, chap. 4, sect. 4., n°. 43; et Rousseaud de La Combe, *verbo* intérêts civils, n°. 3.) Les mêmes décisions doivent encore avoir lieu dans le droit actuel. Et en effet ces réparations ne font point partie de la succession; elles sont adjugées au poursuivant, non point en sa qualité d'héritier, mais pour l'indemniser personnellement du dommage que la mort prématurée du défunt lui a causé. Ce n'est pas que le défunt n'ait également souffert un dommage, puisqu'il a perdu la vie; mais c'est un dommage, quant à lui, inestimable et irréparable. Si cependant le même fait qui a causé sa mort, avoit occasionné des dommages dans ses biens, il n'est pas douteux que la succession n'ait droit de réclamer, dans le montant des réparations, une part proportionnée à la perte que les biens ont éprouvée, et que le fait que cette portion des dommages intérêts auroit été touchée par l'héritier présumé, seroit regardé de sa part comme une acceptation.

(9) *Ou alliés aux mêmes degrés.* J'ai transposé ces derniers mots, qui, dans le texte, sont placés après ceux-ci, *aux ascendans et descendans du meurtrier*. J'ai pensé qu'il y avoit faute d'impression, et ce, pour deux raisons : la première, c'est qu'en droit, l'allié à degré égal est toujours assimilé au parent. (*Cod. de Procéd.*, art. 268, 283 et 378; *Code Civ.*, art. 206, 407, et 408; et *Cod. d'Inst. crim.*, art. 156 et 322.) La deuxième, c'est que, si le mot d'*alliés* se rapportoit à ce qui précède, c'est-à-dire, aux ascendans ou descendans, on eût dû dire *alliés dans la même ligne*, et non pas *aux mêmes degrés*, puisqu'on n'a pas encore énoncé de degrés.

Au surplus, la disposition de l'article 728 est fondée sur ce qu'on ne peut exiger qu'une femme dénonce son mari, un fils son père, un oncle son neveu, etc.

(10) *Qu'après la mort du défunt.* Jusque-là personne ne peut être reçu à

BIU Cujas

l'alléguer, parce que personne n'a d'intérêt. Mais dans quel délai l'action doit-elle être intentée ? (*Voyez* la note (8) ci-dessus, *in fine.*)

(11) *La saisine.* Par conséquent, les actes passés sans fraude avec les tiers, sont valables (Argument tiré des art. 790, 958 et 1240.), sauf le recours de l'héritier au second degré contre l'indigne.

(12) *De les restituer.* C'étoit la disposition des lois Romaines. (*LL.* 17 et 18, ff. *de his quæ ut indignis, etc.*) Reste-t-il sujet à l'action des créanciers ? Non, sans doute. *Eumdem sequuntur onera, quem sequuntur commoda.* (*L.* 18, § 1, *eod.*) Mais le droit Romain décidoit que, s'il étoit créancier du défunt, sa créance, qui avoit été éteinte par la confusion, ne pouvoit revivre. (*Ibid.*, et *L.* 8, *eod;* et *L.* 29, §. 2, ff. *de Jure fisci.*) Cette décision tient à des principes qui ne sont pas admis chez nous : on a toujours jugé, conformément à l'avis de Dumoulin et Lebrun, qu'il n'y a que la propriété incommutable, qui engendre une confusion irrévocable.

L'indigne doit-il les intérêts des sommes de deniers trouvés dans la succession, ou provenant de la vente des objets dépendans de la succession ? La Loi 1, Cod., *de his quibus ut indignis, etc.*, décide que ces intérêts ne sont dus que du jour de la demande. Je pense que l'indigne doit être traité comme celui qui possède une hérédité de mauvaise foi. Appliquez ce qui est dit à cet égard, ci-dessus, note (3) de la page 23, *in fine.*

Quid, si l'action en indignité n'est intentée que par un de ceux qui auroient droit de recueillir la succession, à défaut de l'indigne, et que l'indignité soit prononcée, à qui appartiendront les parts de ceux qui n'ont point intenté l'action ? Je pense qu'il faut distinguer : Si celui qui a agi, n'a conclu qu'à la restitution de sa part, la condamnation ne peut aller au-delà. Les tribunaux ne peuvent condamner *ultrà petita.* Mais s'il a demandé la totalité de la succession, la question peut paroître plus difficile. La Loi 2, ff. *Si pars heredit. pet.*, décide que, dans la pétition d'hérédité, le demandeur ne peut agir que pour sa part, même quand ses cohéritiers n'ont point accepté, sauf à agir de nouveau, s'ils renoncent. Nonobstant cette décision, je penserois que, dans l'espèce proposée, l'indigne doit être condamné à restituer toute la succession, sauf le droit des autres cohéritiers d'intenter l'action en partage contre celui à qui la succession a été restituée. Quant à la loi opposée, il faut remarquer qu'il y a cette différence, que dans la pétition d'hérédité, *non tam de jure possessoris, quàm petitoris agitur.* Le demandeur conteste moins la qualité du défendeur, qu'il ne cherche à recouvrer ce qui lui appartient : et tant que ses cohéritiers n'ont pas renoncé, il ne lui appartient que sa part. En la recevant, il est désintéressé, et ne peut plus rien demander. Mais dans l'action d'indignité, au contraire, *potiùs de jure possessoris, quàm petitoris agitur.* Le demandeur cherche à exclure le défendeur de l'hérédité ; et quand cette exclusion est prononcée, le demandeur doit être placé dans la même situation que si

BIU Cujas

l'indigne n'eût pas existé. Or, dans ce cas, il eût pu, certainement, appréhender toute la succession, sauf à la partager avec ses cohéritiers, s'ils venoient à se présenter; donc, etc. Cette décision peut être appuyée sur les Lois 17, 19, et 23, §. 2, ff. *de inoff. Test. Nec obstat* un arrêt de Cassation du 14 décembre 1813, rapporté au *Bulletin*, n°. 138. Car, dans l'espèce de cet arrêt, tous les héritiers du deuxième degré avoient intenté l'action. Un premier jugement les avoit déboutés de leur demande. Un seul avoit interjeté appel, et avoit gagné sur l'appel. Il y avoit donc eu acquiescement tacite de la part des trois autres; et cet acquiescement devoit opérer le même effet que s'ils avoient transigé avec l'indigne : *Judiciis quasi contrahimus.* Donc par l'effet du jugement et de l'acquiescement qui avoit suivi, l'héritier au premier degré étoit devenu propriétaire irrévocable des trois quarts de la succession. C'est à-peu-près le cas de la Loi 24, ff. *de inoff. Test.*

Je sais bien que cette décision présente l'inconvénient que les cohéritiers qui n'ont pas agi, viendront, comme on dit, *ad paratas epulas*; ils partageront le bénéfice de l'action, sans en avoir couru les risques. Pour remédier à cela, je penserois que celui qui veut agir, pourroit faire assigner ses cohéritiers pour que, dans un temps donné, ils aient à déclarer s'ils entendent se joindre à lui pour faire prononcer l'indignité, et que, faute par eux de le faire, ils seront déclarés renonçant, et la succession dévolue en totalité au demandeur, par droit d'accroissement.

(13) *Sans le secours de la représentation.* La représentation n'a pas lieu pour deux raisons : la première, c'est qu'on ne représente pas une personne vivante; la seconde, c'est que la représentation a pour effet de donner les droits du représenté; et ici, le représenté n'a et n'auroit eu aucun droit. De là il résulte que, si c'est le fils du défunt qui a été déclaré indigne, ses enfans ne peuvent venir à la succession de leur aïeul, qu'autant que ce dernier n'a pas laissé d'autres descendans; car, s'il en avoit, fussent-ils même au quatrième degré, ils se trouveroient, par le secours de la représentation, placés au premier degré, tandis que les enfans de l'indigne, ne pouvant s'aider du même secours, ne seroient qu'au second degré. Mais s'il n'y a pas d'autres descendans, ceux de l'indigne prendront la succession, parce qu'en leur seule qualité de descendans, ils excluent les ascendans et les collatéraux.

Quid, si l'indigne est mort avant l'ouverture de la succession? S'il n'a point laissé de descendans, la question d'indignité est inutile, puisqu'il n'y a personne à exclure. Il en est de même, si celui de la succession duquel il s'agit, n'a point laissé d'autres descendans que ceux de l'indigne, puisqu'ils n'ont pas besoin du bénéfice de la représentation pour exclure tous les autres parens. Mais s'il y a d'autres descendans, ils seront admis à prouver l'indignité contre les descendans de l'indigne, pour les priver du bénéfice de la représentation.

(14) *Provenant de cette succession.* Mais si le petit-fils qui a hérité de son

BIU Cujas

aïeul, à l'exclusion de son père indigne, vient à mourir ayant son père, ce dernier pourra-t-il lui succéder? La raison de douter se tire de ce qu'alors il pourra retrouver dans la succession de son fils, celle dont il a été déclaré indigne. Mais la raison de décider, c'est qu'une succession recueillie n'est plus une succession, mais le patrimoine de l'héritier; *hereditas adita, jàm non est hereditas, sed patrimonium heredis.* Le père pourra donc, dans l'espèce, succéder à son fils. C'étoit, au surplus, la décision des lois Romaines (*L.* 5, §§. 7 et 8; et *L.* 7, ff. *de his quæ ut indignis, etc.*), et elle seroit suivie chez nous sans nulle difficulté.

L'indigne seroit-il admis à prouver que le défunt s'est réconcilié avec lui; et cette preuve faite, recouvreroit-il, par cela seul, son droit à la succession?

On peut alléguer, pour l'affirmative, d'abord la jurisprudence ancienne (Lebrun, *des Successions*, Liv. III, chap IX; n°. 15; et Pothier, *ibid.*, chap. 1^er^., sect. 2. art. 4, §. 2); et en deuxième lieu, l'art. 957 du Code civil, qui décide que le silence seul du donateur, pendant un an, à compter du jour qu'il a pu avoir connoissance du délit, suffit pour qu'il ne puisse plus intenter l'action en révocation pour cause d'ingratitude.

Néanmoins, je ne pense pas que la simple réconciliation, même prouvée, suffise pour empêcher l'effet de l'indignité; et je vais faire connoître les motifs de mon opinion, en répondant aux moyens qui peuvent être apportés pour soutenir l'opinion contraire.

Quant à la jurisprudence ancienne, il faut observer que les causes d'indignité étoient bien plus nombreuses anciennement, puisqu'on regardoit comme telles toutes les causes d'exhérédation. (Lebrun, *loco citato.*) Mais aujourd'hui le nombre en est tellement restreint, et elles sont d'une nature telle, que le bon ordre lui-même et l'intérêt des mœurs semblent s'opposer à ce qu'elles soient censées remises par une réconciliation. Lebrun lui-même exceptoit de la disposition ancienne la première cause d'indignité, celle qui résultoit du meurtre volontaire du défunt: *On ne peut hériter de ceux qu'on assassine.* Parce qu'un mourant aura cru devoir à Dieu, à son prochain, et à lui-même, de pardonner à son meurtrier, la loi civile doit-elle pour cela faire remise à ce dernier de la peine qu'il a encourue? La peine corporelle, qui est bien plus forte, ne pourroit certainement pas être remise. La peine pécuniaire ne doit pas l'être davantage. Quant aux deux autres causes, il est évident que la question ne peut s'élever, relativement à la troisième. Reste donc la seconde. Mais il me semble que, dans l'ordre moral, on pourroit la regarder comme la plus forte des trois. Oui, il est vrai de dire que, considérée sous son véritable point de vue, l'accusation capitale, calomnieuse, peut être regardée comme un assassinat moral, plus terrible que l'assassinat réel; on se défend contre ce dernier plus aisément que contre le premier. D'ailleurs, l'assassinat n'ôte que la vie; la dénonciation calomnieuse peut ôter la vie, et de plus l'honneur, qui, comme nous l'avons déjà

BIU Cujas

dit, est plus cher à l'homme bien né, que la vie même. D'ailleurs, la troisième cause d'indignité, celle qui résulte de la non-dénonciation du meurtre du défunt, est certainement celle des trois qui suppose le moins de culpabilité; et cependant elle n'est pas susceptible d'être remise par le défunt, puisqu'elle ne peut être encourue qu'après sa mort. Seroit-il conséquent, d'après cela, d'accorder au plus coupable une chance, un avantage, dont ne pourroit jouir celui auquel on ne peut reprocher peut-être que de la négligence ou de l'insouciance ?

Quant à l'art. 957, l'on peut dire : 1°. que les causes de révocation des donations sont, en général, à l'exception de la première, plus foibles que les causes d'indignité;

2°. Que, par l'action d'indignité, on écarte seulement un individu de la succession; au lieu que, dans l'art. 957, il s'agit de révoquer ce qui est fait, de dépouiller d'une propriété qui est transférée peut-être depuis long-temps. Or, *difficiliùs ejicitur, quàm non admittitur.*

3°. Que, dans l'art. 957, le donataire tire son droit de la seule volonté du donateur. Lors donc que ce dernier a manifesté, expressément ou tacitement, qu'il persiste dans la même intention, il ne paroît pas convenable que ses héritiers soient admis à le contredire. L'héritier, au contraire, ne tire que de la loi son droit à la succession: or, c'est la même loi qui lui donne la succession, quand il est capable, et qui l'en prive dans le cas d'indignité. La volonté de l'homme ne doit donc compter ici pour rien.

4°. Et cette raison me paroît la plus forte : la disposition de l'art. 957, est purement facultative : la loi permet au donateur de faire révoquer la donation. Or, il est loisible à chacun de renoncer au droit qui lui est accordé; et lorsque le donateur a laissé passer un an sans réclamer, il est censé avoir renoncé à son action. Dans l'article 727, c'est la loi qui, par elle-même, *suâ ipsius vi, suâ ipsius potestate*, déclare l'héritier indigne, et l'exclut, en conséquence, de la succession. Il est donc, sous le rapport de la succession, entièrement semblable à un étranger. Il a perdu tous les droits d'héritier légitime. Or, ces droits ne peuvent être conférés que par la loi : un particulier n'a donc pas le droit de les rendre à celui qui les a perdus. Tout au plus, si le défunt, non-seulement se réconcilioit avec l'indigne, mais encore lui faisoit quelque libéralité, pourroit-on prétendre, *benigno jure*, qu'il est capable de la recevoir, mais seulement en qualité de légataire ou de donataire, et non comme héritier légitime ?

Page 26.

(1) *Saisi*, non-seulement de la propriété, mais encore de la possession. C'est même cette saisine de la possession, qui distingue le droit de l'héritier, de celui de plusieurs autres personnes qui sont également saisies, du moment du décès, mais de la propriété seulement; tels sont les légataires à titre universel

BIU Cujas

ou particulier, les enfans naturels, etc., qui, tous, sont obligés de demander la délivrance.

(2) *Qui lui est échue.* Dans quel cas une succession peut-elle être acceptée ou répudiée valablement? (*Voyez* la note (2) de la page suivante, *in fine.*)

(3) *Avoir été saisi;* non-seulement de sa part, mais encore des parts de ceux qui viendroient à renoncer par la suite. (Art. 785.)

(4) *Et toujours rétroactivement;* c'est-à-dire que, dans le cas de répudiation de l'héritier au premier degré, celui qui accepte à son défaut, est toujours censé avoir été saisi du moment de l'ouverture de la succession.

PAGE 27.

(1) *Dans un acte authentique ou privé. Quid,* si l'on a pris cette qualité dans une lettre missive? L'article 778 dit *un acte.* Or, une lettre n'est pas un acte; cependant l'on pourroit même induire de là une acceptation tacite. Si, par exemple, l'héritier présumé avoit écrit à un créancier de la succession, que dans cette lettre il ait pris la qualité d'héritier, et qu'en cette qualité il lui ait demandé un délai pour le payement, certainement cela devra être regardé comme une acceptation: ce sera donc aux juges à décider d'après les circonstances. Ainsi, l'on pourroit peut-être poser la règle suivante: si la pièce étoit telle, qu'elle pût, en la supposant émanée du défunt, servir de titre à celui qui en seroit porteur, pour former une demande contre la succession, elle devroit emporter acceptation de la part de l'héritier; *secùs,* dans le cas contraire.

(2) *Nécessairement.* Ainsi, tout ce que l'on peut supposer avoir été fait par l'héritier, avec une autre intention que celle d'accepter, n'emporte pas acceptation; et voici la règle qui me paroît devoir être suivie dans ce cas. Par l'acceptation, l'héritier devient maître, propriétaire, de tous les objets qui composent la succession. Or, la propriété est le droit de jouir et de disposer d'une chose. Si donc l'héritier a joui de la chose, c'est-à-dire, s'il s'en est approprié les revenus, à plus forte raison, s'il a disposé de la chose elle-même, il a fait acte de propriétaire, et par conséquent d'héritier: *Pro herede gerit, qui rebus hereditariis quasi dominus utitur.* (*Ulpian. fragm.*, Tit. 22, §. 26.) C'est ce que suppose l'article 796, portant que l'héritier, qui veut vendre les objets périssables ou dispendieux à conserver, faisant partie de la succession, sans qu'on puisse induire de cet acte une acceptation, doit s'y faire autoriser. Mais si l'acte est tel, qu'on puisse supposer que l'héritier en le faisant, a eu seulement l'intention de gérer les affaires de la succession, il n'en résultera pas acceptation. (Argument tiré de l'art. 779.)

Il suit de ces principes, qu'on n'est pas réputé héritier, parce qu'on a payé les frais funéraires. On a pu le faire, *pietatis causâ.* (*L.* 20, §. 1, ff. *de adquir. vel omitt. hered.*)

Quid, si l'héritier présumé a payé d'autres dettes de la succession? Je pense

BIU Cujas

qu'il faut distinguer : S'il a payé de ses deniers, il a pu le faire *animo gerendi negotia hereditatis.* L'acte ne suppose donc pas nécessairement de sa part l'intention d'accepter. S'il a payé des deniers de la succession, il a disposé, puisque le payement est un moyen de transférer la propriété. Il a donc fait acte d'héritier, quelque déclaration qu'il ait faite d'ailleurs. Telle paroit être aussi l'opinion de COQUILLE, sur l'art. 26, de la Coutume de Nivernois, Titre *des Successions.*

Mais je ne pense pas que l'héritier puisse être regardé comme ayant accepté, par cela qu'il a pris les clefs du défunt, et même les titres de la succession, dans le cas, toutefois, où les scellés n'ont pas été apposés; il a pu le faire dans l'intention de veiller à la conservation des biens ou des titres. Ainsi jugé par arrêt du 26 mai 1674, rapporté au Journal du Palais.

L'acceptation étant un acte de l'intention, plus encore que de fait, peut résulter même de la disposition d'une chose qui n'appartenoit pas au défunt, si l'héritier croyoit qu'elle lui appartenoit, et qu'elle faisoit en conséquence partie de la succession. (*LL.* 21, §. 1, et 88, ff. *de adquir. vel omitt. hered.*) Par la raison contraire, celui qui dispose d'une chose de la succession, croyant que cette chose lui appartient en propre, ne fait pas acte d'héritier. (*L.* 87, ff. *Eod.*)

Mais celui qui, sachant qu'une succession lui est déférée, a disposé par testament de quelqu'objet qui en dépend, fait bien certainement acte d'héritier. *L.* 86, §. 2, *Eod.*)

Quid, si l'héritier légitime a demandé la nullité du testament? Cela emporte acceptation. S'il ne vouloit pas être héritier, quel intérêt avoit-il d'attaquer le testament?

Quid, s'il étoit fondé de pouvoir du défunt, et qu'il ait continué de faire en cette qualité, après le décès, des actes inhérens à la propriété? Il faut distinguer : s'il ne connoissoit pas le décès, il n'a pu faire acte d'héritier, comme nous l'établirons ci-après. S'il le connoissoit, il faut encore distinguer : s'il a fait seulement les actes pour lesquels il y avoit péril en la demeure, il n'est pas censé avoir accepté, puisqu'il eût été responsable, s'il ne les eût pas faits. (Article 1991.) Mais s'il a fait tout autre acte de propriétaire, cela emportera acceptation, parce que, hors les cas d'urgence, *mandatum finitur morte mandantis* : il n'a donc pu faire ces actes comme mandataire, mais seulement comme propriétaire, ou, ce qui est la même chose, comme héritier. Par la même raison, s'il étoit en société avec le défunt, et que, postérieurement au décès, il ait usé des choses communes, il ne sera pas censé avoir fait acte d'héritier, puisqu'il avoit ce droit, du vivant même de son co-associé (Art. 1859); *Nisi*, dit la loi 78, *Eod.*, *eo consilio usus esset, quod vellet se heredem esse.*

Quid, si, en faisant un acte emportant évidemment acceptation, il a protesté qu'il n'entendoit pas qu'on pût induire de cet acte une acceptation? Les

BIU Cujas

protestations sont nulles. Elles sont, comme dit POTHIER, démenties par la nature de l'acte. Que diroit-on, en effet, d'un homme qui, en s'appropriant, sans nulle cause légitime, quelque chose qui ne lui appartient pas, protesteroit qu'il n'entend pas qu'on impute cela à aucun dessein criminel de sa part? C'est aussi l'avis de DUMOULIN sur l'art. 425 de la Coutume du Bourbonnois, et de LEBRUN, *L.* 3, chap. 8, sect. 2, n°. 27.

Quid, s'il a poursuivi le meurtre du défunt? Voyez ci-dessus note (8) de la page 25.

Mais remarquez que, pour qu'une succession puisse être acceptée, expressément ou tacitement, il faut le concours de quatre circonstances: 1°. que la succession soit ouverte; 2°. que l'héritier sache qu'elle est ouverte; 3°. qu'elle soit déférée à l'acceptant; 4°. enfin qu'il sache qu'elle lui est déférée.

Il faut 1°. *qu'elle soit ouverte.* Si donc j'accepte une succession, croyant qu'elle est ouverte, et qu'elle ne le soit pas, l'acceptation est nulle, quand même cette succession viendroit à s'ouvrir par la suite en ma faveur. (*L.* 27, ff. *de adquir. vel omitt. heredit.*)

Il faut 2°. *que l'héritier sache que la succession est ouverte.* Si donc je m'immisce dans les affaires d'une personne dont je suis héritier, mais ayant des raisons probables de croire qu'elle est encore vivante, quoiqu'elle soit décédée, je ne suis pas censé accepter. (*L.* 32, ff., *Eod.*)

Il faut 3°. que la succession soit déférée à l'acceptant. (*L.* 21, §. 2. *Eod.*) Si donc le successible étoit, au moment de l'ouverture de la succession, incapable de recueillir la succession; *putà*, s'il étoit mort civilement, l'acceptation seroit nulle, quand même l'incapacité viendroit à cesser par la suite. *Sic* jugé en Cassation, le 16 mai 1815. (*Bulletin*, n°. 35.)

4°. Enfin, il faut que l'acceptant sache que la succession lui est déférée. Si donc, ayant des raisons probables de penser qu'une succession à laquelle je suis effectivement appelé, est dévolue à un autre, je m'immisce dans les affaires de cette succession, croyant travailler dans l'intérêt de l'héritier prétendu, je ne suis pas censé faire acte d'héritier.

(3) *Même de tous ses cohéritiers.* On conçoit que la vente, ou le transport que fait un héritier de ses droits successifs, même en faveur de quelques-uns de ses cohéritiers, emporte acceptation. On ne vend, on ne transporte que ce dont on est propriétaire; et l'héritier ne peut être propriétaire de sa part, qu'autant qu'il a accepté. Il en est de même de la donation de ces mêmes droits, quand elle est faite à un étranger, ou à quelques-uns des cohéritiers. Mais on ne voit pas d'abord comment la même donation faite au profit de tous les cohéritiers, et sans aucune charge, peut emporter acceptation, puisqu'au premier coup d'œil, cela paroît être absolument la même chose qu'une renonciation pure et simple. Il est cependant très-vrai de dire

BIU Cujas

qu'il y a, entre une pareille donation et une renonciation, une différence essentielle, ainsi que l'espèce suivante va le démontrer.

Soient trois cohéritiers, *Primus*, *Secundus*, *Tertius*. *Primus* renonce; *Secundus* accepte; *Tertius* renonce. La succession appartiendra en totalité à *Secundus*. Si nous supposons maintenant que *Tertius*, au lieu de renoncer, a donné ses droits successifs à *Primus* et à *Secundus*, *Primus*, quoiqu'ayant renoncé, viendra prendre le quart de la succession, du chef de *Tertius*, qui avoit droit à la moitié, par suite de la renonciation de *Primus*.

L'on voit par là qu'il s'en faut de beaucoup qu'une pareille donation vaille renonciation. De cette première différence, en découlent plusieurs autres :

1°. La donation seroit sujette au retranchement pour la légitime des enfans du donateur. La renonciation ne le seroit pas, à moins qu'il n'y eût fraude; si, par exemple, l'héritier avoit renoncé à une succession évidemment avantageuse.

2°. La donation impose des obligations au donataire, ne fût-ce que celle de fournir des alimens au donateur, s'il se trouve dans le besoin. Il n'en est pas de même dans le cas de renonciation.

3°. La renonciation est irrévocable, excepté pour dol, violence, ou erreur dans un seul cas. (Art. 783.) La donation est, en outre, révocable pour cause d'ingratitude de la part du donataire, et pour survenance d'enfans au donateur.

(4) *Si elle n'est pas faite gratuitement.* Autrefois cela n'étoit pas regardé comme une acceptation. (L. 24, ff. *de Adquir. vel omitt. heredit.*) *Non vult heres esse*, disoit la loi 6, ff. de Regulis juris, *qui ad alium tranferre voluit hœreditatem.* Il est probable que les rédacteurs du Code ont regardé cela comme une espèce de vente des droits successifs. Cependant il y a réellement une différence. Car, dans l'espèce posée au commencement de la note précédente, une pareille renonciation ne donneroit pas à un autre cohéritier, qui auroit renoncé auparavant, le droit de revenir à la succession. Au reste, la décision de l'article est formelle; il faut donc s'y tenir. C'étoit au surplus l'avis de Domat. Mais il se fondoit, pour cela, sur la loi 2, ff., *Si quis omissâ causâ testamenti*, qui dit formellement le contraire : *Pro herede gerere non videtur*, dit cette loi. Elle ajoute, à la vérité, qu'il est tenu des legs, mais c'étoit par une raison particulière; c'est que l'édit du préteur ordonnoit que quiconque seroit présumé avoir renoncé en fraude à une hérédité testamentaire, à l'effet d'annuller par-là le testament, et par suite les legs, seroit tenu des legs, comme s'il eût accepté. Mais il n'eût pas été tenu des dettes; donc il n'étoit pas censé héritier.

BIU Cujas

PAGE 28.

(1) *De quelques-uns des cohéritiers.* S'il avoit renoncé purement et simplement, sa renonciation auroit profité à tous ses cohéritiers. Dès qu'il ne renonce qu'au profit de quelques-uns, c'est une disposition qu'il fait, de sa portion, en faveur de ceux-ci. Or, il ne peut disposer de cette portion, qu'autant qu'il en est propriétaire; et il ne peut l'être devenu que par l'acceptation.

Au surplus, de ce qu'une pareille disposition est regardée comme une donation, il en résulte qu'elle ne peut être faite par acte au greffe, mais seulement par acte notarié, et avec toutes les formes requises pour la validité des donations. *Sic* jugé en Cassation, le 17 août 1815. (SIREY, 1815; 1re. part., pag. 413.) Mais si une pareille disposition avoit été déclarée nulle, comme donation, *quid juris* à l'égard de l'acceptation? D'après le principe que nous avons posé, que l'acceptation gît moins en fait, que dans l'intention, il me semble qu'il faudroit décider que l'intention de l'acceptant, se trouvant également manifestée, nonobstant la nullité de l'acte, il n'en devroit pas moins être censé acceptant. D'ailleurs, comme la nullité, dans ce cas, peut être invoquée, même par les parties qui ont figuré dans l'acte, il en résulteroit qu'il seroit au pouvoir du donateur de la demander, ou non, et par conséquent d'être, ou de n'être pas héritier; ce qui est contre tous les principes.

Observez que, lorsque l'acte d'héritier résulte, soit de la donation, vente, ou transport de droits successifs, soit de la renonciation gratuite au profit de quelques-uns des cohéritiers, soit de la renonciation intéressée au profit de tous, l'héritier doit, à l'égard de ceux avec lesquels il a traité, être assimilé à un vendeur de droits successifs, et en conséquence être indemnisé par eux des poursuites qui peuvent être exercées contre lui.

(2) *Actes purement conservatoires.* Inscriptions hypothécaires, saisies-arrêts sur les débiteurs de la succession, demandes à l'effet d'interrompre des prescriptions, etc.

(3) *De surveillance.* Il peut s'opposer au déménagement d'un locataire qui ayé, arrêter les dégradations qui pourroient se commettre sur les a succession, etc.

d'administration provisoire. Si le défunt étoit propriétaire ou locataire d'une maison, l'héritier présumé peut recevoir les congés r les locataires, donner à bail les appartemens vacans, etc.

qualité d'héritier. Mais il procédera, en qualité d'habile à se dire héritier.

plus, d'après le droit que l'article 779 donne ici à l'héritier présumé, t bien, suivant les circonstances, être déclaré responsable, même

BIU Cujas

après sa renonciation, ou son acceptation sous bénéfice d'inventaire, des dommages que le défaut d'actes conservatoires ou de surveillance de sa part, auroit pu causer à la succession; *putà*, s'il a laissé sciemment parfaire une prescription, périmer une action, etc. Il étoit là; on ne savoit point s'il avoit l'intention d'accepter ou de renoncer : sa présence a pu empêcher les autres parties intéressées de prendre les précautions que les circonstances pouvoient exiger.

(6) *Avant d'avoir pris qualité.* Prendre qualité, c'est déclarer si l'on entend accepter une succession, ou y renoncer.

(7) *Sous bénéfice d'inventaire.* Ainsi ceux-mêmes qui étoient d'avis de répudier, sont forcés d'accepter, au moins bénéficiairement. Mais pourquoi n'a-t-on pas appliqué ici la disposition de l'article 1475, qui permet aux héritiers de la femme commune, d'accepter ou de répudier la communauté, chacun pour leur part? *Voyez* les notes sur ledit article; et d'ailleurs la disposition de l'art. 782 ne peut-elle pas donner lieu à un inconvénient que voici?

Il est certain que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire oblige au rapport, comme l'acceptation pure et simple. D'après cela, l'on peut supposer que l'héritier décédé avoit reçu du défunt une donation supérieure à sa part héréditaire, de manière qu'il luiseroit plus avantageux de renoncer que d'accepter. Supposons encore que, parmi les héritiers qu'il laisse, il s'en trouve un qui, par erreur ou autrement, s'obstine à vouloir accepter; peut-on forcer les autres à accepter bénéficiairement, et les obliger par là au rapport? Je ne le pense pas. Cela seroit évidemment injuste. Il est clair qu'en rédigeant cet article, on n'a eu en vue que l'obligation de contribuer aux dettes *ultrà vires*, obligation dont les effets sont anéantis par le bénéfice d'inventaire, mais que l'on n'a nullement pensé à l'obligation du rapport; et c'est ce qui prouve combien la disposition de l'ancien droit qui permettoit aux tribunaux de statuer sur le *quid utilius*, étoit préférable à celle du Code. Car certainement dans l'espèce il faudroit y revenir, ou décider contre le principe de l'art. 843, que les héritiers qui ont été forcés d'accepter bénéficiairement, ne seront tenus au rapport, que jusqu'à concurrence de ce qu'ils retireront de la succession, après l'acquittement de toutes les charges.

(8) *Qu'avec l'autorisation de son mari ou de justice. Quid*, si la femme refusoit d'accepter une succession avantageuse? Si le mari avoit intérêt, *putà*, s'ils étoient mariés sous le régime de la communauté, ou d'exclusion de communauté, il pourroit l'accepter dans son intérêt, et à ses risques.

(9) *A un mineur*, même émancipé. (Art. 484.) La seule différence qu'il y ait, c'est que le mineur émancipé peut accepter, avec l'assistance de son curateur, dûment autorisé; au lieu que, s'il s'agit d'un mineur non émancipé, c'est le tuteur qui agit.

BIU Cujas

PAGE 29.

(1) *Pour dol ou violence.* L. 85, §. *De adquir. vel omitt. hered. Quid* de l'erreur, qui est aussi une cause de nullité des conventions? (Art. 1109.) Il ne pourroit y avoir erreur ici, qu'autant que l'héritier prétendroit avoir été trompé sur les forces de la succession; et alors cela rentreroit dans le cas de la lésion, dont il va être parlé.

On a prétendu trouver ici une dérogation à l'article 1116, qui veut que le dol ne donne lieu à la nullité de l'obligation, qu'autant qu'il a été pratiqué par une des parties. Car, a-t-on dit, par l'acceptation de la succession, l'héritier s'engage envers tous les légataires et les créanciers de la succession; or, il n'est pas nécessaire que le dol ait eté pratiqué par toutes ces personnes, pour qu'il y ait lieu à restitution. Cela est vrai; mais si c'étoit réellement une dérogation, elle seroit fondée sur la nature des choses. Il étoit impossible, d'un côté, de ne pas accorder la restitution, lorsque l'héritier avoit été engagé par dol à accepter; et, de l'autre, on ne pouvoit exiger, pour l'accorder, que tous les créanciers eussent participé au dol. D'ailleurs, l'héritier, par son acceptation, s'est bien engagé envers les créanciers et les légataires; mais ceux-ci n'ont pas contracté avec lui : la restitution de l'héritier ne change rien à la situation dans laquelle ils se trouvoient au moment du décès. L'on ne peut donc comparer ce cas à celui où deux personnes ont contracté ensemble. Mais, au surplus, je soutiens qu'il n'y a pas dérogation à l'article 1116. En effet, ce dernier article n'exige pas que le dol ait été pratiqué par toutes les parties, mais seulement par l'une d'elles : or, qui empêche de supposer qu'il s'agit, dans l'article 783, de manœuvres employées par un de ceux avec lesquels l'héritier a quasi-contracté, créancier, légataire, ou même cohéritier? Et si cela est, le cas rentre entièrement dans celui de l'article 1116. Si le dol avoit été pratiqué par quelqu'autre personne, ce qu'il est difficile de supposer, alors ce seroit *dolus incidens in contractum*, lequel ne donneroit pas lieu à la nullité de l'obligation, mais seulement à des dommages-intérêts, contre celui qui se seroit rendu coupable du dol. Entendu de cette manière, l'article 783, bien loin d'être une dérogation à l'article 1116, n'en seroit, au contraire, que la conséquence et l'application.

Mais dans le cas où la restitution a lieu, la part de l'héritier restitué accroît-elle aux autres cohéritiers acceptans et non restitués? La loi 61, ff. *de adquir. vel omitt. heredit.*, décide que l'accroissement n'a lieu que de leur consentement. A la vérité, c'est dans le cas où la restitution a eu lieu pour cause de minorité : mais la raison de décider est la même. Quant à moi, il me semble que l'on pourroit distinguer, et adopter la décision de cette loi, quand l'acceptation des cohéritiers a été postérieure ou simultanée à celle du cohéri-

BIU Cujas

tier restitué. Ils peuvent dire qu'ils n'ont accepté, que parce que l'autre acceptoit également, et qu'ils ne pouvoient prévoir qu'il seroit restitué. Mais je ne vois pas de raison d'admettre la décision de la loi Romaine, quand l'acceptation du cohéritier restitué a été postérieure : les autres cohéritiers ne peuvent dire alors que c'est cette acceptation qui les a déterminés à accepter. En acceptant, ils ont pris sur eux toutes les conséquences de leur acceptation, au nombre desquelles est l'obligation de se charger de toutes les parts qui ne seroient pas acceptées par la suite.

(2) *Au moment de ladite acceptation.* Ainsi la découverte de nouvelles créances, quelque considérables qu'elles soient, ne peut donner lieu à la restitution. La raison de différence est, que l'héritier peut connoître quelle étoit la conduite du défunt pendant sa vie, son esprit d'ordre ou de désordre; et pour peu qu'il ait le moindre doute sur l'état de ses affaires, il peut prendre le bénéfice d'inventaire. Mais la connoissance de tous ces faits ne sert à rien, pour le cas d'un testament. L'homme le plus riche, le plus rangé, a pu disposer de la totalité de ses biens. L'héritier n'avoit donc aucun moyen pour se soustraire à la responsabilité; et si on ne lui accordoit pas, dans ce cas, la restitution, ce seroit l'obliger à prendre, dans toutes les circonstances, le bénéfice d'inventaire.

Au reste, il peut s'élever sur ce point une question très-délicate. La restitution pour raison de la découverte d'un testament, doit-elle profiter à l'héritier, à l'égard des créanciers, comme à l'égard des légataires? Rappelons d'abord, 1°. ce que nous venons d'établir, que l'art. 783 n'accorde point la restitution pour raison de la découverte de créances inconnues au moment de l'acceptation; 2°. que la découverte d'un testament est une chose tout-à-fait indifférente pour les créanciers, puisque, dans le concours du créancier et du légataire, le premier est toujours préféré; tellement que, quand la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire, le créancier non-payé peut se pourvoir directement, au moins, pendant trois ans, contre le légataire qui a reçu son legs. (Art. 809.) Or, comme le nombre des créanciers, quel qu'il soit, et quelle que soit la quotité de leurs créances, ne peut jamais être une cause de rescision de l'acceptation, comment l'héritier pourroit-il leur opposer une restitution qui ne peut jamais être obtenue contr'eux, et qui ne peut conséquemment avoir d'autre objet que de le soustraire, lui héritier, à l'action des légataires? Qu'importe aux créanciers qu'il y ait un testament, qu'il y ait ou non des légataires, puisqu'ils doivent être toujours payés avant eux, et qu'encore une fois, la découverte du testament est, pour eux, une chose tout-à-fait étrangère, et qui ne peut, sous aucun rapport, leur préjudicier?

Il résulte encore de cette décision, qui nous paroît conforme aux principes, que l'héritier pur et simple est tenu des legs *ultrà vires*. Car, autrement, pour-

BIU Cujas

quoi lui accorderoit-on une restitution qui ne peut lui profiter qu'à l'égard des légataires ?

(3) *Qui en sont susceptibles.* Pour les formes à suivre lors de l'apposition du scellé, voir les art. 912 à 925 du Code de Procédure.

(4) *A la succession;* soit comme héritiers, soit comme légataires, soit même comme donataires de biens à venir.

(5) *Ou à la communauté.* Dans le cas où le défunt étoit marié sous le régime de la communauté, la veuve peut requérir l'apposition des scellés, quoiqu'elle n'ait aucun droit à la succession de son mari; il suffit qu'elle ait droit à la communauté.

(6) *Par tout créancier*, de la succession. *Quid*, de ceux de l'héritier? Je pense qu'ils peuvent faire apposer le scellé, comme exerçant les droits de leur débiteur. Cependant, le contraire paroît avoir été jugé à Nancy, le 9 janvier 1817 (SIREY, 1817; 2e. partie, page 153). Mais je n'ai pas cru devoir changer d'opinion. L'art. 1166 me paroît décider la question. Ce n'est pas là un droit exclusivement attaché à la personne; il est certainement plutôt relatif aux biens. Mais il faut qu'ils aient titre exécutoire, ou permission du juge : car, puisqu'on l'exige du créancier de la succession, à plus forte raison doit-on l'exiger du créancier de l'héritier.

(7) *En titre exécutoire.* Le titre exécutoire est celui dont l'exécution peut être poursuivie sur les biens du débiteur, sur simple commandement, et sans qu'il soit nécessaire d'obtenir un jugement. Tels sont les jugemens eux-mêmes, et les actes notariés, lorsqu'ils sont revêtus de la formule, LOUIS, par la grâce de Dieu, etc.... Si donnons en mandement, etc.... Au reste, il est étonnant qu'on exige un titre exécutoire, pour que le créancier puisse requérir l'apposition du scellé; il me semble qu'un acte authentique auroit dû suffire. L'apposition des scellés est un acte purement conservatoire, et nullement d'exécution. Le créancier n'a pas même besoin d'un titre authentique pour faire une saisie-arrêt, qui est bien un acte d'exécution. A plus forte raison l'authenticité devroit-elle suffire pour autoriser l'apposition du scellé. Il est, au surplus, bien entendu qu'il n'est pas nécessaire d'attendre les huit jours exigés par l'article 877.

(8) *De non-présence.* L'article dit, *en cas d'absence.* Mais il est clair que, par ces mots, il faut entendre la simple non-présence, et non pas l'absence déclarée, ni même l'absence présumée.

PAGE 30.

(1) *Sans tuteur.* Donc, s'il y a un tuteur, légitime ou autre, le scellé ne peut être apposé d'office. La question étoit douteuse d'après l'article 819 du Code Civil : elle a été décidée par l'article 911 du Code de Procédure.

BIU Cujas

(2) *Y former opposition.* Pour les formalités de cette opposition, voir les articles 926 et 927 du Code de Procédure.

(3) *Ni permission du juge.* On n'exige ici ni titre, ni permission du juge, parce que le scellé étant une fois apposé, une opposition de plus ou de moins est un objet de peu d'importance; au lieu que l'apposition du scellé peut entraîner des frais et des délais considérables.

(4) *Depuis l'inhumation.* C'est pour donner le temps aux ayant-droit d'y former opposition: l'inhumation est le premier acte qui donne de la publicité au décès, et qui, par conséquent, avertit les tiers de prendre leurs précautions.

(5) *Qui alors*, comme en général, dans tous les cas où des non-présens sont intéressés dans une succession (Art. 113.); comme aussi, dans le cas où les intéressés demeurent hors de la distance de cinq myriamètres. (*Procéd.* art. 930.)

(6) *La levée du scellé.* Pour les formes à observer lors de la levée des scellés, voir les art. 928 à 940 du Code de Procédure.

(7) *Et sans crue.* Ces mots sont relatifs à un usage qui existoit avant le Code, et d'après lequel les effets mobiliers d'une succession devoient toujours, sauf quelques exceptions, être prisés dans l'inventaire au-dessous de leur juste valeur; et l'on appeloit *crue*, la différence qui existoit entre cette juste valeur et le prix de l'estimation. Cette différence varioit suivant les pays. A Paris, elle étoit du quart en sus de la prisée. Ainsi, des meubles estimés quatre cents francs, étoient censés en valoir cinq cents.

(8) *De l'ouverture de la succession.* Pour le surplus des formalités de l'inventaire, voyez les articles 941 à 944 du Code de Procédure. En général, l'inventaire doit être fidèle et exact. Nous verrons ci-après, que le successible qui a diverti des effets de la succession, ou qui a omis sciemment de les faire comprendre dans l'inventaire, est tenu pour héritier pur et simple, nonobstant toute renonciation ou déclaration de bénéfice d'inventaire; et que, s'il a des cohéritiers, il est privé, en outre, de toute part dans les objets divertis ou omis.

Nota. Aux termes de l'article 20, Tit. IX, Liv. I^er^, de l'Ordonnance de la Marine, les Consuls sont tenus de faire l'inventaire des biens et effets de ceux qui décèdent sans héritiers sur les lieux, et d'en charger le Chancelier au pied de l'inventaire, en présence de deux notables marchands, qui le signeront. Copie de l'inventaire doit être adressée au Ministre de la Marine, qui prendra les mesures convenables pour rendre public le décès, afin d'avertir les héritiers. (Argument tiré de l'article 60 du Code Civil.) *Voyez* VALIN, sur l'article précité de l'Ordonnance de la Marine.

(9) *Des trois mois ci-dessus*, quand même l'inventaire ne seroit pas terminé.

BIU Cujas

PAGE 31.

(1) *Aucune condamnation.* Si toutefois il oppose l'exception dilatoire, fondée sur ce qu'il est encore dans les délais pour délibérer : car l'on peut former contre lui toutes sortes de demandes; et il ne peut éviter la condamnation qu'en proposant l'exception. Si donc il ne la propose point, il pourra être condamné, même avant l'expiration des délais, comme héritier pur et simple; et, si le jugement venoit à passer en force de chose jugée, il seroit tenu de l'exécuter, nonobstant toute renonciation.

(2) *Légitimement.* Donc les autres frais sont à sa charge; *putà*, s'il s'est laissé condamner par défaut, et qu'après avoir formé opposition, il ait opposé l'exception, je pense que les frais du défaut ne doivent pas être à la charge de la succession.

(3) *En cas de poursuites.* Il n'a besoin de demander un nouveau délai, que quand il est poursuivi. Autrement, il est toujours à même de répudier, tant que la faculté de répudier n'est pas prescrite contre lui, ainsi qu'on va le voir.

(4) *En demander un nouveau.* Et si le nouveau délai est accordé pour faire inventaire, le délai de quarante jours, pour délibérer, ne courra que du jour de la clôture de l'inventaire, s'il a été terminé avant l'expiration de ce délai. (*Cod. de Procéd.*, art. 174.)

(5) *Soit des contestations survenues.* Ainsi, il peut arriver que le Tribunal accorde un nouveau délai, et que néanmoins l'héritier soit passible des frais. Si, par exemple, il est prouvé qu'il ne lui a pas été impossible de prendre une connoissance suffisante des forces de la succession, on pourra lui accorder un délai, qui ne préjudicie à personne, et cependant le condamner aux frais, qu'il auroit pu éviter en faisant plus de diligence.

(6) *Que par trente ans*, à compter de l'ouverture de la succession. Ceci peut présenter quelque difficulté; car, si l'héritier a laissé passer trente ans, sans prendre qualité, sera-ce la faculté de renoncer, ou celle d'accepter, qui sera prescrite, ou, en d'autres termes, sera-t-il présumé acceptant ou renonçant? L'on peut trouver dans les lois Romaines la réponse à cette question. Nous voyons, en effet, dans la loi 69, ff., *de adquir. vel omitt. hæred.*, que lorsqu'il y avoit substitution vulgaire, le substitué pouvoit demander au juge, qu'il fût fixé un délai dans lequel l'institué seroit tenu d'accepter ou de refuser la succession, et que, faute par l'institué d'avoir pris qualité dans ce délai, il étoit présumé renonçant, et la succession étoit dévolue au substitué. D'un autre côté, la loi 22, §. 14, *in fine*, Cod. *de Jure deliber.*, décidoit que, si l'héritier avoit demandé ce que les Romains appeloient *jus deliberandi*, c'est-à-dire, le délai pour délibérer, et qu'il n'eût pas renoncé avant l'expiration de ce délai, il étoit censé avoir accepté, à l'égard des créanciers de la succession, et il étoit tenu, en conséquence, de toutes les charges de l'héré-

BIU Cujas

dité. En appliquant ces principes à notre article, ne peut-on pas dire que l'héritier est, après le temps fixé pour la prescription, présumé acceptant ou renonçant, suivant l'intérêt de celui qu'il attaque, ou par qui il est attaqué. Si, pas exemple, l'héritier d'un degré postérieur s'est emparé de la succession, et que celui auquel elle étoit dévolue avant lui, vienne à réclamer après les trente ans, on lui opposera que la faculté d'accepter est prescrite; et il sera présumé renonçant. Mais si, au contraire, la succession est restée vacante, mais sans renonciation de la part de l'héritier, et qu'il soit assigné, après trente ans, par quelques créanciers de cette même succession, dont la créance ne soit pas prescrite, il ne pourra se faire décharger de la demande, en renonçant, parce qu'on lui opposera que la faculté de renoncer est prescrite. Il sera donc, dans ce cas, présumé acceptant; le tout sauf les suspensions de droit, en cas de minorité, par exemple, de sa part ou de ses ayant-cause.

Telle est la seule interprétation que je crois pouvoir donner à l'art 789: j'avoue, cependant, qu'entendu ainsi (et il ne peut l'être autrement), cet article se concilie difficilement avec le principe, que les actes de faculté ne sont pas susceptibles d'être prescrits (art. 2232). De ce que j'ai été cent ans sans bâtir sur mon terrain, on ne peut en conclure que j'ai perdu le droit d'y bâtir. Or, les actes dont il est question dans l'article 789, sont des actes de faculté, puisque l'article les nomme même ainsi. Il paroîtroit donc qu'ils ne devroient pas se prescrire. Cependant je pense qu'on auroit pu faire à cet égard une distinction. La faculté d'accepter donne nécessairement naissance à une action, savoir la pétition d'hérédité, qui doit être intentée contre ceux qui se sont emparés de la succession. Or, cette action, comme toutes les autres, doit se prescrire par trente ans, à compter du moment où elle est née, c'est-à-dire, à compter de l'ouverture de la succession. Ainsi, ce ne sera pas, si l'on veut, la faculté d'accepter, mais ce sera le droit de revendiquer, qui sera prescrit. Il résulteroit, au moins, de cette distinction, que si, par événement, quelque bien étoit resté vacant, l'héritier, en acceptant, même après trente ans, pourroit s'en mettre en possession. Mais quant à la faculté de renoncer, j'avoue qu'elle ne me paroît prescriptible sous aucun rapport. La renonciation ne produit point d'action, elle ne produit qu'une exception; et il est de principe que l'exception doit durer autant que l'action: *Temporaria ad agendum, perpetua ad excipiendum.* D'ailleurs, il peut résulter de cette disposition des inconvéniens graves. Un homme meurt dans la plus profonde misère; ses héritiers ne pensent même pas qu'il puisse exister une succession à accepter ou à répudier; et parce qu'ils auront resté trente ans dans cet état de tranquillité, ou si l'on veut, d'insouciance, ils se trouveront exposés à l'action indéfinie des créanciers du défunt, qui auront eu le bonheur de conserver leur action par des minorités, etc.! Encore une fois, cela peut être fort dangereux. Mais, au

BIU Cujas

surplus, la loi est claire; il est impossible de l'entendre autrement : il faut donc s'y conformer. Seulement, pour adoucir l'effet de cette disposition, qui est vraiment exorbitante du droit commun, l'on peut dire que la loi n'ayant pas distingué entre les deux espèces d'acceptation, rien n'empêchera l'héritier qui aura laissé prescrire la faculté de répudier, d'accepter sous bénéfice d'inventaire, et de se libérer, par là, de l'obligation d'acquitter les dettes de la succession sur ses biens personnels.

(7) *En qualité d'héritier pur et simple.* Mais s'il existoit un pareil jugement, l'héritier seroit-il privé de la faculté de renoncer, ou de se porter héritier bénéficiaire, à l'égard de tous les créanciers, ou seulement à l'égard de celui qui a obtenu le jugement? Anciennement l'on distinguoit : Si l'héritier avoit pris cette qualité dans la procédure, et que par suite de cette qualité, il eût été condamné, il étoit censé héritier à l'égard de tous; et je pense qu'il en seroit de même aujourd'hui. L'on peut dire dans ce cas qu'il a pris la qualité d'héritier dans un acte; ce qui suffit pour induire l'acceptation expresse. Mais si la contestation étoit précisément sur la question de savoir s'il avoit fait acte d'héritier ou non, et qu'il eût été condamné comme héritier, on tenoit qu'il ne devoit être réputé tel qu'à l'égard du créancier qui avoit obtenu la condamnation. D'autres prétendoient qu'il falloit distinguer si la condamnation avoit été contradictoire, ou par défaut; que dans le premier cas, le condamné étoit héritier à l'égard de tous; mais que, dans le second, il ne l'étoit qu'à l'égard du demandeur. *Quid juris* aujourd'hui? Ceux qui prétendent que l'héritier condamné doit être censé héritier à l'égard de tous, s'appuyent sur ce que la disposition de l'article 800 est conçue d'une manière générale :

« L'héritier conserve la faculté de se porter héritier bénéficiaire.... s'il « n'existe pas contre lui de jugement, etc. »

Donc, lorsqu'il existe un jugement, il a perdu cette faculté; donc il est héritier pur et simple. D'ailleurs, la qualité d'héritier étant indivisible, on ne peut pas être tout-à-la-fois héritier à l'égard de l'un, et ne pas l'être à l'égard de l'autre.

Mais l'on peut, à mon avis, répondre avec avantage, que l'axiome de droit, *res judicata, aliis neque prodesse, neque nocere potest*, axiome consacré par l'art. 1351 du Code, est d'une application tellement générale, qu'il semble que, pour l'abroger en ce qui concerne l'héritier, il auroit fallu une disposition plus formelle et plus expresse que celle de l'article 800. D'ailleurs, cet article exige formellement, pour que l'héritier soit réputé pur et simple, que le jugement qui le condamne en cette qualité, soit passé en force de chose jugée. Or, l'article 1351 décide que jamais un jugement ne peut acquérir la force de chose jugée, à l'égard d'autres personnes que de celles qui y ont été parties. Donc la condition exigée par l'article 800,

BIU Cujas

ne peut jamais se réaliser qu'à l'égard de celui-là seul, qui a obtenu le jugement de condamnation. Quant à l'argument tiré de l'indivisibilité de la qualité, il n'a rien de solide; il est certain, en effet, que, dans le cas où un individu a laissé plusieurs héritiers, qui sont assignés par un créancier de la succession, chacun pour leur part, il peut arriver que le créancier fasse juger à l'égard de l'un d'eux que la dette existe, et qu'il soit jugé à l'égard de l'autre, qu'elle n'existe pas; d'où il résultera que la même personne sera jugée tout-à-la-fois être, et n'être pas, créancière de la même dette; que même, sans sortir de la matière dont il s'agit, il peut arriver, que par un premier jugement il soit décidé contre un créancier, qu'une personne n'a pas fait acte d'héritier, et qu'il soit jugé le contraire avec un autre; que bien certainement, dans ce cas, le second jugement ne pourra anéantir l'effet du premier, ni être anéanti par lui : d'où il arrivera que les deux jugemens pourront subsister tout-à-la-fois, et que la même personne sera héritière à l'égard de l'un, et ne le sera pas à l'égard de l'autre. Je pense donc d'après cela que, dans l'espèce de l'article 800, l'héritier ne sera censé héritier pur et simple, qu'à l'égard du créancier qui a obtenu la condamnation. C'est aussi l'avis de POTHIER, dans son *Traité des Successions*.

Il est vrai que, lors de la discussion, l'on présenta un article qui la décidoit ainsi d'une manière formelle, et qu'il ne fut pas admis. Mais il faut observer que la plupart de ceux qui votèrent pour le rejet, se décidèrent uniquement parce qu'ils crurent que la même disposition résultoit clairement de l'article 1351, et qu'il étoit inutile de la répéter au Titre *des Successions*; en sorte que la non-admission de l'article proposé, bien loin d'affoiblir l'opinion que je viens d'émettre, ne fait que la confirmer davantage.

Nota. Je crois pouvoir citer en faveur de cette opinion, un arrêt de la Cour de Cassation, du 14 mars 1812, qui a jugé (et il paroît que cela se juge ainsi constamment à cette Cour), qu'un tribunal de première instance avoit pu statuer en dernier ressort sur la qualité d'héritier, lorsque la contestation étoit accessoire à une demande inférieure à la somme de mille francs. (SIREY, 1812; 1re partie, p. 325.) Or, l'on sent que cette décision seroit contre tous les principes, si un pareil jugement pouvoit profiter à d'autres qu'à celui qui l'a obtenu; car il en résulteroit qu'un tribunal de première instance statueroit en dernier ressort sur une qualité qui pourroit coûter deux à trois cent mille francs à l'une des parties; ce qui est inadmissible.

Mais quel seroit l'effet des jugemens obtenus contre l'héritier, et passés en force de chose jugée, dans le cas où il viendroit à renoncer par la suite? Il est certain que ces jugemens pourroient être exécutés contre lui et sur ses biens personnels, mais qu'ils n'auroient aucun effet à l'égard du curateur, ou de l'héritier du degré subséquent.

(8) *Au-delà de l'émolument.* Peut-on interdire à son héritier la faculté

BIU Cujas

d'accepter sous bénéfice d'inventaire? Il paroît qu'anciennement on tenoit la négative; et l'on en donnoit pour raison, que *privatorum pactionibus juri publico derogari non potest*, comme si le mode d'acceptation d'une succession pouvoit être une chose de droit public. Le bénéfice d'inventaire, ajoutoit-on, est un droit accordé par la loi à l'héritier; et le défunt ne peut l'en priver. Pur sophisme: le bénéfice d'inventaire est un droit, si l'on veut; mais c'est un droit de pure faculté, auquel on peut conséquemment renoncer, si on le juge convenable. Certainement la propriété est un droit, et un des plus sacrés. Qui doute cependant qu'un testateur ne puisse imposer à son héritier l'obligation de donner sa propre chose à une personne désignée? Et, d'ailleurs, n'étoit-il pas singulier que, dans l'ancien droit, l'on refusât au testateur le droit d'interdire à son héritier le bénéfice d'inventaire, et que, d'un autre côté, l'on donnât à un héritier plus éloigné, et qui offroit d'accepter purement et simplement, le droit d'exclure l'héritier plus proche, qui ne vouloit accepter que sous bénéfice d'inventaire? Je ne vois donc pas pourquoi le testateur ne pourroit pas imposer à son héritier cette condition, qui n'a rien de contraire aux bonnes mœurs, et à laquelle il peut avoir intérêt, puisqu'une acceptation sous bénéfice d'inventaire entache en quelque sorte sa mémoire. (Argument tiré de l'article 2146, qui assimile l'état d'une succession bénéficiaire à celui d'un homme en faillite.) Mais il faut en même temps que le testateur institue un légataire universel, pour le cas où son héritier légitime n'obéira pas à la condition; autrement, ce dernier ayant droit à la succession, *ex lege*, et indépendamment de la volonté du défunt, tant qu'il n'y a pas de disposition au profit d'une autre personne, pourroit désobéir impunément. (Rousseaud de La Combe, *verbo* Héritier, n°. 2, Montvallon, *des Successions*, chap. 4, art. 11, et argument tiré de la loi 114, §. 14, ff. *de Legatis*.) L'on voit, d'après cela, que, si les héritiers légitimes sont en même temps légitimaires, le testateur ne peut leur imposer d'autre peine, que de les priver du disponible.

Il est cependant un cas dans lequel la prohibition n'auroit aucun effet; ce seroit celui où l'héritier seroit mineur ou interdit; car, comme les successions échues à ces sortes de personnes ne peuvent, aux termes des articles 461 et 509, être acceptées autrement que sous bénéfice d'inventaire, la prohibition qui leur seroit faite d'accepter ainsi, devroit être regardée comme contraire aux lois, et, comme telle, réputée non écrite (Art. 900).

L'acceptation sous bénéfice d'inventaire met-elle la succession en état de faillite? La question est importante, ne fût-ce que relativement à l'art. 1188, qui déclare toutes les créances exigibles en cas de faillite. Je pencherois volontiers pour l'affirmative, et ce, par argument de l'article précité 2146, dans lequel l'état d'une succession bénéficiaire est entièrement assimilé à l'état d'un failli. Voyez aussi Montvallon, *des Successions*, chap. 4, art. 31.

BIU Cujas

Quid, si l'héritier est grevé de restitution, dans le cas où cette charge peut avoir lieu, le bénéfice d'inventaire obtenu par lui, profite-t-il aux appelés? je pense qu'oui; et c'étoit aussi l'opinion des anciens auteurs. (MONTVALLON, *des Successions*, chap. 4, art. 26; et DE CORMIS, tom. 2, col. 395.) Et en effet, à quoi bon obliger l'appelé de recommencer toutes les formalités du bénéfice d'inventaire, quand elles ont été remplies par le grevé?

(9) *Si fait n'a été.* Par conséquent, l'inventaire peut avoir lieu, soit avant, soit après la déclaration.

(10) *Un inventaire fidèle et exact.* Doit-il y appeler les créanciers? Seulement ceux qui ont formé opposition aux scellés. Quant aux autres, ils peuvent intervenir à l'inventaire; mais il est d'autant moins nécessaire de les appeler, qu'ils sont censés n'être pas connus.

Quid, si l'on n'a pas appelé les opposans? Je pense qu'il doit en résulter présomption de fraude, et que l'héritier pourroit être déclaré déchu du bénéfice d'inventaire.

Quid, si l'inventaire étoit irrégulier, mais par le fait du notaire; *putà*, s'il est incompétent, s'il a omis quelque formalité, exigée, à peine de nullité, par la loi sur le notariat? Je pense que, dans ce cas, s'il n'y a aucune fraude de la part de l'héritier, il doit être admis à recommencer l'inventaire.

PAGE 32.

(1) *Seroit déchu du bénéfice. Quid*, si c'est un mineur qui a recélé? Je pense qu'il en doit être de même, s'il est *doli capax*. Les dispositions pénales s'appliquent au mineur, toutes les fois qu'il est prouvé qu'il a agi avec discernement. (Art. 1310 du Code Civil, 66 et 67 du Code Pénal.)

(2) *De toute part.* L'article se sert du mot *part*, pour prouver que cette disposition ne peut avoir lieu, comme cela est évident, lorsque l'héritier qui a recélé, est unique, et n'a conséquemment aucun partage à faire avec qui que ce soit.

(3) *Des fautes graves.* Je ne crois pas qu'il faille entendre par là, la faute lourde des Romains; *culpa lata*, *quæ dolo æquiparatur*. Et, en effet, nous voyons que dans le dépôt, même lorsqu'il est supposé fait uniquement dans l'intérêt du déposant, le dépositaire est tenu d'apporter à la garde du dépôt le même soin qu'il apporte à ses propres affaires. Je ne pense pas que l'héritier bénéficiaire doive être traité plus favorablement. C'est, au surplus, la décision de la loi 25, §. 16, ff. *Familiæ ercisc.*

Mais pourquoi l'héritier bénéficiaire n'est-il tenu que de cette espèce de soin, tandis qu'en général, ceux qui gèrent les affaires d'autrui, sont tenus de *culpâ levissimâ*, ou au moins de *culpâ levi?* (§. 1, Instit. *de Obligat. quæ quasi ex contr. nascuntur*, et dans notre droit, art. 1999.) C'est parce que, dans ces textes, il est question du mandataire ou du *Negotiorum gestor*,

BIU Cujas

qui, n'ayant aucun intérêt dans l'affaire, pouvoient ne pas s'en charger. Lors donc qu'ils ont entrepris la gestion, ils doivent y apporter tous les soins possibles. L'on ne peut en dire autant de l'héritier bénéficiaire : il a eu une raison pour prendre l'administration, et une raison tirée de son propre intérêt, c'est parce qu'il a espéré qu'il y auroit un reliquat qui lui appartiendroit : *causam habuit gerendi*, dit la loi précitée, ff. *Familiæ ercisc.*

C'est même parce que l'héritier bénéficiaire est censé faire sa propre affaire, en gérant celles de la succession, qu'il ne doit point être regardé comme le mandataire des créanciers ; mais bien comme leur débiteur, sauf qu'il ne peut être tenu à leur égard *ultrà vires*. En conséquence, les créanciers peuvent faire des saisies-arrêts sur lui, entre les mains des débiteurs de la succession. *Sic* jugé en Cassation, le 8 décembre 1814. (Sirey, 1815; 1re. part., pag. 153.)

L'héritier bénéficiaire seroit-il tenu, sur ses propres biens, des frais des procès qu'il a soutenus et perdus, soit en demandant, soit en défendant? L'article 132 du Code de Procédure décide l'affirmative, dans le cas où l'héritier a compromis les intérêts de son administration ; ce qui laisse la décision du fait à l'arbitrage du juge.

(4) *En abandonnant.* Cet abandon est-il une renonciation? Non, sans doute : *semel heres, semper heres.* Le bénéfice d'inventaire n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers et des légataires, et n'en a point à l'égard des autres héritiers, relativement auxquels il n'y a aucune différence entre l'héritier bénéficiaire, et l'héritier pur et simple. L'abandon dont il s'agit ici, est une espèce de cession des biens de la succession. Dans la cession ordinaire, le débiteur reste toujours débiteur, quoique les créanciers ne puissent plus le poursuivre ; de même, ici, l'héritier est toujours héritier, quoique les créanciers et les légataires ne puissent plus le poursuivre : et, en effet, si, par l'effet d'un événement imprévu, la succession devenoit tout-à-coup avantageuse, l'héritier n'auroit-il pas le droit de prendre ce qui resteroit après le payement des dettes des legs? Qui pourroit, en effet, le lui contester? Ce ne pourroit être les créanciers ni les légataires; nous les supposons entièrement acquittés. Seroit-ce ses cohéritiers, ou les héritiers d'un degré ultérieur? Ce n'est pas à eux que l'abandon a été fait; c'est, à leur égard, *res inter alios acta.* La renonciation se fait sur un registre public, ouvert à tout le monde, parce qu'elle profite à tous ceux qui ont intérêt. L'abandon se fait par acte signifié à parties, ou passé entr'elles; il ne peut, par conséquent, profiter qu'à ceux à qui il est fait.

Au surplus, la question peut être importante, non-seulement à cause des événemens qui peuvent rendre la succession avantageuse, mais encore à cause du rapport dont l'héritier, même bénéficiaire, est tenu envers ses cohéritiers, et dont il seroit dispensé, s'il avoit renoncé.

Cette doctrine, qui est celle de Pothier, de Basnage, sur l'article 89 de la

BIU Cujas

Coutume de Normandie, et de BACQUET, *Des droits de Justice*, Chap. 15, n°. 34, est attestée par un acte de notoriété du Châtelet de Paris, du 28 mars 1713, et par trois arrêts du Parlement de Paris, l'un du 20 avril 1682, rapporté au Journal des Audiences, et les deux autres, des 2 septembre 1755, et 23 juillet 1756, rapportés tous les deux dans l'ancien DENISART, le premier au mot *Renonciation*, n°. 22, et le second au mot *Bénéfice d'inventaire*, n°. 29.

Il a été jugé, dans le même sens, à la Cour Royale de Paris, le 26 décembre 1815. (SIREY, 1816; 2e. partie, page 41.) Cependant, je ne dois pas dissimuler qu'il a été jugé en sens contraire, à Lyon, le 14 mai 1813 (*Ibid*, 1813; 2e. partie, page 344), et en Cassation le 6 juin 1815 (*Ibid* 1815; 1re. partie, page 319); mais, quant à ce dernier arrêt, il s'agissoit de l'intérêt des créanciers, à l'égard desquels cet abandon peut être entièrement comparé à une renonciation. Quoi qu'il en soit, je n'en persiste pas moins dans l'opinion que je viens d'établir, et qui me paroît la seule conforme aux principes.

Que deviennent les biens abandonnés? C'est aux créanciers à s'arranger à l'amiable, ou en justice, pour les faire gérer comme bon leur semblera, ou comme la justice aura ordonné.

Quid, s'ils sont plusieurs héritiers bénéficiaires, et que quelques-uns seulement fassent l'abandon? il n'aura d'effet que pour leur part. *Sic* jugé, avec raison, à Douai, le 29 juillet 1816. (SIREY, 1817; 2e. partie, pag. 168.)

(5) *Tous les biens de la succession*; c'est-à-dire, qui appartenoient au défunt au moment du décès: il n'est donc pas tenu de leur abandonner;

1°. Les biens qui lui ont été donnés entre-vifs, quoiqu'il soit tenu de les rapporter à ses cohéritiers;

2°. La part qu'il prend dans les objets rapportés par ses cohéritiers eux-mêmes;

3°. Enfin, la part qu'il prend dans les objets provenant du retranchement des donations entre-vifs, qui excèdent la portion disponible. (Art. 921.)

Aucun de ces objets ne fait partie de la succession.

De même, si l'héritier a vendu ses droits à un tiers, il n'est pas obligé de tenir compte aux créanciers de ce qu'il a reçu pour prix de la vente.

Enfin, si le défunt a péri de mort violente, et que, par suite des poursuites dirigées par l'héritier contre les meurtriers, il ait obtenu des réparations civiles, nous avons vu ci-dessus, note (8) de la page 25, que les créanciers ne peuvent lui en demander compte.

L'héritier est-il obligé d'abandonner les augmentations, même extrinsèques, survenues aux biens de la succession; *putà*, les alluvions, les îles formées dans les rivières? Je pense que oui. Il seroit contre l'équité qu'il retînt aucun profit de la succession, et qu'il fût dispensé d'en payer les dettes. *Quid*, à l'égard du trésor trouvé dans le fonds de la succession? S'il le trouve lui même, il doit restituer seulement la moitié qu'il a eue comme propriétaire; l'autre moitié est

BIU Cujas

un gain provenant de son industrie, et non *ex re hereditariâ*. Si le trésor a été trouvé par un autre, il doit rendre la moitié qu'il a reçue comme propriétaire.

(6) *Et des immeubles*. L'héritier bénéficiaire pourroit-il se rendre adjudicataire des biens de la succession? Je pense qu'il faut distinguer : Si les biens sont vendus à la requête des créanciers, ou même à la requête de l'héritier, mais les créanciers présens ou dûment appelés, je pense qu'il peut se rendre adjudicataire; il n'y a point à craindre de collusion; les créanciers sont là pour y veiller. *Nec obstat* que nul ne peut être à-la-fois vendeur et acheteur; car l'héritier qui a pris le bénéfice d'inventaire, *sustinet duas personas*. Comme héritier, il est le représentant du défunt, la continuation de sa personne; mais, au moyen du bénéfice d'inventaire, il est en même temps personne étrange, ne confondant point son patrimoine avec celui du défunt, conservant le droit de faire valoir ses créances contre la succession, etc. Il peut donc vendre comme héritier, et acheter comme tout autre étranger. Mais si les créanciers n'ont pas été appelés à l'adjudication, je ne pense pas que l'héritier puisse acquérir. (Argument tiré de l'art. 1596.) Ce n'est pas qu'il n'y ait la même raison; mais c'est que, dans ce cas, la fraude seroit trop à craindre; il seroit trop aisé à l'héritier d'écarter les enchérisseurs. On dira peut-être que, lors du purgement, les créanciers pourront surenchérir. Mais, d'abord, les formalités de la surenchère sont extrêmement rigoureuses; rien de si facile que d'encourir une nullité : et, d'ailleurs, cette raison ne pourroit s'appliquer aux créanciers chirographaires, qui n'ont pas le droit de surenchérir.

Nota. Toutes les affaires relatives à ces sortes de ventes doivent être portées devant le tribunal du lieu de l'ouverture. (*Procéd*. 987.)

(7) *A peine d'être réputé héritier pur et simple*. Donc les ventes sont valables, puisque la qualité d'héritier bénéficiaire, qui auroit pu laisser quelque doute sur leur validité, est éteinte, et qu'il ne lui reste plus que celle d'héritier pur et simple, qui lui donne la pleine propriété des biens de la succession (*Voyez* la note (2) de la page suivante); le tout, sauf le droit des créanciers contre l'acquéreur, soit par l'action hypothécaire, s'ils ont rempli les formalités prescrites pour conserver leur privilége sur les biens de la succession, conformément à l'article 2111, soit par la Paulienne, s'il y a eu fraude, et s'il est prouvé que l'acquéreur y a participé.

On a jugé, à Paris, le 22 février 1814 (Sirey, 1814; 2e. partie, pag. 384), que l'héritier bénéficiaire, qui compromet sur les affaires de la succession, fait acte d'héritier pur et simple. On s'est pourvu contre cet arrêt, et le pourvoi a été rejeté le 20 juillet 1814 (*Ibid*., 1815; 1re. partie, pag. 32.) Et en effet, le compromis est généralement regardé comme un acte de disposition.

En doit-il être de même, à l'égard de celui qui a hypothéqué les immeubles de la succession pour ses dettes personnelles? La raison de douter se tire de ce qu'il ne paroît pas que cette hypothèque puisse préjudicier aux créanciers de la

BIU Cujas

succession, même chirographaires, qui, en demandant la séparation des patrimoines, et prenant inscription dans les six mois de l'ouverture de la succession, priment tous les créanciers de l'héritier, inscrits avant eux. Si donc l'héritier, en consentant cette hypothèque, n'a porté préjudice à personne, l'on ne voit pas pourquoi on lui imposeroit la peine d'être réputé héritier pur et simple. Mais l'on peut répondre : 1°. Qu'il n'est pas exact de dire que cette hypothèque ne préjudicie pas aux créanciers chirographaires de la succession; puisque, pour se garantir de ses effets, ils sont obligés de demander la séparation des patrimoines, et de s'inscrire dans les six mois; 2°. que la qualité d'héritier pur et simple, imposée dans certains cas à l'héritier bénéficiaire, doit être regardée, moins comme une peine, que comme l'effet d'une renonciation présumée faite par lui, au bénéfice d'inventaire; renonciation résultant d'un fait qui suppose nécessairement l'intention d'accepter purement et simplement, et qui ne peut avoir lieu que de la part du propriétaire. Or, de ce genre est bien certainement l'hypothèque.

(8) *Dépréciation et détérioration.* Ces deux mots diffèrent, en ce qu'une chose peut être dépréciée sans être détériorée. Un meuble étoit fort à la mode au moment de l'ouverture de la succession : si l'héritier l'eût vendu à cette époque, il en eût tiré un bon prix. Il ne l'a pas vendu; la mode est passée; le meuble est déprécié, quoiqu'il ne soit pas détérioré; et l'héritier sera tenu de la dépréciation.

(9) *Sans autorisation préalable.* (*Avis du Conseil-d'Etat, approuvé le* 11 *janvier* 1808, Bulletin, n°. 2946.) Mais comment doit être accordée cette autorisation ? Probablement sur requête présentée au tribunal, qui ordonnera, s'il le juge convenable, que les créanciers seront appelés.

(10) *De leurs priviléges et hypothèques.* L'article 806 du Code Civil portoit que l'héritier étoit tenu de déléguer le prix des immeubles vendus, aux créanciers hypothécaires qui s'étoient fait connoître. A cette époque, la loi sur les hypothèques n'étoit pas encore faite : l'on ignoroit si l'on rétabliroit les dispositions de l'édit de 1771, ou si l'on conserveroit le système de la loi de brumaire. Aussi, le Code de Procédure, promulgué postérieurement à l'adoption du nouveau régime hypothécaire, a-t-il modifié l'article 806, comme il est dit dans le texte.

(11) *Par contribution.* Pour les formalités de cette contribution, voyez les art. 656 à 672 du Code de Procédure.

(12) *Entre les créanciers opposans*, sauf le cas où, parmi les opposans, il y auroit des créanciers privilégiés, lesquels doiventêtre payés de préférence, (Art. 2101 et 2102.)

(13) *A mesure qu'ils se présentent.* En cas de concurrence d'un créancier et d'un légataire, le créancier doit être préféré, puisqu'il auroit, au moins pendant un certain temps, le droit de répétition, même contre le légataire.

BIU Cujas

(14) *Si les créanciers.* Est-il nécessaire que cette caution soit demandée par tous les créanciers, ou au moins par la majorité ? Non. Un seul peut l'exiger, mais dans son intérêt seulement. (*Cod. de Procéd.*, art. 992.)

(15) *Bonne et solvable caution.* Pour les formes à suivre relativement à la demande et à la réception de cette caution, voyez les articles 992, 993 et 994 du Code de Procédure. Mais, si l'héritier est propriétaire d'immeubles libres, je pense qu'il suffira qu'il consente une hypothèque sur ses biens; il y a encore plus de sûreté dans l'hypothèque que dans la caution. D'ailleurs, cela semble résulter formellement de l'article 2041. Il est vrai, que le contraire paroît avoir été jugé, à Paris, le 28 janvier 1812 (Sirey, 1812; 2e. partie, pag. 445); mais je n'en persiste pas moins dans mon opinion. D'ailleurs, dans l'espèce de cet arrêt, l'héritier se disoit bien propriétaire d'immeubles : mais rien n'annoncoit qu'il offrît de les hypothéquer.

(16) *Et aux légataires.* Aussi non payés. Ceux qui sont payés, n'ont point d'intérêt. (*Voir*, pour les formalités de ce compte, les articles 995, et 527 à 542 du même Code de Procédure.)

Page 33.

(1) *Et suffisamment justifiées*, par écrit ou autrement.

Mais si tout l'actif de la succession est absorbé par les dettes et les legs, pourra-t-il demander quelqu'indemnité pour les peines et soins de son administration, au-delà de ses dépenses légitimes ? Non sans doute. Nous avons déjà fait observer qu'il n'a pas géré les affaires des créanciers et des légataires, mais les siennes propres. C'est même pour cela qu'il n'est pas tenu des mêmes fautes que le mandataire. Il a consenti à accepter bénéficiairement, et à gérer en conséquence les affaires de la succession, uniquement dans son intérêt, et parce qu'il espéroit un reliquat. C'est une chance qu'il a courue. Si elle n'a pas eu de succès, il ne peut s'en prendre à personne, et ne peut réclamer, à raison de ce, aucune indemnité.

(2) *De ses créances*, lesquelles, sans le bénéfice d'inventaire, auroient été éteintes par la confusion. (Art. 1300.) Je ne pense pas, d'après cela, que l'on doive adopter la décision d'un arrêt de la Cour de Riom, en date du 13 décembre 1807, rapporté dans Sirey, 1813, 2e. partie, pag. 332; lequel a statué que l'héritier bénéficiaire étant tenu de l'exception de garantie, ne pouvoit revendiquer ses propres immeubles, aliénés par son auteur. Les actions ne se confondant pas, nul doute qu'il ne puisse revendiquer, et renvoyer les aquéreurs à se pourvoir contre la succession, pour leurs dommages-intérêts. Et il a été en effet jugé dans ce sens par la Cour de Cassation, le 1er. décembre 1812. (Sirey, 1814; 1re. partie, pag. 159.)

L'héritier pourroit également, s'il étoit créancier hypothécaire du défunt, poursuivre hypothécairement les détenteurs des biens affectés à son hypo-

BIU Cujas

thèque, et aliénés par le défunt, sauf à ceux-ci à se pourvoir en garantie contre la succession bénéficiaire. En un mot, on ne pourroit lui opposer la règle, *eum quem de evictione*, etc., pour aucun des actes qui auroient pu être passés à son préjudice par le défunt.

De la disposition de l'article 802, combinée avec l'article 2146, la Cour Royale de Paris a conclu que, dans le cas d'une succession bénéficiaire, il y avoit séparation des patrimoines de plein droit, et que les créanciers de la succession n'avoient pas besoin, pour conserver leur privilége à l'égard des créanciers de l'héritier, de demander cette séparation, ni de remplir la formalité prescrite par l'article 2111, c'est-à-dire, de prendre inscription dans les six mois. (Arrêt du 20 juillet 1811; Sirey, 1811, 2e. part., pag. 385.) Je ne puis adopter cette décision. En effet, il ne faut pas perdre de vue que le bénéfice d'inventaire, et toutes ses suites, ont été introduits uniquement en faveur de l'héritier, et dans son intérêt;

Que les patrimoines sont, à la vérité, séparés, mais à l'égard de l'héritier seulement, qui peut faire cesser cette séparation d'un moment à l'autre, soit en acceptant purement et simplement, soit en commettant sciemment des inexactitudes dans l'inventaire, soit enfin en n'observant pas les formalités prescrites pour la vente des meubles ou des immeubles de la succession;

Que cette espèce de séparation diffère essentiellement de celle qui est demandée par les créanciers, laquelle a lieu sans le fait de l'héritier, malgré lui, et dont il ne peut empêcher ni modifier l'effet;

Que la succession, quoique acceptée bénéficiairement, n'en est pas moins devenue, sous presque tous les rapports, le patrimoine de l'héritier, puisque tous les auteurs décident que, quand il gère les affaires de la succession, il est censé gérer ses propres affaires;

Qu'il est tellement propriétaire, que la vente faite par lui, même des immeubles de la succession, et sans aucune espèce de formalités, est valable; et que les acquéreurs ne peuvent être inquiétés, s'il n'y a pas de fraude de leur part. En supposant que cette proposition pût paroître douteuse, d'après l'article 806 du Code Civil, qui porte qu'*il ne peut vendre les immeubles que dans les formes, etc.*, ce qui sembleroit établir dans sa personne une incapacité légale, dont l'effet seroit d'annuller les ventes faites au mépris de ces dispositions, l'on doit dire que le Code Civil a été modifié en cela par l'article 988 du Code de Procédure, qui se contente de dire que *l'héritier bénéficiaire sera réputé héritier pur et simple, s'il a vendu des immeubles sans se conformer aux règles, etc.*;

Que cet article ne dit pas qu'*il pourra être réputé, etc.*; ce qui sembleroit laisser aux créanciers le choix, ou de faire annuller les ventes, ou de faire déclarer l'heritier pur et simple: mais qu'*il sera réputé héritier pur et simple, ipso jure*, et à l'égard de tous; qu'en cette qualité, il est en-

BIU Cujas

tièrement propriétaire des biens de la succession, et qu'il a pu en conséquence les aliéner valablement.

Il n'est donc pas exact de dire que, par le bénéfice d'inventaire, la séparation des patrimoines existe de plein droit, et à l'égard de tous, et qu'elle a non-seulement les mêmes effets que celle qui est demandée par les créanciers, mais en outre celui de les dispenser de prendre inscription.

On oppose l'article 2146, qui seroit, dit-on, en pleine contradiction avec l'article 2111, si ce dernier article étoit applicable aux successions bénéficiaires. En effet, dit-on, l'article 2146 déclare nulles et sans effet, les inscriptions prises par les créanciers d'une succession bénéficiaire, depuis son ouverture; pourquoi donc les obligeroit-on, aux termes de l'article 2111, de prendre, dans les six mois, à compter de ladite ouverture, une inscription qui ne peut produire aucun effet? Deux mots vont faire disparoître cette objection et cette prétendue contradiction. En effet, l'artiele 2146 ne dit pas que les inscriptions prises par les créanciers d'une succession bénéficiaire, depuis son ouverture, seront absolument sans effet; mais, ce qui est bien différent, qu'elles seront sans effet *entre lesdits créanciers :* ce qui indique qu'elles pourront avoir effet à l'égard d'autres personnes. Et, d'un autre côté, l'article 2111 dit que, dans le cas de séparation des patrimoines, les créanciers de la succession conserveront leur privilége *à l'égard des créanciers de l'héritier*, par une inscription prise dans les six mois: ce qui détruit toute contradiction entre les deux articles. Un exemple fera encore mieux comprendre cette explication.

Pierre meurt, laissant une succession embarrassée. Presque tous ses créanciers sont chirographaires; un seul, Paul, est hypothécaire, mais non inscrit. L'héritier accepte sous bénéfice d'inventaire. Les créanciers de la succession demandent la séparation des patrimoines, et s'inscrivent dans les six mois. Si la succession étoit acceptée purement et simplement, l'inscription de Paul auroit pour effet de donner rang à son hypothèque, et par conséquent de lui assurer la préférence sur les autres créanciers de la succession; mais elle n'aura point cet effet, si la succession est acceptée bénéficiairement, parce que l'article 2146 décide que, dans ce cas, les inscriptions, prises depuis l'ouverture de la succession, n'ont aucun effet entre les créanciers de ladite succession. Mais s'ensuit-il de là qu'elle sera entièrement inutile? Non, sans doute; car, aux termes de l'article 2111, elle aura pour effet de conserver le privilége de Paul à l'égard des créanciers de l'héritier, et d'empêcher qu'il ne soit primé par ceux de ces créanciers dont l'inscription seroit antérieure à la sienne. Ainsi, tous les créanciers de la succession, inscrits dans les six mois depuis l'ouverture, seront préférés aux créanciers de l'héritier, aux termes de l'article 2111; mais ils viendront par contribution entre eux, sans que Paul puisse prétendre aucune préférence, à raison de son hypothèque,

BIU Cujas

aux termes de l'article 2146. Certes, il n'y a là aucune contradiction ; et il est impossible de voir, dans ce dernier article, rien qui puisse dispenser les créanciers de la succession, de l'obligation de prendre inscription dans les six mois, pour conserver leur privilége à l'égard des créanciers de l'héritier.

D'ailleurs, quels inconvéniens ne résulteroient pas du système de la Cour de Paris ? Il est possible que l'héritier bénéficiaire soit huit, dix ans, sans rendre son compte ; que, pendant ce temps, il ait administré tous les biens de la succession, comme s'il en étoit propriétaire ; qu'il ait fait des dettes ; que l'on ait obtenu contre lui des jugemens ; que, par suite de ces jugemens, il ait été pris des inscriptions sur les immeubles de la succession, qui sont présumés lui appartenir ; et les créanciers de cette même succession, qui seront restés tranquilles, par négligence ou autre motif, pendant un intervalle de temps considérable, viendront, par une inscription tardive, prise peut-être vingt ans après l'ouverture, primer tous les créanciers de l'héritier ! Un pareil résultat est trop contraire au système hypothécaire actuel, pour qu'il puisse être admis.

Mais allons plus loin, et supposons dans la même espèce que, un an ou deux après l'ouverture de la succession, l'héritier bénéficiaire vienne à faire un acte qui, aux termes du Code de Procédure, doive le faire réputer héritier pur et simple. Les six mois accordés par l'article 2111, aux créanciers de la succession, pour conserver leur privilége par l'inscription, seront écoulés. Il en résultera donc que tous les créanciers de l'héritier, inscrits avant eux, leur seront préférés, puisqu'au moyen de l'extinction du bénéfice d'inventaire, la séparation qui avoit lieu, dit-on, de droit, n'existe plus. Comment peut-on dire, après cela, que le bénéfice d'inventaire les dispense de prendre inscription dans les six mois ?

Je pense donc que la disposition de l'article 2111 est applicable au cas où la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire, comme au cas où l'acceptation est pure et simple.

(3) *Le curateur à la succession vacante.* (*Voyez* ci-après, sect. III.)

(4) *Sur ses biens personnels.* Observez qu'il faut entendre ici par biens personnels de l'héritier, tout ce qui n'est pas mis au nombre des biens dont l'héritier doit compte aux créanciers. (*Voyez* ci-dessus, la note (5) de la page précéd.)

Il résulte du principe posé ici, que si, en qualité d'héritier bénéficiaire, et par suite d'une erreur de fait, il a payé au-delà des forces de la succession, il peut répéter l'excédant contre ceux auxquels il a fait les derniers payemens. Car il est vrai de dire qu'il a payé alors ce qu'il ne devoit pas, même naturellement.

(5) *Des dettes et charges.* L'on entend ordinairement par *dettes* d'une succession, celles qui étoient dues par le défunt ; et par *charges*, les dettes

BIU Cujas

de la succession, qui n'ont jamais été dues par le défunt, comme les frais funéraires, les frais de scellé, etc., et les legs.

L'héritier a-t-il besoin du bénéfice d'inventaire pour n'être pas tenu des legs au-delà de l'émolument? On pensoit anciennement qu'une personne pouvoit s'engager au-delà de ce qu'elle a de bien, mais qu'elle ne pouvoit donner au-delà; qu'en conséquence, l'héritier, même pur et simple, n'étoit jamais tenu des legs au-delà des forces de la succession, justifiées par un inventaire. *Quid juris* dans le droit actuel? Nous avons déjà démontré que l'article 783 paroissoit décider que l'héritier est tenu des legs *ultrà vires*. On peut tirer la même conséquence de notre article, puisqu'il dit qu'un des effets du bénéfice d'inventaire est que l'héritier n'est tenu du payement des dettes de la succession, que jusqu'à concurrence des biens qu'il a recueillis. Or, par ce mot *dettes*, l'article entend ici même les legs, puisqu'il dit, une ligne plus bas, que l'héritier peut se décharger du payement des *dettes*, en abandonnant les biens de la succession aux créanciers et *aux légataires* Donc, par le mot *dettes*, l'article entend les créances et les legs; donc, si l'effet du bénéfice d'inventaire est, que l'héritier n'est tenu des dettes et des legs que jusqu'à concurrence des biens qu'il a recueillis, il faut en conclure que, s'il ne prend pas ce bénéfice, il est tenu, *ultrà vires*, des dettes et des legs; savoir, des dettes, comme représentant la personne du défunt; et des legs, non pas en la même qualité, puisque les legs n'ont jamais été dus par le défunt, mais en vertu du quasi-contrat d'adition d'hérédité, qui produit, comme tous les contrats et quasi-contrats, une obligation personnelle. Or, il est de principe que l'obligation personnelle frappe tous les biens présens et à venir de l'obligé. (Art. 2092.) Cela paroît d'ailleurs juste. Le légataire qui a vu la succession acceptée purement et simplement, a dû la croire bonne; il n'a pris en conséquence aucune précaution pour s'assurer si l'inventaire a été exact, si les biens ont été administrés fidèlement, si les ventes ont été régulièrement faites, si les créances n'étoient pas simulées, etc. Il a suivi, en tout cela, la foi de l'héritier; c'est à celui-ci à s'imputer de n'avoir pas pris le moyen que la loi lui offroit, pour décharger ses biens personnels de toute responsabilité.

On peut d'ailleurs tirer avantage, en faveur de cette opinion, de l'art. 809, portant que, dans le cas où la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire, les créanciers non payés n'ont de recours contre les légataires qui ont reçu le montant de leurs legs, que pendant trois ans, à compter du jour du payement du reliquat. Or, maintenant, supposons que, dans une succession acceptée purement et simplement, il survienne, après le payement de tous les legs, de nouvelles créances, inconnues jusqu'alors, et qui absorbent, et au-delà, l'actif de la succession. Il est certain que, si les legs sont dus seulement *intrà vires*, alors, dans l'hypothèse que nous venons d'établir, les légataires qui ont reçu leurs legs en totalité, ont reçu ce qui ne leur étoit pas dû,

BIU Cujas

L'héritier aura donc contr'eux l'action dite *condictio indebiti*, pour se faire rendre ce qu'il leur a payé de trop; et, aux termes de l'article 2262, cette action doit durer trente ans. Or, peut-on supposer que la loi qui, dans le cas du bénéfice d'inventaire, n'accorde que trois ans aux créanciers, bien plus favorables que les héritiers, accordera trente ans à ces derniers pour la répétition? Cependant, il faut, ou que l'héritier n'ait point de recours, ou qu'il l'ait pendant trente ans. Or, cette dernière hypothèse est inadmissible, sur-tout dans le système actuel, qui tend à pourvoir, autant que possible, à la sécurité des possesseurs. Il faut donc tenir que l'héritier n'aura pas de recours; que, conséquemment, les légataires n'ont reçu que ce qui leur étoit dû, et que l'héritier étoit tenu des legs *ultrà vires*.

Quant au principe, qu'on ne peut donner au-delà de ses biens, il n'est rien moins qu'exact. Si un homme, dont le passif est à-peu-près égal à l'actif, fait un acte, par lequel il se reconnoît, à titre de donation, débiteur d'une somme de deniers, envers un individu, certainement le donataire viendra figurer parmi ses créanciers, soit à son rang, s'il a une hypothèque inscrite, soit par contribution avec les autres créanciers; sauf aux créanciers à en demander la révocation, aux termes de l'article 1167, si elle a été faite en fraude ou au préjudice de leurs droits. Or, si le principe que l'on oppose étoit vrai, la donation seroit nulle de plein droit, et il suffiroit aux parties intéressées de prouver, qu'à l'époque où elle a été faite, les biens du donateur étoient à peine suffisans pour payer ses dettes.

Enfin, quant à l'article 1017, cité par un auteur en faveur de l'opinion contraire, il est évident qu'il n'a aucun trait à la question. Cet article accorde aux légataires une hypothèque légale, et il décide qu'ils ne pourront l'exercer que sur les immeubles de la succession. Cela étoit tout simple. Mais, de ce que les légataires n'ont pas d'hypothèque sur les biens de l'héritier, doit-on en conclure qu'ils n'ont pas d'action personnelle à exercer contre lui?

La décision ci-dessus s'appliqueroit-elle aux légitimaires? Je ne le pense pas; la loi, en leur donnant le droit de demander la réduction des legs qui excèdent la portion disponible, ne les assujettit à aucune formalité qu'à celle de constater la masse des biens. (Art. 912.) Or, cette constatation peut avoir lieu par un inventaire, sans qu'il soit nécessaire de recourir au bénéfice d'inventaire. D'ailleurs, il est de principe que le légitimaire qui n'a reçu que le montant de sa légitime ou réserve, n'est pas sujet à l'action des légataires. (Art. 1009 et 1013.) Donc, toutes les fois qu'il justifie légalement, c'est-à-dire, par un inventaire, que ce qu'il a pris n'excède pas cette réserve, les légataires n'ont aucun recours à exercer contre lui.

(6) *Contre les légataires payés*, et non contre les créanciers, ni contre l'héritier; les légataires *certando de lucro captando*, et les créanciers *de damno vitando*. Or, il est de principe que *potior est causâ eorum qui certant*

BIU Cujas

de damno vitando, quàm eorum qui certant de lucro captando. Mais faut-il conclure de la manière dont l'article 809 est rédigé, que les créanciers non-opposans, qui se présentent avant l'apurement du compte, auront un recours contre les créanciers payés? Non, sans doute, quand même ils seroient privilégiés; *jura vigilantibus prosunt.* C'étoit à eux à se faire connoître par l'opposition. D'ailleurs, tous les créanciers *certant de damno vitando.* Ils sont donc tous *in pari causâ*, et *tunc melior est conditio possidentis.* Et ce qui le prouve, c'est que, dans le projet, il y avoit une disposition formelle qui accordoit aux créanciers privilégiés un recours contre les créanciers non privilégiés qui auroient été payés à leur préjudice; et cette disposition a été supprimée à la rédaction. D'ailleurs, le principe a été formellement consacré par l'article 513 du Code de Commerce, qui, dans le cas de faillite, refuse tout recours contre les répartitions consommées, aux créanciers qui n'ont pas comparu dans les délais fixés.

Quant à l'argument que l'on pourroit tirer de la manière dont l'article est rédigé, il faut bien prendre garde qu'en général, les articles 793 à 810 du Code s'occupent uniquement des droits et des obligations de l'héritier bénéficiaire, à l'égard des créanciers de la succession, et nullement des droits respectifs des créanciers entre eux, lesquels sont réglés par les lois spéciales de la matière, et notamment par la loi sur les hypothèques et les priviléges. En conséquence, l'art. 809 a voulu dire seulement, qu'une fois le compte apuré, et le reliquat payé, l'héritier est déchargé de toute responsabilité envers les créanciers non opposans, qui n'ont de recours à exercer que contre les légataires, tandis qu'avant l'apurement du compte, ils avoient, et une action contre l'héritier, et un recours subsidiaire contre les légataires.

Il reste encore à observer dans le même article une légère inexactitude de rédaction. Le deuxième alinéa commence par ces mots, *dans l'un et l'autre cas;* ce qui suppose que l'on vient d'énoncer deux cas différens, tandis que l'alinéa précédent ne parle évidemment que d'un seul cas. Mais cela s'éclaircit par la discussion. L'on voit, en effet, dans le projet, qu'après la première disposition, qui a été conservée, et qui forme le premier alinéa de l'article 809, il en étoit une seconde, comme nous venons de le dire, qui permettoit aux créanciers qui se présenteroient avant l'apurement, d'exercer un recours contre les créanciers qui auroient été payés à leur préjudice; ce qui faisoit réellement un second cas. L'on a supprimé cette seconde disposition, et l'on a, par inadvertance, laissé subsister ces mots, *dans l'un et l'autre cas.*

(7) *Pendant trois ans seulement.* Il faut bien qu'il y ait un terme après lequel le légataire soit tranquille. Mais remarquez que cette prescription de trois ans n'a lieu qu'à l'égard des légataires. Quant à l'héritier, il est sujet à l'action des créanciers, tant qu'elle n'est pas prescrite; mais toujours seulement *intrà vires hereditatis.*

BIU Cujas

Si la succession a été acceptée purement et simplement, et que postérieurement la represtation des legs, l'héritier soit devenu insolvable, les créanciers pourront-ils exercer leur recours contre les légataires pendant le même délai de trois ans? Je ne le pense pas, sauf toutefois le cas de fraude, et alors le recours devra durer dix ans. La disposition de l'article 809 est exorbitante du droit commun, puisqu'elle donne à un créancier non hypothécaire, le droit de suivre les bieus, même mobiliers de son débiteur, lorsqu'ils sont passés entre les mains des tiers. Cette disposition doit donc être renfermée dans le cas prévu expressément par la loi. En effet, lorsque la succession a été acceptée béneficiairement, les légataires ont pu et dû prévoir qu'ils étoient sujets pendant trois ans à une action en recours de la part des créanciers. Ils n'ont donc pas dû se regarder, pendant tout ce temps, comme propriétaires incommutables: ils n'ont pas eu les mêmes motifs de prévoyance, quand l'acceptation a été pure et simple; et il seroit contre toute justice de les obliger à restituer à des créanciers qui, après tout, peuvent s'imputer de n'avoir pas veillé suffisamment à leurs intérêts. Encore une fois, *jura vigilantibus prosunt.*

(8) *A ses cohéritiers*, de la même ligne, et non à ceux de l'autre ligne; et si, dans cette ligne, il y a plusieurs souches, l'accroissement n'a lieu qu'en faveur des cohéritiers de la même souche.

Exemple du premier cas: Titius meurt laissant pour héritiers deux frères consanguins, et un utérin: un des frères consanguins renonce; sa part accroît à l'autre frère consanguin seul, qui prend alors la moitié de la succession.

Exemple du second cas: Titius meurt, laissant pour héritiers, un frère utérin, un consanguin, et deux neveux enfans d'un autre frère consanguin: un de ces derniers renonce; sa part accroît exclusivement à l'autre neveu, qui recueille alors le quart de la succession.

Observez que l'accroissement a lieu *etiàm invitis*: L. 53, §. 1, ff., *de adq. vel omitt. hered.* Si donc un père a laissé quatre enfans, dont l'un a accepté la succession, ce dernier sera, même malgré lui, héritier pour le total, si les trois autres renoncent à la succession. *Voir* cependant ci-dessus la note (1) de la page 29, *in fine.*

Nous traiterons au Titre *de la Vente*, la question de savoir, dans le cas de vente de droits successifs, à qui, du vendeur et de l'acquéreur, doit appartenir le droit d'accroissement. (*Voir* au III^e. vol. la note (4) de la pag. 83, *in fine*, et Rousseaud de La Combe, *Verbo* Accroissement, n°. 12).

(9) *Au degré subséquent.* De la même ligne, et non à ceux de l'autre ligne, à moins qu'il ne se trouve plus de parens au degré successible dans la ligne du renonçant. *Exemple:* Titius meurt, laissant dans chaque ligne un cousin-germain et un cousin issu de germain. Si les deux cousins germains acceptent, ils ont chacun moitié de la succession; mais si l'un d'eux, celui de la ligne paternelle, par exemple, vient à renoncer, sa part est dévolue au cousin issu de

BIU Cujas

germain de la même ligne, qui prend alors, de son chef, la moitié dévolue à cette ligne, à l'exclusion du cousin germain de l'autre ligne.

La question suivante s'est présentée : L'héritier le plus proche dans une ligne ayant renoncé, pour ne pas être obligé de rapporter ce qu'il avoit reçu du défunt, on a demandé si la succession devoit appartenir en entier à l'autre ligne, ou si elle devoit être divisée par moitié entre les héritiers de cette autre ligne, et les héritiers de la ligne du renonçant, et du degré le plus proche après lui.

Un arrêt de la Cour Royale de Paris, du 1^er^. juillet 1811, a jugé dans ce dernier sens (SIREY, 1811; 2^e^. partie, pag. 398); et il seroit difficile de décider autrement. L'on opposoit l'opinion de RICARD et LEBRUN, qui pensent que celui qui renonce pour s'en tenir à son don, doit être regardé comme héritier, et faire part pour la légitime. Mais sans rien préjuger sur cette question, qui doit être décidée par d'autres principes, il est aisé de voir que l'arrêt de Paris est conforme aux dispositions du Code. En effet, si, dans l'espèce, l'héritier qui a renoncé, eût été dispensé du rapport, n'auroit-il pas gardé son don, et ne seroit-il pas venu partager le surplus avec les héritiers de l'autre ligne? (Article 843). Or, quand il renonce pour ne pas rapporter, sa renonciation doit avoir, quant à la succession, le même effet qu'une dispense de rapport. Donc, dans ce cas, la part qu'il auroit prise dans les biens libres, s'il eût été dispensé du rapport, doit appartenir aux héritiers de la même ligne, et du degré subséquent. (Art. 786.)

PAGE 34.

(1) *De la succession duquel il s'agit.* Il faut cependant excepter la disposition portée en l'article 918, et dont il sera question au Titre suivant.

(2) *Que la succession soit déférée au renonçant.* Ainsi, la renonciation faite par l'héritier au second degré, avant que celui du premier degré ait pris qualité, seroit nulle et de nul effet. *L.* 13, §. 2, ff., *de adquir. vel omitt. hered.* Il en seroit de même de la renonciation faite par l'héritier institué sous condition, avant l'événement de la condition. *L. eâd. in princip.*, à moins toutefois qu'elle n'ait été faite expressément pour le cas où la condition viendroit à s'accomplir. Il est permis de renoncer à un droit éventuel.

(3) *Sans l'autorisation de son mari ou de justice.* Et même, si elle est mariée sous le régime de la communauté, et que la succession ne soit composée que d'objets susceptibles de tomber dans la communauté, le mari pourra y renoncer seul, sans le concours de sa femme.

(4) *Nonobstant toute renonciation.* Si toutefois cela étoit demandé contre lui : car il est évident qu'il ne pourroit se faire un titre de ce qu'il auroit diverti ou recelé des effets d'une succession, pour venir l'accepter après y avoir renoncé. Les héritiers acceptans pourroient donc, au lieu de le faire déclarer

BIU Cujas

héritier pur et simple, se borner à lui faire restituer les objets divertis, avec dommages-intérêts, s'il y a lieu.

Mais remarquez qu'il s'agit ici de divertissemens antérieurs à la renonciation. Quant à ceux qui seroient postérieurs, il faut distinguer : Si la succession a été acceptée par d'autres héritiers, ces actes seroient des vols, et devroient être poursuivis comme tels. Par sa renonciation, les effets de la succession sont devenus pour lui *res alienæ ;* et le divertissement qu'il en feroit à son compte, seroit réellement *contrectatio rei alienæ lucri faciendi gratiâ*; ce qui constitue le vol. Si la succession n'avoit été appréhendée par qui que ce fût, l'on pourroit regarder ces actes comme des actes d'immixtion, et déclarer celui qui les auroit faits, héritier pur et simple, conformément à la disposition de l'article 790.

(5) *La faculté de répudier.* (*Voyez* la note (6) de la page 31).

(6) *Et faite au Greffe du Tribunal.* Tous les actes qui seroient faits avec ou contre l'héritier, en ladite qualité d'héritier, depuis sa renonciation, étant nuls, et ne pouvant être opposés à ceux qui appréhenderont en définitif la succession, il a bien fallu donner à ceux qui ont à traiter avec les représentans du défunt, les moyens de connoître si celui qui se présente en cette qualité, ne l'a pas perdue par sa renonciation. C'est pour cela qu'on exige qu'elle soit consignée dans un registre public.

(7) *Excepté dans deux cas.* Le Code ne rapporte que ces deux cas ; mais je pense qu'on peut en ajouter trois autres : 1°. Si l'héritier a été porté à renoncer par violence ou par dol de la part de ses cohéritiers ; 2°. s'il a renoncé pour s'en tenir au don qui lui a été fait, et qui depuis a été déclaré nul ; 3°. enfin, s'il a renoncé par suite d'une erreur de fait ; *putà*, s'il existoit un testament nul ou faux, mais dont la nullité ou la fausseté étoit latente, et n'a pu être découverte que depuis la renonciation. Cette dernière décision peut se fonder, par analogie, sur l'article 783.

(8) *Au préjudice des créanciers du renonçant.* Ce qui ne peut avoir lieu qu'autant qu'il est insolvable. C'est l'action Paulienne des Romains, qui étoit subsidiaire, et n'étoit accordée qu'en cas d'insuffisance des biens du débiteur. Je pense également que ce recours n'auroit pas lieu en faveur des créanciers postérieurs à la renonciation.

(9) *Ceux-ci.* Est-il nécessaire que l'autorisation soit demandée par tous les créanciers du renonçant ? Je ne le pense pas : un seul peut se faire autoriser, et il acceptera dans son intérêt seulement. Mais je pense que l'autorisation ne doit être accordée qu'aux créanciers munis d'un titre authentique, ou ayant date certaine antérieure à la renonciation. Autrement, ce seroit procurer à l'héritier qui se repentiroit d'avoir renoncé, le moyen de revenir indirectement contre sa renonciation. Je pense également que l'autorisation ne doit être accordée qu'autant qu'il paroît que le renonçant a eu évidemment en vue de

BIU Cujas

préjudicier à ses créanciers, ou de favoriser ses cohéritiers. Car, pour peu que la succession présentât du doute, à l'époque à laquelle la renonciation a été faite, je pense qu'elle doit être maintenue, quand même, par suite d'événemens postérieurs, la succession seroit devenue avantageuse.

(10) *Se faire autoriser*, par un jugement sur requête, qui, en conséquence, ne pourra être opposé à aucun de ceux qui auront intérêt de contester les prétentions ou les titres des créanciers.

(11) *Du chef de leur débiteur.* C'est une conséquence du principe posé dans l'article 1167. Il en étoit de même dans l'ancien droit, contraire en cela au droit Romain, qui n'accordoit la Paulienne que lorsque le débiteur diminuoit son patrimoine, mais non lorsqu'il manquoit seulement à l'augmenter. (*L.* 6, §. 2, ff. *de his quæ in fraudem credit.*) La disposition des lois Romaines étoit peut-être plus morale, dans le sens qu'elle empêchoit de prêter à une personne, dans la vue des successions qui pouvoient lui échoir; mais celle du droit Français l'est peut-être davantage, dans le sens qu'elle empêche les accords frauduleux qu'un débiteur pourroit faire avec ses cohéritiers, pour frauder ses créanciers.

Remarquez que, quoique l'article 788 se serve du mot *accepter*, ce n'est cependant pas une véritable acceptation que font les créanciers dans ce cas, car ils ne sont point héritiers, même bénéficiaires. Ils ne sont point tenus personnellement des dettes. C'est tout simplement le droit de se faire payer sur ce qui fût revenu à leur débiteur, s'il eût accepté la succession. Delà il suit que les cohéritiers qui ont accepté, peuvent empêcher l'intervention des créanciers, en les payant.

(12) *N'a pas été acceptée*, même bénéficiairement. Dans le droit actuel, l'héritier pur et simple n'a pas le droit d'exclure l'héritier bénéficiaire, même en collatérale, comme cela avoit lieu dans plusieurs Coutumes.

(13) *Par d'autres héritiers.* Faut-il entendre par ces mots les successeurs même irréguliers, tels que l'enfant naturel ou le conjoint? On a prétendu la négative. On a donné pour raison, que ces individus n'ont pas la qualité d'héritier. En conséquence, on a prétendu que, pendant les trente ans accordés par l'article 790, à l'héritier qui a renoncé, pour revenir sur sa renonciation, l'enfant naturel ou le conjoint ne sont que de simples administrateurs, incapables de disposer, et que, par conséquent, toutes les aliénations qu'ils pourroient faire, seroient nulles. Il est impossible d'imaginer un système plus contraire à la saine raison, et à l'esprit général du Code, qui s'attache principalement à maintenir la libre circulation des biens, et qui, pour y parvenir, fait même fléchir quelquefois la rigueur des principes. Il est évident que, par le mot d'*héritiers*, le Code a entendu ici, toute personne apte à prendre la succession. Il est une infinité d'articles dans lesquels il est impossible de l'entendre autrement. (*Voyez* les articles 788, 816 et suivans, jusques et y

BIU Cujas

compris le 842, 870 à 892, etc.) Il en étoit ainsi, même en droit Romain où l'on s'attachoit bien plus strictement encore au sens littéral. (*Voir* la loi 170, ff. *de Verborum Significat.*) Comment peut-on supposer que, lorsqu'une succession a été, après la renonciation formelle de l'héritier légitime, appréhendée par le conjoint ou par l'enfant naturel, l'héritier qui a renoncé, pourra, après vingt-neuf ans de possession tranquille, revendiquer la succession, révoquer toutes les aliénations, etc., et que, pendant tout ce temps, les biens auront été dans un état d'inaliénabilité absolue? Quoi! un enfant naturel aura cru devoir à la mémoire de son père, d'accepter sa succession répudiée par l'héritier légitime; à force de soins, de peines, d'industrie, il sera parvenu à faire honneur à toutes les dettes, et à se ménager encore un modique reliquat; et quand tout cela sera fait, le renonçant viendra tranquillement *ad paratas epulas!* il l'évincera de la succession, et lui dérobera le fruit de ses peines! Certes, un pareil système emporte avec lui sa réfutation: il est, d'ailleurs, détruit par le texte même de l'article 790. En effet, le Code valide tous les droits qui auroient pu être acquis dans l'intervalle. Mais comment suppose-t-il qu'ils ont pu être acquis? Seulement par prescription, ou par actes faits avec le curateur à la succession vacante. Il suppose donc que, pendant tout ce temps, la succession n'a été appréhendée par personne; car, autrement, il auroit dû nécessairement valider tous les actes valablement faits avec les possesseurs légaux de l'hérédité, qui ont bien autant de droit que le curateur. Mais encore une fois, il est inutile d'insister plus long-temps sur une pareille question.

PAGE 35.

(1) *Y ont renoncé.* Observez, 1°. que, dans la pratique, il n'est pas nécessaire que les héritiers de tous les degrés renoncent. Il suffit que tous ceux du degré le plus proche aient renoncé, pour que la succession soit réputée vacante.

2°. Que par *héritiers*, il faut encore entendre ici toute espèce de successeurs.

3°. Que, pour que la nomination du curateur soit valable, il faut que les héritiers connus, les plus proches, aient renoncé. Si non, c'est d'abord contr'eux qu'il faut agir pour les forcer à prendre qualité; et en cas de silence, les faire condamner comme héritiers purs et simples. S'ils renoncent, alors, seulement, on poursuivra la nomination du curateur. Autrement, les actes faits avec le curateur nommé avant leur renonciation, ne pourroient leur être opposés, s'ils venoient à accepter. Mais, s'ils renoncent, je pense, contre l'avis de M. TOULLIET, que la nomination du curateur, et tous les actes faits avec lui, soit avant, soit depuis la renonciation, seroient valables. L'héritier qui

BIU Cujas

renonce, est censé n'avoir jamais été héritier. (Art. 785.) Sa renonciation a donc un effet rétroactif au moment de l'ouverture de la succession.

(2) *Dans cette section.* Et en effet, il ne faut pas croire, comme on pourroit le conclure des articles 811 et 812, que l'on doit nommer un curateur, toutes les fois qu'il ne se présente personne qui réclame une succession, ou qu'il n'y a pas d'héritier connu. Dans ce cas, la succession est bien vacante; mais l'Etat la recueillant à titre de déshérence, il n'y a pas lieu à la nomination d'un curateur.

(3) *Des parties intéressées.* Ce sont ordinairement les créanciers. Ce pourroit être aussi les légataires à titre universel ou particulier, qui, étant obligés de demander la délivrance de leurs legs, seroient obligés de faire nommer un curateur, afin de pouvoir diriger leur demande contre lui.

(4) *Du Procureur du Roi.* Il est de l'intérêt public que les biens ne restent pas sans être administrés.

(5) *Pour la même succession.* Comme la nomination se fait sur requête, il peut arriver qu'il y ait eu plusieurs requêtes présentées, et par conséquent différentes nominations faites pour la même succession.

(6) *Aux mêmes obligations*; c'est-à-dire, qu'il est tenu de faire les mêmes choses que l'héritier bénéficiaire, comme administrer, etc. Mais je pense qu'il est tenu d'une plus grande exactitude que lui, par deux raisons: la première, parce qu'on ne peut dire de lui, comme de l'héritier, que ce sont ses propres affaires qu'il entend gérer; et la seconde, parce qu'il est ordinairement salarié.

Observez qu'il n'est pas tenu de prêter serment, comme l'exigeoit la Novelle 72, *cap. ult.*, dont la disposition à cet égard, n'a pas été conservée par le Code.

(7) *Quant à l'inventaire.* Si toutefois il n'a pas déjà été fait à la requête d'un héritier qui ait renoncé depuis.

(8) *Il répond aux demandes formées contre elle.* Observez, 1°. que ce curateur est le représentant légal de la succession, et par suite, de tous ceux qui peuvent y avoir des droits.

2°. Que, conséquemment, tous les actes faits valablement avec lui, peuvent être opposés aux héritiers qui viendroient à accepter postérieurement. Pourroient-ils l'être aux créanciers de la succession? Je pense qu'oui; à moins qu'ils n'aient été faits en fraude de leurs droits. Car, dans ce cas, ils pourroient attaquer même ceux qui auroient été faits par l'héritier. (Art. 1167.)

3°. Que toutes les causes dans lesquelles ce curateur est partie, doivent être communiquées au Ministère public. (Procéd. art. 83, n°. 6.)

(9) *Dans la succession.* Peut-il recevoir valablement le payement des créances actives de la succession, à la charge d'en verser le montant dans la caisse des dépôts et consignations? Je ne le pense pas. L'article dit qu'il est

BIU Cujas

tenu *de faire verser*, c'est-à-dire, de veiller à ce qu'on verse. Il ne peut donc toucher et verser lui-même.

(10) *Ou immeubles vendus.* Mais, cependant, les adjudicataires d'immeubles hypothéqués ne sont tenus de verser que ce qui reste, après le payement des dettes que, d'après les articles 2168 et 2184, ils sont tenus d'acquitter. (*Circulaire du Grand-Juge, du 12 messidor an* 13.)

(11) *Dans la Caisse des Dépôts et Consignations.* C'étoit d'abord la Caisse du receveur de la Régie. Ensuite cela a été changé, et la Caisse d'Amortissement a été substituée à la Caisse de la Régie, par un *Avis du Conseil-d'État, approuvé le* 13 *octobre* 1809. (*Bulletin*, n°. 4759.) Et postérieurement encore, la Caisse des Dépôts et Consignations a été substituée, pour cet objet, à la Caisse d'Amortissement. (*Voyez* l'article 110 de la loi sur les finances du 28 avril 1816, *Bulletin*, n°. 623, et l'Ordonnance du Roi, du 22 mai 1816, *Bulletin*, n°. 769.)

Page 36.

(1) *Est de l'essence du partage.* Il faut entendre par là une égalité relative au droit que chaque héritier a dans la succession. Sous ce rapport, il peut y avoir égalité, quoique les parts soient inégales. Ainsi, dans une succession dévolue au père ou au frère, les parts sont inégales, puisque le père n'a que le quart, et le frère les trois autres quarts : et cependant, il y aura égalité, si la part du père est réellement égale au quart de la succession, s'il n'est chargé par le partage que du quart des dettes, etc.

(2) *Des rapports.* Nous traitons des rapports, avant de traiter du partage, parce que nous nous attachons particulièrement, dans cet ouvrage, à suivre la marche naturelle des idées, et celle des opérations. Or il faut que l'opération du rapport soit terminée, avant de procéder au partage.

(3) *Réelle ou fictive. Réelle*, quand le rapport se fait en nature ; *fictive*, quand il se fait en moins prenant.

Page 37.

(1) *A titre gratuit.* Si donc la donation est rémunératoire, et pour raison de services appréciables à prix d'argent, il est évident qu'elle n'est donation que pour ce qui excède la valeur des services ; et que cet excédant seul est sujet à rapport. Il en est de même, si la donation contient des charges ; elle n'est donation que pour ce qui excède la valeur des charges.

Remarquez que ces mots, *dispositions à titre gratuit*, comprennent non-seulement les donations entre-vifs, mais encore les legs. Cependant il n'y a vraiment rapport que pour les donations entre-vifs. Ce n'est qu'improprement que l'on peut dire qu'il y a lieu au rapport pour les legs : on ne rapporte que ce que l'on a. Il y a seulement, à l'égard des legs, obligation de laisser dans

BIU Cujas

la masse de la succession. Cette distinction est importante pour l'application de l'article 857. (*Voyez* ci-après, la note (3) de la page 39, *in princip.*)

Il résulte de là que toute disposition testamentaire, faite au profit d'un successible, et sans dispense de rapport, est tout-à-fait inutile, s'il vient à la succession : car alors il est obligé de renoncer au legs. Tout au plus pourroit-il, le cas échéant, demander l'application de l'article 859.

(2) *Ou collatérale.* D'après les Coutumes de Paris et d'Orléans, les collatéraux ne devoient point le rapport de ce qui leur avoit été donné entre-vifs.

(3) *De ce qui a été donné à son fils.* Cette disposition, ainsi que plusieurs autres de cette nature, sont contraires à l'ancien droit commun coutumier, mais elles sont des conséquences du changement de système. Dans les Coutumes de Paris et d'Orléans, qui faisoient à cet égard le droit commun des pays de Coutume, l'enfant ne pouvoit être héritier et donataire tout ensemble, même quand le défunt l'eût ordonné, et quand même la donation n'auroit pas excédé la portion disponible. Or, dans ce système, on vouloit prévenir les fraudes qui auroient pu être commises pour éluder cette disposition. En conséquence, on obligeoit le père de rapporter ce qui avoit été donné à son fils, l'époux ce qui avoit été donné à son époux, etc.

Aujourd'hui qu'il est permis de donner la portion disponible à un successible, en le dispensant du rapport, on a pensé qu'en supposant que le fils ou l'époux pussent être regardés comme personnes interposées, le fait que le défunt avoit donné à une autre personne, manifestoit au moins suffisamment son intention de donner à titre de préciput. C'est même ce qui justifie la rédaction des articles 847 et 849, qui ne se contentent pas de dire que le père ne doit pas le rapport de ce qui a été donné à son fils, l'époux de ce qui a été donné à son époux, mais qui ajoutent que, dans ces deux cas, les dons sont réputés faits *avec dispense de rapport.*

Quid, s'il a été fait par l'aïeul au père, une donation entre-vifs avec charge de restitution au profit des petits enfans, le rapport est-il dû, et comment pourra-t-il avoir lieu ? Si le père donataire est mort avant l'aïeul, et laissant des enfans, il n'y a aucune difficulté. Car les biens se trouvant entre les mains des appelés sans aucune charge, le rapport peut avoir lieu comme à l'ordinaire, soit en nature, soit en moins prenant. Mais si le père survit à l'aïeul, il n'y a pas de doute que le rapport ne soit encore dû. La difficulté est de l'opérer, sans nuire à la charge de restitution imposée par l'aïeul. Je penserois qu'il faut distinguer : Si les objets donnés entre-vifs tombent dans le lot du grevé, ils y tombent avec la charge de restitution dont ils étoient grevés précédemment ; dans le cas contraire, je crois qu'il faut distraire de la portion héréditaire du père, une valeur égale à celle des objets donnés entre-vifs, et que c'est sur le montant de cette valeur que doit porter la charge de resti-

BIU Cujas

tution. Dans les deux cas, l'opération doit être surveillée par le tuteur à la restitution.

(4) *Quand même il auroit accepté la succession de ce dernier.* De là l'on doit conclure que des enfans qui ont succédé à leur père, ne doivent point le rapport à la succession de leur mère, des avantages qu'elle a faits entre-vifs à son époux.

(5) *Il doit le rapport.* Cela est tout simple ; le représentant ne peut exercer que les droits qu'auroit eus le représenté. Or, si le père fût venu lui-même à la succession, il eût été assujetti au rapport.

(6) *Quand même il auroit répudié la succession de son père. Quid*, si, dans ce cas, au moyen du rapport qu'il est obligé de faire, de ce qui a été donné à son père, il ne trouve pas sa légitime dans la succession de son aïeul ? Cela est égal ; il n'exerce que les droits de son père, et son père n'auroit pu réclamer davantage. Le père eût été obligé d'imputer sur sa légitime ce qu'il avoit reçu de son propre père : le fils qui le représente, est donc tenu de faire la même imputation.

(7) *Avec dispense de rapport.* Cet article est ainsi rédigé pour faire voir qu'il n'y a pas lieu au rapport, quand même, par l'effet de la communauté, l'époux successible auroit profité du don fait à l'autre époux : comme aussi, si le don a été fait à l'époux successible seul, il doit le rapport en entier, quoique l'objet donné soit tombé dans la communauté, et quand même, par événement, le donataire n'en auroit pas profité ; *putà*, si c'est à la femme commune que le don a été fait, et qu'elle ait renoncé à la communauté.

(8) *A la succession de son père.* Nouveau changement à l'ancien droit, et toujours d'après le même principe. Anciennement, le père étoit tenu de rapporter ce qui avoit été donné à son fils ; il étoit donc juste que le fils donataire de l'aïeul rapportât à la succession du père, ce que ce dernier avoit été lui-même obligé de rapporter à la succession de l'aïeul. En effet, la part du père, dans la succession de l'aïeul, avoit été diminuée de tout ce qui avoit été donné à son fils : il s'ensuivoit donc que sa succession étoit d'autant moindre ; et si l'on n'eût pas obligé, dans ce cas, le petit-fils au rapport, il en fût résulté une diminution dans la part de ses frères, diminution dont il auroit seul profité ; ce qui étoit contraire à l'équité et à l'égalité.

Aujourd'hui le père n'étant plus obligé de rapporter ce qui a été donné à son fils, celui-ci n'est tenu de rien rapporter à la succession de son père.

PAGE 38.

(1) *Chacun pour moitié.* Quand même, s'ils sont communs en biens, leurs parts dans la communauté seroient inégales ; *putà*, s'il avoit été convenu dans le contrat de mariage que le mari auroit les trois quarts de la communauté, et la femme le quart. Il en seroit autrement, si le mari avoit doté seul, en

BIU Cujas

effets de la communauté, comme dans le cas de l'art. 1439; car alors la femme même acceptant la communauté, ne seroit tenue que pour un quart; et par conséquent le rapport ne devroit se faire que pour un quart à sa succession. La raison de différence, c'est que, quand la femme a constitué la dot, conjointement avec son mari, elle a contracté personnellement l'obligation de fournir sa part dans la dot. Or, il est de principe, que toute obligation personnelle contractée par deux personnes, sans désignation de la part de chacune dans l'obligation, est supportée, pour moitié, par chacune d'elles, quand même elles seroient convenues particulièrement entr'elles que leurs parts dans l'obligation seroient inégales. Cette convention est, à l'égard du créancier, *res inter alios acta*, qui ne peut lui nuire ni lui profiter. (Art. 1165 et 1863.)

Mais quand la femme n'a pas elle-même constitué la dot, elle n'a pas contracté d'obligation personnelle; et, si elle est obligée quand elle accepte, c'est comme détenteur des biens de la communauté, tellement même qu'elle peut se libérer de l'obligation en les abandonnant (art. 1483): il est donc juste qu'elle ne supporte dans l'obligation qu'une part proportionnée à celle qu'elle prend dans la communauté. (Argument tiré de l'art. 1485.)

Quid, si la dot a été constituée par le père et la mère, mais avec la clause qu'elle sera censée donnée en avancement de l'hoirie du premier mourant? Cette stipulation n'a rien d'illicite, quand elle est faite par contrat de mariage. Elle doit donc être exécutée, et le rapport de la dot se fera en entier à la succession du premier mourant, qui est censé, dans ce cas, avoir doté seul. *Sic* jugé en Cassation, le 11 juillet 1814. (Sirey, 1814; 1re. partie, page 279.)

(2) *Ou en biens personnels à l'un des époux*, sauf récompense, dans ce dernier cas. Nous verrons, au Titre du *Contrat de Mariage*, ce qu'on doit entendre ici par récompense.

(3) *Avoir payé la moitié de la dot.* Mais, dira-t-on, si la femme qui n'a pas paru au contrat, est obligée de supporter la dot, pour une part proportionnée à celle qu'elle prend dans la communauté, il en résultera donc qu'elle peut être forcée de doter, contre la disposition formelle de l'art. 204? Non. D'ailleurs, l'art. 204 dit, que les enfans n'ont pas d'action contre les pères et mères pour un établissement par mariage. Aussi ne s'agit-il pas ici d'une action à exercer par les enfans. Mais la décision que nous venons de donner, est la conséquence du principe qui fait la base du système de la communauté, savoir: que, tout ce que fait le mari comme chef de la communauté, et à l'égard des biens de cette même communauté, il le fait, tant en son nom, que comme mandataire de sa femme, en vertu de la procuration tacite résultant du mariage contracté sous le régime de la communauté. Il est permis, à la vérité, à la femme, de se libérer des obligations contractées par le mari seul comme chef, en renonçant à la communauté, ou en abandonnant

BIU Cujas

tous les biens qui en proviennent. (Art. 1483 et 1494.) Mais quand elle n'use de l'un ni de l'autre de ces bénéfices, elle est tenue d'exécuter, pour la part qu'elle prend dans la communauté, toutes les obligations contractées par son mari, comme chef, tant envers les enfans communs, qu'envers toute autre personne.

(4) *Avoir doté seul.* Dans ce cas, la femme ne doit pas récompense, parce qu'elle n'a pas constitué, et que, par conséquent, elle n'a contracté aucune obligation personnelle relativement à la dot.

(5) *S'il renonce à la succession;* ce qui n'est possible qu'autant qu'il n'a pas fait acte d'héritier. Car alors il ne pourroit renoncer, et seroit tenu indéfiniment en rapport. *Sic* jugé, et avec raison, en Cassation, le 22 janvier 1817. (*Bulletin, n°.* 4.)

PAGE 39.

(1) *Il peut retenir les dons et réclamer les legs*, quand même ils lui auroient été faits à titre d'avancement d'hoirie.

(2) *Sauf réduction, s'il y a lieu.* Pour le complément de la légitime. Nous avons préféré cette rédaction à celle de l'art. 845, parce qu'elle nous a paru exprimer, d'une manière plus exacte, l'intention du Législateur. En effet, il est dit dans l'article, que l'héritier qui renonce, peut retenir le don, ou réclamer le legs, jusqu'à concurrence de la portion disponible; d'où l'on pourroit conclure que le légitimaire (et il ne peut être question ici que d'un légitimaire, puisqu'il s'agit de portion disponible), on pourroit, dis-je, conclure que le légitimaire, qui est en même temps donataire de celui sur la succession duquel il a droit de réclamer une légitime, ne peut retenir que la portion disponible, sans pouvoir y joindre la part qu'il a droit de réclamer dans la légitime. Un exemple fera mieux sentir cette difficulté.

Pierre a donné à un de ses fils, pendant sa vie, un objet de valeur de quarante mille francs; il meurt, laissant quatre enfans, et une succession valant quarante mille francs. L'enfant donataire renonce pour s'en tenir à son don. Si l'on se décidoit, d'après la lettre de l'article, il ne pourroit retenir que vingt mille francs, montant de la portion disponible, et il seroit tenu d'en rapporter autant. Cependant il faut dire que, dans l'espèce, le donataire peut retenir d'abord quinze mille francs, pour son quart dans les soixante mille francs restant, qui forment la réserve, et ensuite 20,000 francs, montant de la portion disponible, et qu'il doit en conséquence rapporter seulement cinq mille francs.

D'abord, cela me paroît formellement décidé par l'art. 924, qui est au siége de la matière, sous la rubrique *de la réduction des donations et des legs.*

« Si la donation entre-vifs, réductible, a été faite à l'un des successibles, » il pourra retenir, sur les biens donnés, la valeur de la portion qui lui appar-

BIU Cujas

» tiendroit, comme héritier, dans les biens non disponibles, s'ils sont de la » même nature. »

Il résulte bien évidemment de cet article, que le légitimaire peut retenir sur les biens donnés, sa part dans les biens non disponibles, ou, ce qui est la même chose, dans la réserve. D'un autre côté, il suit de notre article 845, que le légitimaire qui renonce, peut retenir la portion disponible : il peut donc retenir tout-à-la-fois, et le montant de la portion disponible, et sa part dans la réserve.

Remarquons, d'ailleurs, qu'il n'est pas question ici de la part du légitimaire dans la réserve, pour plusieurs raisons : la première, c'est que tout ce qui concerne la réserve, est réglé par d'autres dispositions. La seule question qu'on ait voulu décider ici, est celle de savoir si l'enfant renonçant peut profiter des libéralités qui lui ont été faites par le défunt, quand elles excèdent sa part héréditaire; ce qui étoit prohibé par quelques Coutumes, telles que celles de Touraine, Anjou.

La seconde, c'est que l'article dit que l'héritier peut retenir le don, ou réclamer le legs, jusqu'à concurrence de la portion disponible. Or, la réserve n'est ni un don, ni un legs; elle est indépendante de la volonté du défunt, puisque le légitimaire a droit de l'exiger, même contre cette volonté : en sorte que l'on peut dire que le don ou legs fait à un légitimaire, n'est vraiment donation, que pour ce qui excède sa part dans la réserve. Pour tout le surplus, c'est le payement anticipé d'une dette qui, à la vérité, n'étoit exigible qu'au décès, mais qui n'en existoit pas moins à l'époque où elle a été acquittée.

De ce principe, résulte la conséquence nécessaire, que toute donation faite à un légitimaire doit, quand elle n'est pas faite à titre de préciput, s'imputer d'abord sur la légitime, parce la légitime est une dette, et que *nemo liberalis nisi liberatus*, et que le surplus seulement est imputable sur la portion disponible. (Ricard, *des Donations*, Part. 3, n°. 979.)

Nous disons, *quand elle n'est pas faite à titre de préciput*, parce que le principe que nous venons d'établir, est fondé sur la présomption que le défunt a dû vouloir d'abord acquitter la réserve. Mais, toute présomption de volonté est détruite par une volonté manifeste contraire: or, quand le défunt a donné à titre de préciput, il a bien manifesté l'intention que la donation fût prise sur le disponible, et que, par conséquent, elle ne fût pas imputée sur l'indisponible, ou, ce qui est la même chose, sur la réserve. C'étoit aussi l'ancienne opinion, fondée sur le droit Romain. (*L.* 76, ff., *ad legem Falcid.* Voir Bouchaul, *des Conventions de succéder*, chap., 10, n°. 19, et les auteurs cités par lui; et Ricard, partie 3, n°. 1155; voir également Sirey, 1813; 2e. part., page 92.)

Au surplus, pour confirmer davantage le principe que les dons faits à un

BIU Cujas

successible légitimaire sans clause du préciput, doivent être imputés d'abord sur la réserve ou légitime, et le surplus, seulement, sur la quotité disponible, établissons l'espèce suivante :

Un pere ayant quatre enfans, et 60,000 de biens, donne à l'un de ses enfans 15,000 fr., sans énonciation que c'est à titre de préciput. Il meurt, laissant un testament par lequel il fait différens legs, montant à 15,000 fr., somme égale au quart disponible. L'enfant avantagé renonce; et il a intérêt de le faire, parce que la donation qui lui est faite est égale au montant de la part qu'il auroit eue, quand même son père n'auroit pas fait de testament, et qu'en renonçant, il a l'avantage de n'être pas tenu des dettes. Or, dans l'espèce, la portion disponible est, comme nous venons de le dire, de 15,000 fr.; et il résulteroit du système que nous combattons, que le père, par la disposition faite en faveur de son fils, auroit épuisé entièrement ladite portion, et que, par conséquent, toutes les libéralités qu'il auroit pu faire depuis, seroient nulles. Or, qui ne voit, d'abord, que ce seroit mettre un obstacle à l'établissement des enfans? Un père craindra toujours, en leur faisant une donation, de se priver du droit de gratifier un ami, de récompenser un domestique, etc. Mais, d'ailleurs, on va voir à quelle conséquence absurde mène ce système. Admettons-le pour un instant; il en résultera, comme nous l'avons dit, que dans l'espèce, le père a épuisé son disponible, et que toutes ses dispositions testamentaires sont anéanties. Cependant, il reste dans la succession 45,000 fr., qui, partagés entre ses trois enfans, donnent à chacun 15,000 fr.; mais, d'un autre coté, les libéralités ne peuvent être réduites que pour fournir la légitime, et rien au-delà; et en faisant les calculs nécessaires, l'on verra que la réserve devant être, dans l'espèce, de 45,000 fr., et les enfans étant au nombre de quatre, la légitime de chacun est seulement de 11,250 fr. Ainsi, l'application du système dont il s'agit, présentera le singulier résultat d'une réduction opérée pour fournir aux légitimaires une part supérieure à leur légitime; ce qui est absolument contraire à la lettre et à l'esprit de la loi.

Dans notre système, au contraire, tout se concilie parfaitement. La donation faite au fils, sera imputée d'abord sur sa part dans la légitime, c'est-à-dire, sur les 11,250 fr., qui lui reviennent à ce titre, et, le surplus seulement, montant à 3,750 fr., sur le disponible. En conséquence, le père pourra encore disposer de 11,250 fr., sur les biens restans; et, s'il le fait, il restera pour la réserve 33,750 fr., qui, partagés entre les trois enfans non avantagés, donnent pour chacun 11,250 fr., ce qui est effectivement le montant de la part que chacun d'eux doit avoir dans sa réserve.

Quid, si la succession est divisée en deux lignes, les biens donnés que retient un héritier de l'une des deux lignes, en renonçant à la succession, sont-ils imputés sur la part de la ligne, ou sur la masse de la succession? Sur la masse de la succession. En effet, l'héritier qui renonce, devient entièrement étranger à

BIU Cujas

la succession : or, certainement, si la donation eût été faite à un étranger, elle seroit imputée sur la masse; donc, etc.

(3) *Jamais aux légataires.* De-là il suit, 1°. que, si le montant des legs excède celui des biens existans au décès, l'héritier donataire entre-vifs, même sans dispense de rapport, n'est obligé de les acquitter que jusqu'à concurrence desdits biens, pourvu toutefois qu'il ait accepté sous bénéfice d'inventaire; car, s'il avoit accepté purement et simplement, il seroit tenu d'acquitter les legs indéfiniment, comme nous l'avons démontré ci-dessus dans la note (5) de la page 33, mais non pas en vertu de l'obligation du rapport; car cette obligation existe même à l'égard de l'héritier bénéficiaire; et, d'ailleurs, il ne seroit tenu alors que sur le montant des biens donnés; au lieu qu'il est tenu indéfiniment des legs, en vertu de l'obligation personnelle résultant du quasi-contrat d'adition d'hérédité; obligation qu'il est tenu d'acquitter sur tous ses biens.

Nous avons dit *l'héritier donataire entre-vifs*, parce que, s'il avoit été avantagé par testament, comme ce n'est pas, à proprement parler, au rapport qu'il est astreint dans ce cas, mais plutôt à l'obligation de laisser le montant du legs dans la succession, ou, ce qui est la même chose, de l'imputer sur sa part héréditaire, il ne pourroit prétendre aucune préférence sur les autres légataires; mais il seroit tenu de venir à contribution avec eux sur la masse des biens extans.

La deuxième conséquence qui résulte du principe que le rapport n'est pas dû aux légataires, c'est que, si un père, après avoir fait à un de ses enfans une donation entre-vifs, laisse à un étranger le quart de ses biens, cet étranger ne peut réclamer que le quart des biens existans au décès, et ne peut exiger le rapport de l'objet donné pour en prendre le quart. Mais néanmoins, si le légitimaire vouloit faire subir une réduction aux legs pour compléter sa légitime, nul doute que les légataires ou donataires ne puissent l'obliger, non pas précisément à rapporter, mais à imputer sur sa légitime ce qu'il a reçu du défunt, afin de diminuer d'autant le retranchement qui doit être opéré sur les legs et sur les donations. Cela est fondé sur le principe que nous avons posé dans la note précédente, que tout ce qui est donné à un légitimaire, par celui sur la succession duquel est due la réserve, et autrement qu'à titre de préciput, est censé donné d'abord en payement de la réserve. Ainsi soit l'espèce suivante :

Un père ayant trois enfans, donne à l'un d'eux, entre-vifs, et sans dispense de rapport, un objet estimé dix mille francs; il donne, par testament, à un étranger, la moitié de ses biens, et meurt, laissant une succession de quarante mille francs. Nous avons dit que l'étranger ne pouvoit, dans aucun cas, exiger le rapport de l'objet donné; et par conséquent, il ne pourroit, quand même il n'y auroit pas d'autres enfans, réclamer que la moitié des biens existans, c'est-à-dire, vingt mille francs. Mais cependant, comme, dans l'espèce, cette somme excède encore la portion disponible, qui est du quart, quand il y a trois enfans,

BIU Cujas

il y a lieu à une réduction. Mais comment devra-t-elle s'opérer? Sera-ce d'après la masse des biens extans, égale à quarante mille francs, ce qui réduiroit la portion disponible à dix mille francs; ou, d'après cette masse, augmentée de l'objet donné au fils, ce qui feroit un total de cinquante mille francs, et porteroit la portion disponible à douze mille cinq cents francs? C'est cette dernière marche qu'il faut suivre sans contredit. (Art. 922.) En conséquence, le légataire pourra dire au fils donataire: La réserve est, dans l'espèce, de trente-sept mille cinq cents francs, dont il vous revient le tiers, ou douze mille cinq cents francs. Vous avez reçu dix mille francs: il ne vous est plus dû que deux mille cinq cents francs; et comme cette somme, réunie aux vinq-cinq mille francs nécessaires pour former la part des autres enfans dans la réserve, excède de sept mille cinq cents francs celle qui resteroit libre après le payement du legs qui m'a été fait, il en résulte que ce legs doit être diminué d'autant, et réduit en conséquence à douze mille cinq cents francs.

Nous voyons que, dans cette espèce, l'imputation et le rapport ont absolument le même effet. Mais cela n'arrive pas toujours; car, si nous admettons qu'un père, propriétaire de cinquante mille francs de bien, et ayant trois enfans, donne à chacun d'eux quinze mille francs, et laisse ensuite par testament, à un étranger, tout ce dont il peut disposer, le légataire ne pourra réclamer que les biens restés dans la succession, et montant à cinq mille francs; tandis que, s'il pouvoit demander le rapport, il feroit rentrer les quarante-cinq mille francs donnés, dans la masse de la succession, et prendroit, sur le tout, la portion disponible, qui seroit alors de douze mille cinq cents francs.

Cette dernière décision doit être appliquée même au cas où la donation du disponible, auroit été faite à l'un des enfans, à titre de préciput: en vain, diroit-il qu'il en est héritier, et que c'est en cette qualité qu'il demande le rapport; on lui répondroit qu'étant tout-à-la-fois héritier et donataire par préciput, *sortitur duas personas*; et que si, comme héritier, il peut demander le rapport, il ne peut en profiter que comme héritier, et nullement comme donataire. Jugé dans ce sens, en Cassation, le 30 Décembre 1816. (Sirey, 1817; 1re. partie, page 153.)

Il y a, d'ailleurs, une grande analogie, entre l'imputation et le rapport, et notamment quant à la qualité des choses qui en sont l'objet; car il est de principe, dans notre droit, que tout ce qui est sujet à rapport, est sujet à imputation. (Ricard, *des Donations*, partie 3e., no. 1149.) Ainsi, pour déterminer ce qui doit être imputé sur la réserve due à un légitimaire, il suffit de voir ce qu'il seroit tenu de rapporter à ses cohéritiers, conformément aux articles 843 et suivans, et la note (2) de la page suivante.

(4) *Ni aux créanciers de la succession.* Appliquez la distinction que nous avons établie dans la note précédente entre l'héritier donataire entre-vifs, et l'héritier légataire. Comme ce n'est pas proprement au rapport que ce dernier

BIU Cujas

est tenu, il n'y a pas de doute qu'il ne pourra prendre son prélegs, qu'après l'acquittement de tous les créanciers de la succession.

Les créanciers de l'héritier, qui feroient annuller la renonciation de leur débiteur, conformément à l'article 788, pourroient-ils exiger le rapport des autres cohéritiers? Cela n'est pas douteux; ils exercent tous les droits de leur débiteur, au nombre desquels est celui de demander le rapport. Les créanciers de la succession ont le même droit, quand l'un des héritiers a accepté purement ou simplement, parce qu'étant devenus ses créanciers personnels, par l'effet de son acceptation pure et simple, ils peuvent exercer tous ses droits et actions. (Art. 1166.)

Mais il est bien entendu que, dans les deux cas, le rapport n'est exigé que pour la part de l'héritier débiteur.

(5) *Avec le défunt.* Sauf, toutefois, le cas de l'article 918, dans lequel il y a lieu au rapport, quand même il n'y auroit aucun soupçon de fraude. Il y a, dans ce cas, ce que les Romains appeloient *dolus re ipsâ.*

(6) *Quand elles ont été faites.* Ainsi, un père a vendu à son fils une pièce de terre, pour le prix qu'elle valoit réellement au moment de la vente. Depuis, par l'effet d'une mesure prise par le Gouvernement, ou de tout autre événement, cette pièce de terre a augmenté considérablement de valeur. Il n'est dû aucun rapport, parce que la convention ne présentoit aucun avantage quand elle a été faite.

Quid, si le père a cautionné le fils? Remarquez qu'il ne peut y avoir question relativement à la validité du cautionnement considéré en lui-même, et par rapport au créancier, qui conserve toujours son action contre la succession du père, en cas d'insolvabilité du fils; mais comme cette obligation est réellement un avantage fait au fils, aux dépens du père, il en doit le rapport, qui consistera en ce que, si la dette n'est pas exigible, il devra donner caution à ses cohéritiers, pour la garantie de toutes poursuites de la part du créancier; et, si elle est exigible, ses cohéritiers pourront exiger qu'il la rembourse, ou, à défaut, la rembourser eux-mêmes, et lui en imputer le montant sur sa part héréditaire.

(7) *Faites sans fraude.* Mais remarquez que les associations universelles avec un successible, sont toujours présumées frauduleuses. (Art. 1840.)

(8) *Par un acte authentique.* Cela est exigé pour prévenir les fraudes. Un père qui auroit fait, dans la réalité, seul, une affaire avantageuse, en feroit profiter un de ses fils, qu'il feindroit y avoir associé, d'après un acte sous seing-privé que l'on antidateroit.

Quid, si la société est commerciale, l'affiche, exigée par l'article 42 du Code de Commerce, équivaudra-t-elle à un acte authentique? Je ne le pense pas: l'affiche ne contient pas les conditions arrêtées entre les associés. (Art. 43 dudit.)

BIU Cujas

(9) *Entretien et apprentissage.* Quand même ils se trouveroient dus au moment du décès : c'est alors une dette de la succession. Cela étoit très-juste anciennement, où le rapport n'étoit dû, en général, qu'en directe. L'ascendant qui nourrissoit et élevoit un descendant, qui lui faisoit apprendre un métier, ne faisoit que payer une dette et acquitter une obligation : cela ne pouvoit donc être regardé comme un avantage sujet à rapport. Mais actuellement que le rapport est dû en collatérale, on ne peut pas dire que le cousin, par exemple, qui nourrit et élève un de ses cousins, paye une dette ou acquitte une obligation. Cependant la loi, en général, paroît n'admettre aucune distinction; mais l'équité semble exiger que l'on admette, au moins, une exception pour le cas où le parent collatéral, nourri et élevé par le défunt, auroit eu des biens particuliers, suffisans pour subvenir à tous ses besoins. Il me semble qu'alors il y auroit vraiment donation, et qu'il seroit difficile de dispenser le successible du rapport. (*Voyez* Godefroi, sur la loi 50, ff. *Familiæ ercisc.*)

De même, l'on pensoit anciennement que si le père, en mariant et dotant un de ses enfans, avoit promis en outre de le nourrir, lui et sa famille, pendant un certain nombre d'années, cela constituoit un avantage sujet à rapport; et je pense que cette disposition très-juste, seroit suivie encore aujourd'hui.

Remarquez, 1°. qu'en général tous les objets qui sont mentionnés dans ces différens articles, comme n'étant point sujets au rapport, ne sont tels, que quand ils ont été donnés entre-vifs. S'ils sont laissés par testament, sans dispense du rapport, ils doivent être rapportés, ou, ce qui est la même chose, imputés sur la portion héréditaire du successible :

2°. Que les alimens, même promis entre-vifs, sont rapportables pour tout ce qui est reçu ou échu depuis le décès de celui qui les a promis :

3°. Qu'il en est de même à l'égard de ce qui a été livré avant le décès, lorsqu'il résulte des termes de l'acte, que le donateur a entendu assujettir l'objet donné au rapport; *putà*, si en donnant un trousseau, qui est un objet d'entretien, il l'a confondu avec la dot, et a déclaré que le tout étoit donné en avancement d'hoirie. *Sic* jugé en Cassation, le 11 juillet 1813. (Sirey, 1814; 1re. part., pag. 279.)

On jugeoit anciennement que les frais de Doctorat en droit étoient sujets à rapport, mais que ceux de Baccalauréat et de Licence ne l'étoient pas. Quant aux grades en médecine, je pense qu'ils sont indistinctement sujets à rapport. La raison de différence est, d'abord, qu'ils sont ordinairement plus coûteux que dans les Facultés de droit; et, en second lieu, que l'on ne prend ces grades que pour faire la profession de médecin. C'est donc réellement un établissement. Il n'en est pas de même de la Licence en droit, qui fait partie de l'éducation, et se prend beaucoup plus souvent comme moyen d'arriver à des places, que comme moyen direct d'établissement.

BIU Cujas

Quid, des sommes données en remplacement de l'enfant conscrit? Nul doute qu'elles ne soient sujettes à rapport.

Quid, des avantages recueillis en vertu de l'article 305, par les enfans des époux divorcés par consentement mutuel? Ils sont sujets à rapport envers les enfans d'un précédent ou d'un subséquent mariage. Il est de principe, en effet, que tout ce qui est imputé sur la légitime, est sujet à rapport, et réciproquement. Or, nous voyons par le discours de présentation du Titre *des Donations et des Testamens*, que ces sortes de biens entrent dans la supputation de la légitime. « On doit y comprendre (dans la masse des biens sur « lesquels se calcule la réserve) les biens dont la propriété auroit été trans- « mise aux enfans dans le cas de divorce : il ne peut jamais en résulter pour « eux un avantage tel, que les autres enfans soient privés de la réserve lé- « gale. »

M. Proudhon, qui est d'avis contraire, fonde son opinion sur ce que les enfans ne prennent pas ces biens *jure hereditario :* mais ce motif n'est pas concluant; car l'on tient que, si le père a renoncé à une succession qui lui étoit dévolue, pour en faire profiter son fils, il y a lieu à rapport : or, certainement, le fils n'a pas pris cette succession *jure hereditario*. (Voyez, au surplus, le principe général sur cette matière, dans la note (2) de la page suivante.)

(10) *Avec dispense du rapport :* ou *à titre de préciput*, ou *hors part*, ou en d'autres termes équivalens, pourvu qu'ils soient suffisans pour manifester l'intention du testateur. (Arrêt de la Cour de Cassation du 25 août 1812. Sirey, 1812; 1re. partie, page 386.)

Observez que la dispense de rapport peut être prononcée, soit par l'acte même qui contient la donation, soit par un acte postérieur, pourvu qu'il soit revêtu des formes des donations entre-vifs ou des testamens. Nous verrons le motif de cette dernière disposition au Titre suivant.

La dispense de rapport peut même résulter de la nature de la disposition. Ainsi, la clause par laquelle l'un des héritiers seroit chargé de payer sur sa part tous les legs, ou une part plus considérable que celle qu'il devroit payer de droit commun, contient réellement un avantage en faveur des autres cohéritiers; et cependant, il est évident qu'il n'y auroit pas lieu au rapport, quoique le testateur ne s'en soit pas exprimé formellement.

Quid, si la donation est indirecte, ne doit-on pas en conclure que l'intention du testateur a été d'avantager réellement le donataire, et par conséquent de le dispenser du rapport? C'étoit la décision de la loi 18, Cod. *Famil. ercisc.*; décision qui étoit suivie anciennement dans les contrats appelés *Coutumes de préciput*, c'est-à-dire, qui admettoient les prélegs, telles que celles de Nivernois, Bourbonnois, etc. Les articles 849 et 918, et les expressions de l'Orateur du Gouvernement, dans les motifs de la loi *sur les Successions*,

BIU Cujas

paroîtroient devoir favoriser cette opinion dans le droit actuel. Mais d'un autre côté, l'article 843 est formel. Il décide bien expressément que les donations indirectes sont sujettes à rapport; et cette décision est singulièrement confirmée par l'article 853 précité. Il décide que les profits que le successible a pu retirer des conventions passées avec le défunt, doivent être rapportés, lorsque ces conventions présentoient un avantage indirect. Quant aux articles opposés, l'on peut dire d'abord que l'article 918, emprunté, l'on ne sait trop pourquoi, de la loi du 17 nivose, contient une exception, et doit, en conséquence, être restreint au cas qui y est exprimé; que dans l'article 849, ainsi que dans le discours de l'Orateur du Gouvernement, le Législateur a voulu seulement exprimer qu'il suffisoit que la donation eût été faite à une autre personne qu'au successible, pour qu'elle fût dispensée du rapport, quand même, par événement, le successible en auroit profité : mais pourvu, toutefois, que le donataire fût bien réellement la personne que le donateur avoit intention d'avantager, et non pas seulement une personne interposée, pour faire parvenir l'objet donné au successible; car, bien certainement, dans ce cas, il y auroit lieu au rapport.

Il est encore un cas dans lequel la dispense de rapport est également présumée, quoique l'avantage ait été fait directement au successible; c'est celui d'un partage fait par un ascendant. L'article 1079 dit que ce partage ne peut être attaqué que pour lésion de plus du quart. Donc, tout avantage, inférieur au quart, est dispensé du rapport. Mais ici, la faveur des partages et le désir de prévenir les procès entre les cohéritiers, l'ont emporté sur toute autre considération. D'ailleurs, ces sortes de partages ne pouvant être faits actuellement que par donation entre-vifs ou par testament, l'on peut dire qu'il y a ici une véritable disposition de la part de l'ascendant; et que d'un autre côté, la fixation des parts emporte nécessairement dispense de rapport.

PAGE 40.

(1) *Pour se faire rembourser.* C'est la faute du père d'avoir choisi un gendre insolvable, qui n'avoit ni métier ni profession, et de lui avoir confié la dot de sa fille; mais je pense que cette disposition ne s'applique qu'au cas où la dot a été constituée en argent comptant, ou en effets mobiliers; car, si elle avoit été constituée en immeubles, le rapport seroit dû dans tous les cas.

En effet, ou la fille est mariée sous le régime dotal, et alors le mari n'a pu aliéner le fonds dotal; s'il l'a fait, l'aliénation est nulle, et la femme peut en demander la nullité. (Art. 1560.)

Si elle est mariée sous le régime de la communauté, l'immeuble n'a pu être vendu sans le consentement de la femme. Si elle y a consenti, qu'il n'y ait pas eu de remploi, et que les deniers provenant de la vente aient été dissipés,

BIU Cujas

par le mari, la femme doit se l'imputer, et n'en doit pas moins le rapport; mais je pense que, si l'immeuble existe, mais dégradé par le défaut de réparations, la femme dont le mari étoit insolvable, et n'avoit ni art, ni profession au moment du mariage, n'en doit le rapport que dans l'état où il est actuellement; et que, pour le surplus, elle est tenue seulement de rapporter l'action en indemnité qu'elle a contre son mari, ou sa succession, pour défaut de réparations.

(2) *A quelque titre que ce soit.* Ainsi, laissant de côté toutes les distinctions subtiles apportées par POTHIER dans son *Traité des Successions*, je pense qu'on peut établir en principe général que, pour qu'il y ait lieu au rapport, il suffit de deux choses : la première, que le successible ait profité; et la seconde, qu'il ait profité aux dépens et par la volonté du défunt. Si l'une de ces circonstances manque, il n'y a pas lieu au rapport; mais aussi, quand elles sont toutes deux réunies, le rapport est dû, quelle que soit l'opération qui ait eu lieu, ou le mode employé pour procurer au successible l'avantage dont il s'agit; car, comme dit RICARD, part. 3e, n.° 1222, la donation ne consiste pas seulement dans ce qu'on appelle *donation entre-vifs, ou legs* : mais tout acte par lequel on relâche ce qu'on peut exiger ou conserver honnêtement, emporte avec soi, *surtout en matière de rapport, le caractère et les qualités de la donation.* Nous disons *honnêtement*, parce qu'il est bien entendu que cela ne s'appliqueroit pas à ce qui auroit pu être donné pour acquitter une obligation naturelle; c'est alors un véritable payement (art. 1235), et non une donation. Mais dans tous les autres cas, il y a lieu au rapport : *putà*,

Si le défunt a fait remise au successible de tout ou partie d'une créance qu'il avoit à exercer contre lui, même quand ce seroit par suite d'un concordat fait avec les créanciers de l'héritier : POTHIER lui-même est de cet avis.

Si le père, institué légataire universel par un testament, a répudié le legs dont le fils a profité, soit comme héritier *ab intestat*, soit comme substitué vulgairement à son père; contre l'avis de POTHIER.

Si étant colégataire avec son fils, il a répudié sa part dans le legs, dont le fils a profité par droit d'accroissement.

Si la mère, pour favoriser ses enfans d'un second lit, a renoncé à une communauté opulente d'entr'elle et son second mari, le rapport est dû aux enfans du premier lit.

Il en est de même, si cette communauté étant onéreuse, elle l'a acceptée sciemment, et qu'elle se soit privée par-là du droit de demander la reprise de ses apports. POTHIER est du même avis dans ces deux derniers cas.

Quid, si, par l'effet de la volonté de l'auteur commun, le successible a reçu quelque chose d'un tiers, *conditionis implendæ gratiâ; putà*, si un père a fait un legs à un tiers, à la charge de donner une chose quelconque ou une somme d'argent à l'un des enfans de lui testateur? L'enfant doit le rapport de

BIU Cujas

ce qu'il a reçu du tiers. *Nec obstat* que, dans ce cas, l'héritier ne paroît pas profiter aux dépens du défunt. Car il est certain que la considération de ce que le légataire devra donner à l'héritier, a dû influer sur le montant du legs, et diminuer d'autant la masse partageable. D'ailleurs, le père pouvoit charger le légataire de remettre la somme, ou la chose dont il s'agit, dans la masse de la succession; et alors elle eût été partagée entre tous. Donc, en ordonnant qu'elle soit remise à un seul, il a voulu le gratifier aux dépens des autres cohéritiers; ce qui suffit pour l'obliger au rapport.

Quid, si le père a vendu à vil prix un héritage à son fils? Dans ce cas, si l'héritage a été aliéné par l'héritier, il devra le rapport de la différence du prix de la vente avec le prix réel de l'immeuble au moment de la vente : mais si l'héritage est encore entre les mains de l'héritier, le rapport sera-t-il dû de cette différence seulement, ou bien de l'héritage même, à la charge par la succession de restituer au fils le prix qu'il a réellement payé? Je pense qu'en rejetant les distinctions établies dans les lois 5, §. 5, et 31, §. 3, *de Donat. inter vir. et uxor.*, il faut décider cette question par analogie de l'article 866, et distinguer si l'héritage est divisible ou non. Dans le premier cas, le rapport se fera d'une part proportionnée à la différence de prix. Dans le second cas, si la différence est de plus de moitié, l'héritier acquéreur rapportera l'immeuble en totalité, sauf à prélever le prix qu'il a payé; si la différence est de moins de moitié, il pourra retenir l'immeuble, sauf à rapporter la différence de prix. Cependant, s'il y avoit des créanciers ayant hypothèque sur cet immeuble, je pense que leurs hypothèques devroient être maintenues, sauf le recours des autres cohéritiers contre l'héritier avantagé; et cela par une conséquence du principe, que la simulation ne peut nuire aux tiers qui ont traité sur la foi d'un acte qu'ils ont dû croire sincère. *Voir* un arrêt de la Cour de Nîmes, du 14 avril 1812, qui a jugé dans ce sens. (SIREY 1813; 2^e^. partie, pag. 216.)

Mais que doit-on entendre par vente à vil prix? Est-il nécessaire qu'il y ait lésion des sept douzièmes, comme cela est exigé pour la rescision de la vente? Non, sans doute : le rapport est établi pour maintenir l'égalité entre les cohéritiers; et ce qui prouve la différence d'intention de la part du Législateur, c'est que le Code, qui exige la lésion des sept douzièmes pour rescinder la vente, n'exige que la lésion du quart pour rescinder le partage. Ce sera donc au juge à décider si la différence du prix réel avec celui de la vente, est telle, que l'on puisse présumer que le défunt, en vendant, a eu *animum donandi*.

Quid, si le père a acheté un héritage de ses deniers, mais au nom de son fils, le fils est-il tenu de rapporter le prix, ou l'héritage même? Je pense qu'il faut distinguer : Si le fils a ratifié la vente avant l'ouverture de la succession, il est devenu propriétaire, à titre d'achat, de l'héritage acquis, et débiteur des deniers qui ont servi à le payer; il ne doit donc le rapport que de ces

BIU Cujas

deniers. S'il n'a pas ratifié avant l'ouverture, je pense que l'immeuble doit rester en commun, comme faisant partie de la succession, et que conséquemment il n'y a pas lieu au rapport. (Argument tiré de l'article 1435.)

Quid, si l'avantage résulte d'un bail fait à vil prix au successible, le bail doit-il être résilié, ou le successible doit-il seulement completter tous les ans le prix du bail ? Je pense que la question doit dépendre principalement des circonstances, et que, par exemple, la résiliation devroit être prononcée plus difficilement, s'il s'agissoit d'un fonds rural, que d'un fonds urbain, à cause des améliorations auxquelles le fermier a pu se livrer; mais que, toute circonstance à part, la résiliation devroit avoir lieu. *Nec obstat* ce que nous avons dit plus haut relativement à la vente faite à vil prix. Il s'agit en effet, dans ce dernier cas, de révoquer une propriété; ce qui ne doit avoir lieu qu'avec beaucoup de circonspection. La même raison ne s'applique pas au bail.

(3) *Par le défunt à l'héritier.* Il y a cependant cette différence notable entre un pareil prêt et une donation, que l'héritier auquel il a été donné, peut, en renonçant à la succession, retenir le don, pourvu qu'il n'excède pas la portion disponible; tandis que l'héritier auquel il a été prêté, n'en reste pas moins débiteur, quoiqu'il ait renoncé; seulement il conserve les termes et délais qui lui ont été accordés.

(4) *Quand même elles ne seroient pas encore exigibles.* Mais si le défunt avoit prêté à rente au successible, celui-ci seroit-il obligé de rapporter le capital, ou seulement de continuer de servir la rente à ses cohéritiers ? Je pense avec Pothier que le capital doit être rapporté. Autrement, il y auroit avantage pour lui, en ce qu'il auroit, par ce moyen, l'argent comptant de la succession, et que ses cohéritiers n'auroient qu'une rente à la place. Le rapport se fait donc comme s'il devoit de l'argent comptant, c'est-à-dire, en moins prenant. (Art. 869.)

(5) *Peut même alors se dispenser, etc.* J'ai adopté cette rédaction, pour faire connoître que la dispense du rapport, dans ce cas, est en faveur du donataire, qui peut toujours faire le rapport en nature, s'il le juge convenable.

(6) *Avec dispense du rapport.* Le défunt a donné, avec dispense du rapport, une pièce de terre de cent arpens, qui valent deux cents francs l'arpent. Il se trouve que, d'après le montant de la succession, la quotité disponible est de quinze mille francs. La donation est donc réductible d'un quart. Comme ici la division peut se faire commodément, le donataire rapportera vingt-cinq arpens de terre.

(7) *Ne peut se pratiquer commodément :* si, par exemple, il s'agit d'une maison.

(8) *Il peut.* C'est encore une faculté qui lui est accordée. Il peut donc, s'il le préfère, rapporter l'immeuble en totalité, et prélever sur la masse le montant du disponible.

BIU Cujas

PAGE 41.

(1) *Ou à récompenser.* L'article dit, *et à récompenser.* Il est évident qu'il faut *ou*, au lieu de *et*. S'il prend moins, il n'est pas tenu de récompenser.

(2) *Par le donataire.* Ainsi, les acquéreurs sont traités plus favorablement que les créanciers. Si le donataire avoit vendu, l'on ne pourroit inquiéter l'acquéreur. (Art. 860.) S'il a simplement hypothéqué, les hypothèques sont nulles. C'est une observation importante qu'il ne faut pas perdre de vue, et que nous aurons occasion de rappeler plusieurs fois dans le cours de cet ouvrage. En général, on a voulu, autant que possible, éviter ce qui pouvoit entraver la circulation des biens.

Quid, si l'immeuble rapporté tombe dans le lot du donataire? L'hypothèque doit renaître; ou plutôt, elle est censée n'avoir jamais été éteinte. Au moyen du principe adopté dans notre droit, que le partage n'est pas translatif, mais seulement déclaratif de propriété, le cohéritier, dans le lot duquel tombe l'immeuble rapporté, n'a jamais cessé d'en être propriétaire. Il l'a été jusqu'à l'ouverture de la succession, par l'effet de la donation. Il l'a été depuis l'ouverture, par l'effet du partage. La propriété n'a donc pas cessé un instant de reposer sur sa tête. Les hypothèques ont donc dû subsister. Je pense, d'après cela, que la radiation de l'inscription ne doit avoir lieu qu'après le partage; autrement, ce seroit donner ouverture à la fraude, puisqu'au moyen d'une opération purement fictive, il ne tiendroit qu'au donataire de faire disparoître les hypothèques. Mais il est bien entendu que ces hypothèques ne peuvent préjudicier aux droits que les autres héritiers peuvent acquérir, par l'effet du partage, sur l'immeuble rapporté, *putà*, pour garantie des soultes du partage lui-même. (Art. 2103 et 2109.)

L'auteur d'un commentaire sur le Titre *des Successions*, est d'un avis contraire sur cette question, dans son commentaire sur l'article 865. Il prétend que, même dans le cas où l'immeuble hypothéqué tombe dans le lot du donataire, toutes les hypothèques spéciales sont éteintes, et ne peuvent revivre que par l'effet d'une nouvelle convention. Il fonde cette opinion sur ce que, dit-il, le donataire n'a jamais été propriétaire. « Si l'on tolère la vente faite par lui, « dit-il, ce n'est pas qu'il ait jamais été propriétaire, ce n'est que par faveur, « et pour qu'il ne soit pas exposé à des dommages-intérêts envers les acqué- « reurs. Ce motif n'existant plus quand l'immeuble est rapporté en nature, le « principe reprend toute sa force, et conséquemment l'immeuble doit rentrer « franc et quitte de toutes hypothèques et autres charges, que le donataire « n'a pu créer, puisqu'il n'étoit pas propriétaire. » Et plus bas : « Le droit du « donataire, et son titre de propriétaire, ne remontent pas à une époque anté- « rieure au décès du donateur. Il est donc toujours vrai qu'avant ce décès, et « lorsqu'il a constitué l'hypothèque, il n'avoit pas la propriété : or, il est cer-

BIU Cujas

« tain que le propriétaire seul d'un immeuble a le droit de le grever d'hypo-
« thèques. »

D'abord, il est difficile de concilier ce système avec ce que dit le même auteur, sur l'article 863, où il soutient que, du moment de la donation, le donateur n'est plus propriétaire; qu'il est entièrement dessaisi de la propriété par la donation. Mais alors, qui donc est propriétaire, depuis la donation jusqu'à l'ouverture de la succession, si ce n'est ni le donateur, ni le donataire? La propriété est donc restée vacante; ce qui n'est pas, et ne peut pas être.

Une autre conséquence de ce système, c'est que, si, par événement, l'objet donné n'appartenoit pas au donateur, la prescription auroit été interrompue, à compter de la donation. Qui, en effet, auroit pu prescrire? Ce n'est pas le donateur, puisqu'il ne possède plus, et, que, d'ailleurs, comme l'avoue cet auteur lui-même, il est dessaisi de tout droit sur l'immeuble. Ce n'est pas le donataire, qui possède à la vérité, mais dont la possession n'étant pas à titre de propriétaire, ne pourroit servir de base à la prescription. (Art. 2229.)

Enfin, il résulteroit de là que les hypothèques créées par le donataire sur l'objet donné, seroient nulles *ab initio*, quand même le rapport n'auroit pas lieu, puisqu'il seroit vrai de dire que, dans ce cas, elles auroient été constituées à une époque où le donataire n'étoit pas propriétaire.

Tels seroient les résultats du système adopté par l'auteur que je combats; résultats entièrement inadmissibles. Disons donc avec POTHIER, que le donataire est réellement propriétaire, du moment de la donation; qu'il est, à la vérité, propriétaire sous une condition résoluloire, comme l'est un acquéreur à faculté de réméré; que cette condition est inhérente à l'objet donné, et a son effet à l'égard des tiers; que c'est pour cette raison que les hypothèques, quoique très-valablement constituées dans le principe, s'anéantissent par le rapport, lorsque par l'effet du partage, l'immeuble tombe dans le lot d'un autre cohéritier; qu'il en devroit être de même de toutes les aliénations; mais qu'on a cru devoir en décider autrement, *ex œquo et bono*, pour ne pas exposer le donataire à des dommages-intérêts, et plus encore, pour ne pas entraver la circulation des biens, qui se trouveroient, autrement, frappés d'une sorte d'inaliénabilité, depuis le moment de la donation jusqu'au décès du donateur; que d'ailleurs, lorsque l'objet donné tombe dans le lot du donataire, il est vrai de dire que sa propriété n'a jamais été résolue, ni les hypothèques anéanties.

Le même auteur ajoute que l'héritage doit rentrer franc et quitte de toutes hypothèques *et autres charges*. Par ces derniers mots, il n'a pu entendre que les charges réelles, telles que l'usufruit et la servitude; mais sous ce rapport, son opinion peut être douteuse : l'usufruit et la servitude sont des démembremens de la propriété; ce sont des parties du fonds. L'aliénation de ces droits ne doit donc pas être résolue, plus que ne le seroit une aliénation partielle du fonds même. A la vérité, l'article 865 se sert du mot générique *char-*

BIU Cujas

ges ; mais il est évident que, par ce mot, il a entendu seulement *les hypothèques ;* et ce qui le prouve, c'est que l'article ajoute que *les créanciers ayant hypothèque peuvent intervenir au partage, pour s'opposer à ce que le rapport se fasse en fraude de leurs droits.* Or, certainement, l'acquéreur de l'usufruit ou d'une servitude sur le fonds sujet à rapport, auroit également intérêt d'intervenir, pour la conservation de son droit. Donc, dès que l'article n'en fait pas mention, c'est que le rapport ne peut lui préjudicier. Enfin, ce qui vient à l'appui de cette opinion, c'est que l'article 929, où il est question de la réduction pour la réserve, dont les effets sont plus étendus que ceux du rapport, dit formellement que les immeubles à recouvrer, le seront sans charges *des dettes ou hypothèques créées par le donataire* ; il n'y est pas question des charges, pour lesquelles il faut se référer à l'article suivant, qui ne permet d'attaquer les acquéreurs, que discussion faite des biens du donataire.

(3) *En fraude de leurs droits.* Si, par exemple, il existoit dans la succession de quoi composer des lots égaux pour tous les autres cohéritiers, les créanciers pourroient s'opposer au rapport en nature.

(4) *Depuis le moment de la donation.* Le principe général, relativement au rapport des immeubles, est que ce rapport, quand il a lieu, a l'effet d'une condition résolutoire. Or, quel est l'effet d'une semblable condition ? C'est de remettre les choses au même état que si l'acte qui est résolu, n'avoit jamais existé. (Art. 1183.) Or, si la donation n'eût pas eu lieu, l'immeuble ne seroit pas sorti des mains du donateur ; dans ce cas, il se trouveroit donc dans sa succession, tel qu'il est effectivement à cette époque. De là, la conséquence nécessaire, que l'immeuble donné doit être rapporté tel qu'il se trouve au moment de l'ouverture de la succession, sauf les détériorations ou améliorations provenant du fait du donataire ou de ses ayant-cause ; et si le rapport n'a pas lieu en nature, *putà*, parce que l'immeuble est aliéné, ou péri par la faute du donataire, la valeur doit en être rapportée sur le même pied. De là il résulte encore que, si le donataire a vendu, le prix de la vente n'entre pour rien dans la fixation de la somme à rapporter ; on ne considère toujours que la valeur de l'immeuble au moment du décès : tant mieux pour le donataire, s'il a diminué de valeur depuis la vente ; et tant pis, s'il a augmenté ; tellement que, s'il a donné l'immeuble, il en doit toujours la valeur au moment du décès, quoiqu'il n'en ait rien retiré ; de même que s'il l'a vendu, et que l'immeuble ait péri depuis la vente par cas fortuit, il ne doit rien, quel que soit le prix qu'il en ait retiré. (*Voyez* les notes (3) et (4) de la pag. suivante.)

(5) *De la plus-value qui en résulte*, au moment du décès, et non pas au moment du partage, comme semble le dire l'article 861. C'est une erreur de rédaction, fondée sur ce qu'anciennement le rapport de l'immeuble étoit dû sur le pied de la valeur au moment du partage. On n'estimoit donc qu'à la

BIU Cujas

même époque, la plus value résultante des dépenses faites par le donataire. On a changé la législation sur le premier point, puisque maintenant on estime la valeur de l'immeuble au moment du décès : elle a donc dû changer également sur le second point ; car, puisque l'objet cesse d'appartenir au donataire, du moment de l'ouverture de la succession, il est évident que toutes les augmentations ou diminutions qui peuvent survenir depuis, doivent être pour le compte de la succession, et que c'est en conséquence du moment du décès qu'il faut partir, pour déterminer la plus-value qui résulte des améliorations faites par le donataire.

Il suit de ces principes que, pour fixer la somme dont il doit être tenu compte au donataire, on ne doit pas considérer ce dont l'impense faite par lui a augmenté la valeur de l'immeuble, au temps où elle a été faite, mais ce dont cette valeur se trouve augmentée, au moment de l'ouverture de la succession. Si donc l'objet de l'impense utile, a péri avant le décès, même par cas fortuit, il n'est rien dû au donataire. Et en effet, le remboursement des dépenses faites par lui, n'est fondé que sur le principe d'équité, qui ne veut pas que personne s'enrichisse aux dépens d'autrui. Il faut donc, pour qu'il y ait lieu à ce remboursement, le concours de deux circonstances ; que la succession soit devenue plus riche, et qu'elle soit devenue plus riche aux depens du donataire. Si elle est devenue plus riche, mais sans qu'il en ait rien coûté au donataire, elle ne doit aucun remboursement. C'est d'après ce principe, que toutes les améliorations intrinsèques que l'objet a pu éprouver, profitent à la succession. S ledonataire a fait des dépenses, mais sans que la succession se soit enrichie, elle ne doit donc encore aucun remboursement : et s ielle s'est enrichie, mais d'une somme moindre que la valeur des impenses, elle doit rembourser, mais seulement, *quatenùs locupletior facta est.*

Quid, si la maison donnée a péri, et que le donataire l'ait fait rebâtir, lui doit-on tenir compte de la valeur totale du bâtiment actuel, ou seulement de la plus-value de ce bâtiment sur l'ancien ? Il faut distinguer :

Si la maison est périe par vétusté, ou par un cas fortuit, et sans aucune faute imputable au donataire, on lui doit compte de la valeur totale du bâtiment actuel, sauf le prix des matériaux de l'ancien bâtiment, s'ils avoient quelque valeur. En effet, s'il n'eût pas fait rebâtir la maison, il n'eût dû que le rapport du sol et de ses matériaux. Donc, s'il a fait rebâtir, il lui est dû, non pas, à la vérité, ce que le bâtiment lui a coûté, mais le prix qu'il vaut au moment du décès.

Mais si la maison a péri par le fait ou la faute du donataire ou de ses ayant-cause, *putà*, par défaut d'entretien, ou autre semblable, il ne doit lui être tenu compte que de la plus-value du nouveau bâtiment sur l'ancien. Le motif de cette décision est trop clair pour avoir besoin d'explication.

Quid, à l'égard de dépenses voluptuaires ? Le donataire peut enlever tout

BIU Cujas

ce qui peut l'être sans détériorer le fonds; mais il ne peut rien réclamer au-delà.

(6) *Il a droit de les répéter*, si toutefois ce ne sont pas des dépenses usufructuaires ou d'entretien : elles sont charges des fruits que gagne le donataire; il ne peut donc en répéter le montant. Il seroit même garant des dégradations que le défaut d'entretien auroit occasionnées. (Art. 605.)

(7) *N'en soit pas augmentée ;* et par conséquent, lors même que le fruit de ses impenses seroit péri depuis : si, par exemple, une ferme a été donnée, et que le donataire ait fait réparer une grange qui a été brûlée depuis par cas fortuit. Et en effet, dès que le rapport a lieu, le principe est, comme nous l'avons dit dans la note (4) ci-dessus, que le défunt est présumé n'avoir jamais cessé d'être propriétaire de l'objet. Or, dans cette hypothèse, comme l'impense est supposée nécessaire, l'on doit présumer que le donateur l'eût faite également; il est donc devenu plus riche, *quatenùs propriæ pecuinæ pepercit.*

Mais le donataire peut-il répéter les impenses nécessaires, si l'immeuble a péri entièrement par cas fortuit ? Je ne le pense pas. En vain diroit-on que, si la chose fût restée entre les mains du donateur, il eût fait la dépense, et la chose n'en seroit pas moins périe. Je répondrai que la supposition que l'objet est resté dans la main du donateur, ne doit être faite, qu'autant que le rapport a effectivement lieu. Or, ici, il n'y a pas lieu au rapport, puisque la chose a péri par cas fortuit.

Par la même raison, il faudroit décider que, lors même que la chose existeroit, si la restitution des impenses nécessaires excédoit la valeur actuelle de l'objet, les cohéritiers pourroient, en n'exigeant pas le rapport, se dispenser d'en tenir compte au donataire.

Mais, dira-t-on, il résulte de la loi 18, §. 4, ff. *Commodati*, que le commodataire a l'action contraire pour répéter les dépenses qu'il a faites sur la chose prêtée, quand même elle seroit périe depuis. Je réponds que, dans le commodat, le prêteur n'a jamais cessé un instant d'être propriétaire de la chose prêtée. Or, tout propriétaire est tenu de rembourser les impenses nécessaires qui ont été faites sur sa chose : il eût été obligé de les faire; et par conséquent, *locupletior factus est, quatenùs propriæ pecuniæ pepercit.* Mais dans l'espèce dont il s'agit, la propriété appartenoit au donataire au moment où il a fait les dépenses. Cette propriété étoit, à la vérité, résoluble sous condition; mais comme la condition ne s'est jamais réalisée, puisque, dans l'hypothèse, le rapport n'a pas lieu, il en résulte que l'objet a définitivement cessé d'appartenir au donateur, du moment de la donation, et que, par conséquent, toutes les dépenses qui ont pu être faites depuis, doivent tomber à la charge du propriétaire, c'est-à-dire, du donataire.

Les intérêts des impenses sont-ils dus au donataire ? Oui, à compter du jour

BIU Cujas

de l'ouverture de la succession. Ces intérêts sont une charge des fruits qui appartiennent à la succession, à partir de cette époque.

(8) *Ou de la moins-value.* Doit-il les intérêts de la somme à laquelle est fixée cette moins-value? Je pense qu'il faut distinguer : Si, des dégradations, il est résulté une diminution dans le revenu de l'immeuble, les intérêts sont dus à compter de l'ouverture de la succession, en indemnité du préjudice qu'éprouve la succession à laquelle ces revenus appartiennent à compter du décès. Dans le cas contraire, je ne pense pas que les intérêts soient dus.

De quelles réparations est tenu le donataire? Nous avons déjà vu qu'il est tenu, sans répétition, de toutes celles d'entretien, dites usufructuaires. Quant aux grosses réparations, il en est également tenu, dans le sens que, s'il ne les a pas faites, il est responsable des détériorations qui en sont résultées; mais s'il les a faites, il peut les répéter contre la succession.

(9) *Pour la succession.* C'est encore d'après le principe établi dans la note (5) ci-dessus. Pour qu'il y ait lieu à répétition contre le donataire, il faut que la succession soit devenue plus pauvre, et qu'elle le soit devenue par le fait du donataire. Si elle est devenue plus pauvre, c'est-à-dire, si l'immeuble a diminué de prix, ou même a péri tout-à-fait, mais sans que le donataire y ait contribué, elle n'a aucune action à exercer contre lui. Si c'est par le fait du donataire, il est tenu d'indemniser la succession de la perte qu'il lui a causée, conformément aux articles 1382 et 1383.

Quid, si un immeuble a été donné à un successible, avec faculté de le retenir, en en payant la valeur, ou une somme quelconque fixée par le donateur? On a prétendu que, dans cette hypothèse, quoique l'immeuble eût péri par cas fortuit, le donataire n'étoit pas moins obligé de payer la valeur ou la somme fixée. On fonde cette décision sur l'article 1193 du Code, qui décide que l'obligation alternative devient pure et simple, si l'une des deux choses promises périt, et ne peut plus être livrée.

Il est évident que l'on confond ici deux obligations d'une nature bien différente, savoir : l'obligation alternative, et celle que, dans mes *Institutes*, j'appelle *facultative.* (Liv. 3, Titre V, chap. III, sect. IV.) Je dois telle maison, ou dix mille francs, à mon choix; voilà l'obligation alternative. Je dois telle maison, mais j'ai la faculté de me libérer en payant dix mille francs : l'obligation est facultative. Elles diffèrent en ce que, dans l'obligation alternative, les deux choses sont dues : elles sont toutes deux dans l'obligation; le créancier peut et doit les demander toutes deux, sous l'alternative sous laquelle elles sont dues. Dans l'obligation facultative, au contraire, il n'y a qu'une chose dans l'obligation; l'autre est seulement, comme disent les auteurs, *in facultate solutionis :* le créancier ne peut donc demander que la chose principale, jamais celle que le débiteur a la faculté de payer; et si le débiteur

BIU Cujas

ne s'acquitte pas, la condamnation et l'exécution ne peuvent avoir lieu que pour la chose principale.

De là il suit que, dans l'obligation alternative, si l'une des deux choses vient à périr, même par cas fortuit, l'obligation subsiste sur celle qui reste; car l'article 1302 décide bien que l'obligation est éteinte par la perte du corps certain qui est dans l'obligation, arrivée sans la faute du débiteur. Mais comme, dans l'obligation alternative, les deux choses sont dans l'obligation, il faut qu'elles périssent toutes deux, pour que l'obligation soit éteinte. Donc, si l'une seulement est périe, l'obligation subsiste sur celle qui reste.

Mais, dans l'obligation facultative, il n'y a qu'une seule chose dans l'obligation, puisqu'il n'y en a qu'une que le créancier puisse demander. Donc, lorsque cette chose est périe sans la faute du débiteur, l'obligation est éteinte, et le débiteur entièrement libéré.

En appliquant ces principes qui sont constans, à l'espèce proposée ci-dessus, l'on voit qu'on a supposé que le donataire devoit le rapport en nature, si mieux il n'aimoit payer telle somme. Or, il est évident qu'il ne peut être forcé de payer la somme; elle n'est donc pas dans l'obligation. Car cela seul est dans l'obligation, que le créancier peut demander, et que le débiteur peut être obligé de payer. Il n'y a donc réellement d'obligation que celle du rapport. Or, l'obligation du rapport, en matière d'immeubles, s'éteint par la perte de l'objet donné, arrivée par cas fortuit, et sans la faute du donataire ou de ses ayant-cause. Donc il faut dire, dans l'espèce proposée, que si la maison donnée a péri par cas fortuit, l'obligation du rapport n'existe plus, même à l'égard de la somme que le donataire avoit la faculté de payer.

Page 42.

(1) *Avant l'ouverture de la succession.* A compter de cette ouverture, la succession est devenue propriétaire. (Art. 856.) A partir de cette époque, le donataire n'a donc pu aliéner.

Il résulte du principe posé dans l'article 860, que l'action en rapport ne se donne jamais contre les tiers détenteurs qui ont acquis avant l'ouverture de la succession, à la différence de l'action en réduction pour la légitime, qui, aux termes de l'article 930, a lieu même contre les acquéreurs, mais seulement dans le cas où le donataire est insolvable. Si donc la donation faite au successible excède la portion disponible, et que ce dernier ne soit pas en état de payer la valeur de cet excédant, les légitimaires pourront le revendiquer contre tout détenteur. Mais il faut, comme nous venons de le dire, que le donataire soit insolvable, puisqu'aux termes de l'article 930, il doit être discuté dans ses biens, avant que l'action puisse être exercée contre l'acquéreur. Il ne faut donc pas dire, avec quelques auteurs, que le donataire ne peut, dans ce cas, empêcher l'action en revendication contre les acqué-

BIU Cujas

reurs, même en offrant de rapporter la valeur de l'excédant à l'époque de l'ouverture de la succession; puisque, quand même il ne l'offriroit pas, il suffiroit qu'il eût dans ses biens de quoi payer cette valeur, pour que les légitimaires fussent obligés de le discuter, avant de pouvoir attaquer les acquéreurs. C'est une suite du système qui favorise la circulation des biens, et qui maintient, autant que possible, les aliénations.

Mais *quid*, si l'immeuble donné et aliéné par le donataire, excède sa portion héréditaire, mais non la disponible, ses cohéritiers auront-ils, en cas d'insolvabilité du donataire, action contre l'acquéreur pour l'excédant de la portion héréditaire? Espèce: Un père a 100,000 fr. de biens, et cinq enfans. La portion disponible est de 25,000 fr., et la part héréditaire de chaque enfant, de 20,000 fr. Il a donné à l'un de ses enfans un immeuble valant 25,000 fr. Le donataire a aliéné l'immeuble, et après la mort du père a accepté la succession. Il doit donc, 1°. ne rien prendre dans la succession; et 2°. remettre encore 5,000 à la masse. Il est insolvable. Pourra-t-on subsidiairement inquiéter l'acquéreur? Je ne le pense pas. L'action subsidiaire n'a lieu contre les acquéreurs que pour le complément de la légitime. Or, ici la donation n'entame pas la légitime, puisqu'elle n'est pas supérieure au disponible. Les 5,000 fr. ne sont dus qu'en vertu de la loi du rapport, qui n'a aucun effet à l'égard des tiers acquéreurs.

(2) *Relativement au rapport en nature.* Mais comment fera-t-on l'évaluation, si l'immeuble a péri par la faute du donataire ou de l'acquéreur? On estimera ce qu'il auroit valu, s'il eût existé, au moment de l'ouverture de la succession.

(3) *Au moment de l'ouverture de la succession*, quel que soit le prix de la vente. (*Voyez* la note (4) de la page précédente.) Cependant je pense avec POTHIER, qu'il faut distinguer: Si l'aliénation a été nécessaire; *putà*, si le terrain donné a été pris par le Gouvernement pour la construction d'un chemin, ou pour tout autre établissement public, le donataire ne doit que le prix qu'il a réellement reçu. C'est toujours d'après le même principe. Si l'objet fût resté dans les mains du donateur, celui-ci eût été également forcé d'aliéner, et il n'eût reçu que le même prix qui a été payé au donataire. Mais aussi je pense, par réciprocité, que, dans ce cas, le prix seroit toujours dû, quand même l'objet auroit péri depuis la vente. Il ne seroit pas davantage péri entre les mains du donateur,

Les mêmes décisions doivent avoir lieu, si l'objet donné étoit une portion d'immeubles, et que le donataire en ait été dépossédé par suite d'une licitation poursuivie contre lui. Mais si c'est lui qui l'a poursuivie, appliquez ce qui vient d'être dit relativement à l'aliénation volontaire. (Argument tiré de la Loi 78, §. 4, ff. *de Jure dotium*, et de l'article 1667 du Code Civil.)

(4) *Si l'immeuble a péri par cas fortuit*, soit avant, soit depuis la mort du

BIU Cujas

donateur. Il y a cependant cette différence que, si la perte a eu lieu avant la mort, la succession n'a rien à répéter ; au lieu que, si c'est après la mort, les fruits que le donataire a pu percevoir, depuis l'ouverture de la succession jusqu'au moment de la perte, doivent être restitués.

(5) *Pour prix de la vente.* Toujours le même principe. Si l'immeuble fût resté dans les mains du donateur, il ne se trouveroit plus dans sa succession, puisque nous supposons qu'il a péri par cas fortuit.

Mais si c'est une maison qui ait été donnée, et qui soit périe par l'effet d'un incendie, admettra-t-on la disposition de l'article 1733, d'après lequel l'incendie est présumé non fortuit, jusqu'à preuve contraire ?

Cette question est délicate. Peut-être pourroit-on distinguer ainsi qu'il suit : Si le donataire habitoit lui-même la maison au moment de l'incendie, je crois qu'à l'égard de la succession, il doit être assimilé à un locataire, et que l'on doit lui appliquer la disposition de l'article 1733 ; en conséquence, il répondra de l'incendie, jusqu'à preuve contraire.

Mais si la maison est louée à des locataires, je ne pense pas qu'il en doive être de même par rapport à lui. En effet, l'incendie, quoique présumé non fortuit à l'égard des locataires, est toujours un cas fortuit pour le propriétaire. Dira-t-on qu'il doit répondre des faits de ses locataires, comme il répond de ceux de l'acquéreur ? Je réponds qu'il y a une différence : il pouvoit ne pas vendre ; mais il ne pouvoit pas ne pas louer. On ne pouvoit pas exiger qu'il gardât entre ses mains une propriété absolument inutile. Si, donc, il a apporté dans le choix de ses locataires les soins d'un bon père de famille ; s'il n'a pas loué à des personnes d'un état dangereux, autre que celui auquel la maison étoit destinée, je pense qu'il est seulement tenu de rapporter l'action qu'il a contre les locataires, d'après l'article 1733. Rappelons toujours le principe. Si l'objet fût resté entre les mains du donateur, n'eût-il pas été obligé de louer ? et alors le même accident n'eût-il pas pu lui arriver ?

(6) *Quant à la quotité. Quid*, s'il y a eu variation dans les espèces ? Il doit le rapport de la même somme numérique qu'il a reçue, et il ne doit que cela. (Argument tiré des art. 868 et 1895.)

(7) *Au moment de la donation.* Ceci est une exception au principe que nous avons posé ; car si les meubles fussent restés dans la main du donateur, certainement ils n'auroient pas valu, à l'époque de son décès, ce qu'ils valoient au temps de la donation, quand même il ne s'en seroit pas servi. Cela me paroît fondé sur ce qu'en fait de meubles, le rapport en nature n'a jamais lieu, et par conséquent le donataire est regardé comme ayant été propriétaire irrévocable des objets donnés, du moment de la donation. S'ils sont péri, même par cas fortuit, ils sont donc péris pour lui, et il n'en est pas moins tenu au rapport. Au reste, le Code n'a fait, à ce qu'il paroît, que confirmer l'ancien droit, et j'avoue même qu'il est assez difficile de dire pourquoi l'on

BIU Cujas

a adopté cette disposition en matière de rapport, tandis que l'article 922 décide qu'en matière de réduction pour la légitime, qui paroît encore plus favorable que le rapport, les objets mobiliers doivent être estimés d'après leur valeur au moment du décès. (*Voyez* ci-après la note (6) de la p. 64, *in fine*.)

Quid, si ce sont des rentes qui ont été données, le donataire pourra-t-il rapporter les contrats, ou sera-t-il tenu de prendre en moins une somme égale aux capitaux ? La raison de douter est que les rentes sont actuellement meubles ; il paroîtroit donc qu'on devroit leur appliquer la disposition de l'article 868. Je pense néanmoins qu'elles doivent être placées dans une catégorie particulière. Il est évident que l'article 868 ne s'applique qu'aux meubles corporels, puisqu'on exige un état estimatif, ou, à défaut, une estimation par experts. L'article 869 ne parle que de l'argent comptant : or, les rentes ne peuvent être rangées dans aucune de ces deux classes. D'abord les rentes ne sont pas comparées, même dans le Code, aux meubles corporels. (Argument tiré des articles 533 et 536.) Elles ne sont pas comparées davantage à l'argent comptant ; car l'article 1567 dit que, si la dot comprend des contrats de constitution de rente qui aient péri sans la faute du mari, il est quitte en restituant les contrats. Or, s'il avoit reçu de l'argent comptant, les cas fortuits seroient à ses risques. Je pense donc que, malgré la qualité de meubles, donnée aux rentes, on doit leur appliquer l'article 1567, et obliger seulement le donataire à rapporter les contrats. Si les rentes ont été remboursées avant le décès, il devra tenir compte de ce qu'il a reçu. Ce cas doit être comparé à celui d'une aliénation forcée.

Quid, si c'est un office qui a été donné ? L'on tenoit anciennement qu'il en étoit comme des meubles ; que par conséquent l'office étoit aux risques du donataire, et qu'il en devoit le prix d'après la valeur au moment de la donation. (Pothier, *des Successions*, chap. 4, §. 7.) Et il paroît qu'il en seroit de même aujourd'hui. *Voyez* deux arrêts de Cassation, l'un du 5 juillet 1814. (Sirey, 1815 ; 1re. partie, pag. 12), et l'autre du 21 novembre 1815; (*Ibid*, 1816; 1re. partie, pag. 75.)

Page 43.

(1) *Une part égale*, mais d'une égalité relative, c'est-à-dire, proportionnée à la partie héréditaire de chaque héritier.

(2) *A compter de la même époque*, et sans demande, quand même ce seroit de l'argent comptant. C'est une exception à l'article 1153, fondée sur plusieurs raisons :

1°. On a voulu maintenir l'égalité entre les cohéritiers.

2°. On n'a pas voulu obliger les cohéritiers à faire, les uns vis-à-vis des autres, des actes de procédure, qu'ils ne pourroient d'ailleurs faire, qu'après avoir pris connoissance de l'état de la succession et des donations faites; ce qui

BIU Cujas

peut entraîner de longs délais, pendant lesquels le donataire jouiroit des sommes données, au préjudice de la succession.

Quid, si c'est un usufruit qui a été donné? Je pense que le donataire ne doit rapporter que le droit d'usufruit; mais qu'il gagne les fruits perçus jusqu'au moment du décès. (Argument tiré de l'article 588.) On pourra objecter contre cette décision, qu'elle donne autant de droit au donataire de l'usufruit, qu'au donataire de la propriété. Cela est vrai; mais, d'abord, il est constant que, pour ce qui regarde les fruits, l'usufruitier est entièrement *loco domini*: il y a toujours, d'ailleurs, cette différence que le donataire en usufruit ne peut jamais devenir propriétaire, même en renonçant; qu'il n'a pu aliéner l'immeuble, même avant l'ouverture; qu'il n'a jamais été tenu de faire les grosses réparations, ni par conséquent responsable des dégradations que le défaut de ces réparations a pu occasionner, etc.

Les mêmes dispositions s'appliquent à la rente viagère, constituée au profit d'un successible, soit sur sa tête, soit sur celle de tout autre. Le donataire ne sera pas tenu de restituer les arrérages échus avant le décès; mais, à compter du décès, les héritiers auront droit de jouir de la rente jusqu'à son extinction.

Quid, s'il s'agit d'une rente dont le défunt, *donandi animo*, s'est constitué débiteur envers un successible; celui-ci sera-t-il dispensé du rapport pour les arrérages échus, mais non reçus par lui, avant le décès? La règle me paroît générale, et nullement susceptible d'exception. Dès qu'elle attribue au donataire la propriété de tous les fruits jusqu'au moment du décès, sans l'obliger au rapport à raison desdits fruits, il s'ensuit que, dans l'espèce, il doit être regardé comme créancier du montant des fruits échus, et comme confondant cette créance, mais seulement pour sa part héréditaire; le contraire avoit été jugé, à Paris, le 26 décembre 1815. Mais cet arrêt a été cassé avec raison, le 31 mars 1818. (*Bulletin*, n°. 27.)

Quid, si la donation est de meubles? Les intérêts sont toujours dus. Car dans ce cas, le donataire, ne pouvant faire le rapport en nature, est obligé de rapporter du numéraire, dont les intérêts sont dûs à compter du jour du décès.

(3) *Du partage.* Remarquez que c'est dans ce paragraphe seul que se trouve réglé tout ce qui a rapport au partage des droits successifs. En conséquence, quoiqu'il soit placé sous la rubrique des successions *ab intestat*, il faut tenir néanmoins qu'il s'applique également au partage qui a lieu entre tous successeurs à titre universel, donataires, légataires, enfans naturels, etc., car autrement il faudroit dire qu'il n'existe aucune règle à l'égard de ces derniers.

(4) *Nul ne peut être contraint à y demeurer.* Ce principe s'applique au partage, non seulement des successions, mais encore de tout ce qui est possédé, à quelque titre que ce soit, par plusieurs personnes indivisément, c'est-à-dire, sans que la part de chacun soit distincte et séparée.

BIU Cujas

Mais observez néanmoins que cela ne s'applique point aux choses qui, par leur nature, ne sont point susceptibles de division. Telle seroit une servitude de passage ou d'aqueduc, due à un fonds possédé indivisément par plusieurs personnes. Elles ne pourroient, en se partageant le fonds, se partager le droit de servitude. Elles pourroient tout au plus convenir d'un mode pour la jouissance: (L. 19, §. 4, ff. *Comm. divid.*) Il en seroit de même d'un passage formant l'entrée commune de deux maisons, et qui ne seroit pas assez large pour être divisé. (§. 1, *ibid.*)

(5) *Par aucune prohibition*, de la part du testateur. Mais le testateur pourroit-il défendre le partage au moins pour cinq ans? Quelques personnes ont soutenu la négative, fondée sur ce qu'il est dit dans l'article 815, que le partage peut être suspendu, à la vérité, mais seulement par une convention entre les cohéritiers. C'est encore là une de ces interprétations littérales qui me paroissent devoir être proscrites. En général, le testateur peut imposer toutes les conditions qui ne sont pas prohibées par la loi: or, celle de ne pas faire le partage dans les cinq ans, est de ce nombre, puisque la loi permet aux héritiers d'en faire la stipulation. Mais il est bien entendu qu'il s'agit du cas où les héritiers ont été institués par testament; ou, s'ils sont légitimes, la condition ne sera valable, qu'autant que le testateur en aura institué d'autres, pour le cas où les premiers n'obtempéreroient pas à sa volonté; car, autrement, la condition imposée seroit nulle, puisqu'on pourroit y désobéir impunément.

(6) *Seroit nulle de droit.* C'est-à-dire qu'il ne seroit pas besoin d'en faire prononcer la nullité en justice. Remarquez que cette disposition ne s'appliqueroit pas aux sociétés contractées pour un temps limité, dont la dissolution ne peut être demandée avant le temps fixé, sans une cause légitime. (Art. 1871.)

(7) *Tant que dure l'indivision.* C'est-à-dire que l'un des co-propriétaires ne peut pas argumenter de ce que la chose est restée indivise depuis trente, quarante, même cent ans, pour prétendre qu'elle doit toujours rester dans le même état.

(8) *Un des cohéritiers*, ou des copropriétaires, s'il ne s'agit pas du partage d'une succession.

Quid, si tous les cohéritiers ont joui séparément? Je pense qu'il faut distinguer: Si la succession est purement mobilière, on présumera qu'il y a eu partage amiable et sans écrit. En fait de meubles, la possession vaut titre (Art. 2279), et conséquemment l'action en partage ne pourra plus être intentée. Mais s'il y a des immeubles, la même présomption ne pouvant avoir lieu, l'action en partage ne sera éteinte que par la prescription.

(9) *Pour la prescription*, c'est-à-dire pendant trente ans. *Sic* jugé par un arrêt de Paris, du 16 janvier 1598, rapporté par Rousseaud de La Combe, *verbo* Partage, sect. 1re. nº. 2, *in fine*. Quelques personnes avoient pensé qu'il suffisoit de la prescription de dix ou vingt ans; mais il est évident que cette

BIU Cujas

opinion n'est pas admissible. Pour cette espèce de prescription, il faut un titre, et, dans l'espèce, il ne pourroit y en avoir d'autre qu'un partage, qu'on suppose ne pas exister. Mais, dit-on, après trente ans, la propriété est acquise; il étoit donc fort inutile de dire qu'après ce temps l'action en partage est prescrite. Je réponds que cela n'est pas inutile, parce qu'on venoit de décider, dans l'article 715, que l'action en partage étoit imprescriptible; il falloit bien conséquemment dire que néanmoins elle seroit prescrite, quand l'un des cohéritiers auroit joui séparément pendant le temps requis pour la prescription.

Au reste, il est évident que cela ne s'applique qu'au cas où la chose est restée entre les mains du cohéritier; car s'il l'a transférée à un tiers, il n'est pas douteux que ce dernier ne puisse, s'il a titre et bonne foi, prescrire la chose par dix ou vingt ans. Mais alors c'est la propriété de cette chose qui est prescrite, et non point l'action en partage, qui subsiste toujours, sauf l'action en indemnité que peuvent exercer les autres cohéritiers, contre celui qui a aliéné la chose prescrite.

Quid, si l'un des cohéritiers a joui de toute la succession, pendant trente ans? S'il a joui en son nom, et comme seul propriétaire, alors la demande en partage seroit une véritable pétition d'hérédité, qui seroit éteinte par la prescription. *Sic* jugé à Paris, le 14 mai 1813, et en Cassation le 5 janvier 1814. (Sirey, 1814; 1re. partie, page 192.)

(10) *Ses droits successifs.* En seroit-il de même, si le cohéritier avoit vendu sa part dans un objet particulier de la succession? Je suis d'avis de l'affirmative. Je pense que l'on peut poser en principe général, sur cette question, que le retrait successoral peut avoir lieu, toutes les fois que la vente donne à l'acquéreur le droit de s'immiscer dans les opérations du partage. Or, il a ce droit, même lorsqu'il a acquis la part du cohéritier dans un objet particulier; car, comme la vente ne peut avoir effet, qu'autant que l'objet tombera dans le lot du cohéritier vendeur, il est évident que l'acquéreur a intérêt d'intervenir, pour tâcher de l'y faire tomber. Il pourroit même arriver qu'une vente pareille causât plus de préjudice, apportât plus d'entraves, au partage, que la vente des droits successifs en général. Car, dans ce dernier cas, l'acquéreur n'a que le même intérêt qu'auroit eu le cohéritier vendeur, celui d'avoir une part égale à celle des autres, de quelque manière qu'elle soit composée. Mais lorsque la vente est d'un objet singulier, l'acquéreur a un intérêt qui lui est personnel, celui de faire tomber tel objet dans tel lot, et par conséquent d'entraver toutes les opérations, même les plus utiles, qui pourroient avoir un autre résultat.

Mais remarquez que l'art. 841 n'est applicable, dans aucun cas, qu'autant que la vente a lieu avant le partage. *Secùs*, si elle lui est postérieure, et quand même l'objet seroit resté indivis, parce qu'alors la part de chacun dans l'objet, étant déterminée, la vente ne peut préjudicier aux droits des autres cohéritiers, ni procurer à l'acquéreur les moyens de s'immiscer dans les secrets de la famille.

BIU Cujas

(11) *A un étranger*, c'est-à-dire, à une personne qui ne soit pas héritière, quand même ce seroit un parent du défunt.

Quid, si le cessionnaire est un successible, mais qui ait renoncé à la succession, pour s'en tenir aux dons qui lui ont été faits? Il ne peut être écarté. Le motif de l'art. 841 a été d'empêcher des personnes étrangères de venir s'immiscer dans les secrets et les affaires d'une famille, et d'y porter un esprit de chicane et d'intérêt, dont on peut croire que des parens ne sont pas susceptibles. Ce motif ne peut s'appliquer à un successible, quoique par le fait il ne vienne pas à la succession. Jugé ainsi en Cassation, le 14 mars 1810, (SIREY, 1810, 1re. partie, pag. 230.) Et je pense qu'il en seroit de même si le cessionnaire, sans être un successible, se trouvoit précisément être celui qui viendroit à la succession à défaut du vendeur.

PAGE 44.

(1) *A titre onéreux* Cette distinction étoit posée dans les lois, *per diversas*, et *ab Anastasio*, 22 et 23, Cod. *Mandati*, qui, les premières, ont établi un retrait à-peu-près semblable; et elle est maintenue par l'article 841, puisqu'il y est dit que l'on devra rembourser au cessionnaire *le prix* de la cession. D'ailleurs, on ne suppose pas dans le donataire le même esprit de cupidité que dans un acquéreur à prix d'argent. A la vérité, il seroit possible qu'il résultât de là un moyen de frauder la loi, en déguisant une vente sous la forme d'un contrat à titre gratuit. Mais les risques que courroit l'acquéreur, dans ce cas, le détourneront souvent d'employer une pareille ruse. Car, d'abord, la cession seroit révocable pour raison de survenance d'enfans au cédant: elle seroit réductible pour la légitime de ses enfans; elle pourroit être attaquée par ses créanciers, etc.

Quid, si le cessionnaire a donné en payement un corps certain, meuble ou immeuble? Il y a lieu à appliquer la disposition de l'article 841, puisque la cession est faite à titre onéreux. Mais alors que devra rendre le retrayant? Ce ne pourra être le corps certain qui a été donné en payement, puisqu'il ne l'a pas à sa disposition; ce sera donc seulement sa valeur. C'est un désagrément, à la vérité, pour le cessionnaire; mais c'étoit à lui à le prévoir, et à ne pas s'y exposer. *Sic* jugé à Limoges le 15 décembre 1812, et en Cassation le 19 octobre 1814. (SIREY 1815; 1re. partie, pag. 112.)

(2) *Les autres cohéritiers*, ou même un seul, et quand il seroit héritier bénéficiaire. L'article ne distingue pas, et le motif de la loi est le même. D'ailleurs, plus la succession est embarrassée, plus l'on doit craindre de mettre le feu dans les affaires. Mais s'il y a plusieurs cohéritiers, et qu'un seul exerce le retrait, devra-t-il garder la part qu'il a retirée, ou la remettre en commun, en prélevant ce qu'il a remboursé au cessionnaire, en sus de ce qu'il doit payer pour sa part dans le prix? La raison de douter se tire du principe adopté dans les lois

BIU Cujas

Romaines, que, *venit in actionem familiæ erciscundæ, omne lucrum quod heres ex hereditate sensit.* Or, le droit de retraire la part vendue à un étranger, est un bénéfice que l'héritier retire de la succession; car il n'a ce droit qu'en qualité d'héritier. Néanmoins je pense qu'il peut garder cette part pour lui seul; et je me fonde sur ce qu'il eût pu l'acquérir; et s'il l'eût fait, ses cohéritiers n'eussent pu le forcer de la remettre en commun. Or, on ne peut le traiter plus mal, parce qu'il a voulu faire le bien de la succession, en empêchant un étranger de s'y immiscer. *Sic* jugé à Riom le 21 janvier 1809. (Sirey, 1813; 2e. partie, pag. 324.)

Mais, dans le cas où il existe des héritiers de plusieurs lignes ou de plusieurs branches, ont-ils tous le droit de concourir au retrait? On a prétendu qu'il devoit être établi en principe général, que ceux-là doivent être préférés pour le retrait, qui auroient recueilli la part du cédant, si, au lieu de vendre, il eût renoncé; et qu'ainsi, l'on devoit préférer les héritiers de sa ligne, et, dans sa ligne, ceux de sa branche. L'on donne pour motif de cette décision, qu'autrement ce seroit donner aux héritiers d'une ligne, le moyen de venir participer aux biens de l'autre ligne; et cela contre le vœu du Code, qui n'admet de dévolution d'une ligne à l'autre, qu'à défaut de tout successible dans l'une des deux. Mais cette raison me paroît nulle, ou au moins inapplicable au cas de retrait. Car l'article 841 décide, et les partisans de l'opinion que nous venons d'énoncer, en conviennent eux-mêmes, que, si la part d'un héritier d'une ligne, a été acquise par un héritier d'une autre ligne, il n'y a pas lieu au retrait. Or, dans ce cas cependant, il y a dévolution; donc, etc.

(3) *En lui remboursant ce qu'il a payé*, réellement. Si les retrayans prétendent qu'il y a simulation dans le prix, ils pourront, suivant les circonstances, être admis à la preuve. (Sirey, 1812; 2e. partie, pag. 379.) Je pense également que, si la cession paroissoit avoir été faite à titre gratuit, ils pourroient, suivant les circonstances, être admis à prouver qu'elle a eu lieu à titre onéreux.

(4) *Mineurs ou interdits.* Mais si la succession est entièrement mobilière, le mineur émancipé ne pourra-t-il pas provoquer le partage, avec l'assistance de son curateur (art. 482)? Les articles 484 et 817 décident la négative en général, et sans aucune distinction. Dans l'ancienne jurisprudence, l'on regardoit une universalité de meubles, comme un immeuble à l'égard d'un mineur; et il paroît que ce principe a été conservé dans le nouveau droit, puisqu'il est décidé, en général, que le tuteur ne peut répudier ni accepter une succession, quelle qu'elle soit, mobilière ou immobilière, sans l'autorisation du conseil de famille.

Cette même autorisation est exigée pour la demande en partage, parce que le partage est réellement, comme le décident les lois Romaines, une espèce d'aliénation. On tient, à la vérité, dans notre droit, que le partage n'est pas translatif, mais seulement déclaratif de propriété. Mais cette maxime, dont

BIU Cujas

nous donnerons plus bas le développement, n'est, dans le fait, qu'une fiction, qui a été imaginée uniquement pour la commodité des partages, et qui doit être restreinte au cas pour lequel elle a été établie; car, dans la réalité, l'effet du partage étant de restreindre aux objets compris dans chaque lot, le droit général que chaque cohéritier avoit auparavant sur tous les objets composant la masse de la succession, il est évident que c'est une aliénation, et que, par conséquent, le tuteur doit être autorisé pour le provoquer. Mais il n'a pas besoin de l'être pour y défendre, parce qu'il s'agit alors d'une aliénation nécessaire, et que, d'ailleurs, dès qu'un mineur est intéressé dans un partage, il doit être fait en justice, et homologué.

(5) *A l'égard des cohéritiers absens*, c'est-à-dire déclarés absens. Pendant la présomption d'absence, ils sont représentés par un notaire. (Art. 113.)

(6) *Aux envoyés en possession.* Bien entendu qu'il s'agit d'une succession échue avant la disparition ou les dernières nouvelles; car si elle étoit échue depuis, l'absent n'y auroit aucun droit. (Art. 136.)

Quid, si l'époux présent a opté pour la continuation de la communauté, et a empêché par là l'envoi en possession? Il faut distinguer : Si c'est la femme qui est absente, l'on appliquera l'article 818, sauf que, dans les cas où la femme auroit dû être appelée, on appellera ceux qui étoient ses héritiers présomptifs au moment de la disparition ou des dernières nouvelles.

Si c'est la femme qui est présente, elle ne pourra, dans aucun cas, provoquer le partage de la succession échue au mari, ou y défendre, sans l'intervention des héritiers présomptifs de ce dernier.

(7) *Ou de justice.* C'est toujours par le motif que, pour ce qui concerne la capacité des parties, le partage est regardé comme une aliénation.

(8) *Meubles ou immeubles.* En général, les immeubles échus aux époux par succession, ne tombent pas dans la communauté. Cependant il en peut être autrement, par l'effet d'une stipulation particulière portée au contrat de mariage; *putà*, par l'effet d'une clause d'ameublissement, ou s'il y a communauté à titre universel.

Quid, si la succession est de nature à tomber dans la communauté, mais qu'il y ait, dans le contrat de mariage, une clause de reprise d'apport, en faveur de la femme, et en cas de renonciation, ne devra-t-on pas l'appeler au partage, puisqu'il est possible qu'en définitif elle renonce à la communauté, et qu'alors elle ait droit, au moyen de la clause de reprise d'apport, de prélever le montant de la succession? Je ne pense pas que cela doive rien changer à ce qui vient d'être dit. La clause de reprise d'apport n'empêche point que le mari ne soit maître des actions mobilières de sa femme; ce qui comprend même les actions relatives aux immeubles ameublis; sauf toutefois le recours de la femme contre le mari, si elle se croit lésée par le partage.

Je pense qu'il en doit être de même toutes les fois que la succession est mo-

BIU Cujas

bilière, quand même, par l'effet d'une clause de réalisation, elle se trouveroit exclue de la communauté. Nous verrons au Titre *du Contrat de Mariage*, que cette clause n'a aucun effet à l'égard des tiers, et n'a d'effet, même entre les époux, qu'au moment de la dissolution de la communauté.

(9) *Un partage provisionnel*, qui pourra conséquemment être toujours attaqué par la femme, sans qu'on puisse lui opposer la prescription pour tout le temps du mariage, attendu que l'action qu'elle intenteroit, pourroit réfléchir contre le mari. (Art. 2258.)

(10) *Soit en défendant.* L'article 1549 dit formellement que le mari a le droit de poursuivre, seul, les débiteurs et détenteurs des biens dotaux; ce qui comprend bien certainement le droit de provoquer un partage. *Nec obstat* ce qui a lieu sous le régime de la communauté, où tous les immeubles personnels de la femme sont réputés dotaux, et où l'on exige cependant son concours pour le partage définitif. En effet, dans la communauté, l'immeuble de la femme est dotal, à la vérité; mais, néanmoins, il peut être aliéné; et il ne peut l'être que par la femme duement autorisée. Or, il est dans l'ordre de faire intervenir au partage celle qui a seule le droit d'aliéner. Sous le régime dotal, au contraire, l'immeuble dotal ne peut être aliéné ni par la femme, ni par le mari, ensemble ou séparément; à quoi serviroit donc l'intervention de la femme, qui n'est pas plus capable que le mari, de consentir une aliénation? D'ailleurs, le mari est, sous ce régime, présumé mandataire général de sa femme, pour toutes les affaires relatives aux biens dotaux; ce qui comprend même les aliénations nécessaires de l'immeuble dotal, ainsi que nous l'allons voir tout-à-l'heure.

Secondement, il existe une grande différence entre le droit attribué au mari par ledit article 1549, et celui qui lui est attribué par l'article 1428, relatif au régime de la communauté. Aux termes de ce dernier article, le mari ne peut intenter seul que les actions possessoires appartenant à sa femme. L'article 1549 ne distingue pas : il donne en général au mari le droit de poursuivre les détenteurs des biens dotaux; ce qui comprend le pétitoire comme le possessoire.

Troisièmement, enfin, le Code paroît avoir distingué lui-même entre les aliénations nécessaires, et celles qui sont seulement utiles. En effet, après avoir dit dans l'article 1558, qui comprend les cas de nécessité, que l'immeuble dotal peut être aliéné avec permission de justice, il ajoute, dans l'article 1559, qu'il peut être échangé, *mais avec le consentement de la femme.* Ces derniers mots, précédés de la particule adversative, *mais*, indiquent que, jusque-là, ce consentement n'a pas dû être exigé. Or, le partage est un acte nécessaire.

On a jugé dans ce sens, à Aix, le 9 janvier 1810. (Sirey, 1811; 2e. part, pag. 469.)

BIU Cujas

PAGE 45.

(1) *Comme en matière sommaire.* Voyez le Code de Procédure, articles 404 à 413. Mais cette disposition ne doit avoir lieu, qu'autant que la contestation est relative aux formalités du partage, c'est-à-dire, au mode d'y procéder ou à la manière de le terminer. Car si, par exemple, il y a contestation sur les qualités, sur la question de savoir si l'un des prétendans est héritier ou non, sur la validité d'un prélegs, sur l'obligation du rapport, en un mot, sur une question quelconque relative à la propriété, il n'y a pas de doute que la matière ne cesse d'être sommaire, et qu'on ne doive appliquer les règles ordinaires de la procédure.

(2) *Aux licitations.* La licitation est la mise aux enchères d'un bien qui ne peut se partager commodément.

(3) *En rescision du partage.* Il en est de même, 1°. des demandes relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort; et 2°. de celles des créanciers du défunt, formées antérieurement au partage. (*Cod. de Procéd.* art. 59.) Quant à celles qui sont faites postérieurement, elles doivent être portées devant les tribunaux des domiciles respectifs des héritiers. Le motif de cette distinction est que, tant que la succession est indivise, tous les papiers de la succession, et par conséquent, ceux qui peuvent être nécessaires pour répondre aux diverses demandes, sont dans le lieu où la succession est ouverte. Le tribunal de ce lieu est donc plus à portée que tout autre, de se procurer les renseignemens nécessaires. Après le partage, la même raison n'existe plus. Par le même motif, s'il n'y a qu'un héritier, comme alors il n'y a point de partage, il ne pourroit, s'il étoit assigné devant le juge de son domicile, demander son renvoi devant le juge de l'ouverture; mais s'il étoit assigné devant ce dernier juge, pourroit-il demander son renvoi devant le juge de son domicile? Je pense qu'il faut distinguer : Si l'instance s'est formée par suite d'une opposition aux scellés formée par les créanciers, ou de leur comparution à l'inventaire, le tribunal du lieu de l'ouverture pourra en être saisi; *secùs* dans le cas contraire.

Mais remarquez que la disposition de l'article 59 du Code de Procédure, ne s'applique pas au cas où une vente ayant été faite d'un immeuble de la succession, il y a lieu à ouvrir un ordre, même avant le partage; l'ordre doit, dans tous les cas, être porté devant le tribunal de la situation du bien vendu. *Sic* jugé en Cassation, le 18 avril 1809. (SIREY, 1815; 1re. part. pag. 194.)

Où doit être portée la demande en pétition d'hérédité? Je pense qu'il faut distinguer : Si le demandeur ne prétend pas exclure le défendeur de la succession, mais seulement la partager avec lui, comme c'est réellement alors une action en partage, c'est le cas d'appliquer le sixième alinéa dudit article 59; en conséquence, l'action doit être portée devant le tribunal du lieu de l'ouverture. Mais si le demandeur réclame la totalité de la succession, alors c'est

BIU Cujas

le cas d'appliquer le quatrième alinéa dudit article, et de décider que le demandeur a le choix d'assigner, ou devant le juge du domicile du défendeur, ou devant celui de la situation, c'est-à-dire, du lieu de l'ouverture.

Nota. Il a été jugé en Cassation, le 13 messidor an 13, que la demande en rescision d'une vente de droits successifs, devoit être portée devant le juge du domicile de l'acquéreur.

(4) *Dans le cas contraire.* C'est-à-dire, s'il y a des mineurs, interdits, ou des non-présens, qui seroient représentés, soit par un notaire à ce commis par le tribunal, soit par des envoyés en possession. Mais comme les frais du partage en justice sont beaucoup plus considérables que les frais du partage à l'amiable, ne doivent-ils pas être supportés par ceux des héritiers dont la qualité a exigé que le partage se fît de cette manière? Non. Tous les cohéritiers ont intérêt de faire un partage définitif et irrévocable. S'ils ne veulent pas supporter les frais, ils n'ont qu'à faire un partage provisionnel. (*Voyez la discussion du Conseil-d'Etat, sur l'article* 466.)

Observez que l'action en partage est sujette au préliminaire de conciliation, à moins qu'elle ne soit dans un des cas d'exception, portés dans l'article 89 du Code de Procédure; *putà*, s'il y a des mineurs, des interdits, ou si elle est formée contre plus de deux parties.

(5) *Et avec les formalités suivantes* ; lesquelles doivent être également observées, quand même toutes les parties seroient présentes et usant de leurs droits, si quelques-unes d'elles ne veulent pas consentir au partage à l'amiable.

(6) *Ou que la majorité des cohéritiers l'exige.* On doit y observer les formalités requises par les articles 945 à 951 du Code de Procédure.

De quelle majorité entend-on parler? Je pense que c'est de la majorité en sommes, et que, par conséquent, s'il n'y a que deux héritiers, un père et un frère, le frère fera à lui seul la majorité. Mais s'ils ont un intérêt égal, la majorité se détermine par le nombre. (Rousseaud de La Combe, *verbo* Partage, sect. 3, n°. 8, et Arg. tiré de l'art. 220 du Code de Com.)

Page 46.

(1) *Par experts*, au nombre de trois, afin d'éviter le partage d'opinions. Si cependant toutes les parties sont majeures, elles peuvent consentir à ce qu'il ne soit nommé qu'un expert. (*Proc.* art. 971.)

(2) *Nommés d'office.* L'article 466 dit que les experts seront nommés par le tribunal; l'article 824 dit qu'ils seront choisis par les parties, ou nommés d'office, mais seulement au refus des parties. J'ai dû suivre plutôt l'article 824, qui est au siége de la matière, et dont la disposition est d'ailleurs confirmée par l'article 969 du Code de Procédure, qui, étant postérieur au Code Civil, doit servir principalement à en déterminer le sens.

(3) *Les bases de l'estimation :* c'est-à-dire, que les experts ne doivent pas

BIU Cujas

se contenter de dire, *tel objet vaut tant;* mais qu'ils doivent donner le motif de leur avis. Ainsi ils diront : *telle ferme est composée de tant d'arpens de telle et de telle espèce de terres, dont les unes valent tant, les autres tant, etc. ; en conséquence, nous estimons la totalité à tant.* Comme les experts ne sont pas juges, et que le tribunal n'est pas absolument obligé de suivre leur avis, il est bon qu'il connoisse comment ils ont procédé, afin de pouvoir juger si leurs opérations sont exactes.

(4) *Et leur valeur.* Voir, pour les formalités des rapports d'experts, les articles 302 à 323 du Code de Procédure.

(5) *Par jugement*, ou dont les parties peuvent convenir, quand elles sont toutes majeures, présentes, et usant de leurs droits. (Art. 827.)

(6) *Et les étrangers :* c'est-à-dire, les personnes autres que les cohéritiers.

(7) *Y sont nécessairement admis.* Cette disposition est ajoutée, parce que, si toutes les parties sont présentes, et usant de leurs droits, l'admission des étrangers n'a lieu qu'autant qu'elle est requise par l'une d'elles; sinon, l'immeuble est licité entre les co-propriétaires seulement. (Art. 1687.)

Observez que, dans le cas où les étrangers sont admis, il faut distinguer si l'objet est adjugé à l'un d'eux, ou à l'un des co-propriétaires. Dans le premier cas, c'est une véritable vente, et l'on doit appliquer tous les principes de la vente. Dans le second cas, l'adjudication est regardée comme un partage, et en a tous les effets, relativement à la garantie, à la rescision, aux droits de mutation, à la résolution de toutes les charges imposées par les autres co-propriétaires, etc.

(8) *Soient déjà liquidés.* Il arrive quelquefois que, dans une succession composée de meubles et d'immeubles, les parties divisent entr'elles le mobilier par un premier partage, et laisse les immeubles en commun, en fixant cependant la part indivise que chacun des co-partageans doit y avoir. Lorsqu'ensuite le partage de ces immeubles est demandé, c'est le cas d'appliquer la disposition de l'article.

(9) *Après l'entérinement.* L'entérinement est ici la même chose que l'homologation.

(10) *Le juge-commissaire renvoie.* Observez 1°. que ce renvoi est forcé, et que, ni le juge-commissaire, ni le tribunal, ne peuvent se réserver les opérations du partage. Ainsi jugé à Paris, le 17 août 1810, conformément à l'article 976 du Code de Procédure, qui est impératif sur ce point (Sirey, 1811; 2°. partie, page 442); et 2°. que, si les parties se font assister d'un conseil chez le notaire, les honoraires de ce conseil sont à leur charge, et n'entrent point dans les frais de partage. (Procéd. 977.)

(11) *Si elles peuvent :* parce qu'elles n'ont le droit de choisir le notaire, qu'autant qu'elles sont toutes majeures, et usant de leurs droits.

(12) *Peuvent se devoir*, à raison des recettes et dépenses qu'ils ont pu

BIU Cujas

faire pour le compte de la succession, ainsi que des dommages qu'ils ont pu occasionner par leur faute aux choses dépendantes de la succession.

Quid, si l'un des héritiers a fait, pour la succession, des dépenses nécessaires, ou même utiles, peut-il en réclamer les intérêts, et de quand? Je pense que les intérêts sont dus, à compter du jour des avances constatées. (*L.* 18, Cod. *de Neg. gestis*, et Argument tiré de l'art. 2001.)

Si l'un des héritiers a reçu sa part dans une créance de la succession, et que le débiteur soit, depuis, devenu insolvable, sera-t-il tenu de rapporter à la masse commmune ce qu'il a reçu, conformément à l'article 1849? Non. Les héritiers ne sont point associés. D'ailleurs, les dettes, tant actives que passives, se divisent de plein droit entre les héritiers. En recevant sa part, il n'a donc reçu que ce qui lui étoit dû. *Suum recepit, et jura vigilantibus prosunt.* Par la même raison, s'il n'a payé que sa part dans une dette de la succession, il n'a rien à répéter contre ses cohéritiers.

Quid, s'il a trouvé un trésor, par l'effet du hasard, dans un fonds de la succession? Un auteur a pensé qu'il devoit le restituer en entier, attendu, dit-il, que l'article 716 ne donne la moitié à l'inventeur, qu'autant qu'il a trouvé le trésor dans le fonds d'autrui. Or, dit cet auteur, l'héritier n'a pas trouvé le trésor dans le fonds d'autrui, puisqu'il en est propriétaire en partie. J'avoue que je ne vois pas la conséquence de ce raisonnement. On auroit pu, à la vérité, appuyer cette opinion sur la loi 22, ff. *Famil. ercisc.* Mais il est aisé de répondre à cette loi avec POTHIER, que le mot *thesaurus* y est pris, improprement, pour une chose enfouie par le testateur lui-même; ce qui est prouvé par ces mots, *relictum à testatore.* Or, une chose n'est réellement un trésor, que quand on n'en connoît pas le propriétaire. Dans l'espèce de la loi 22, l'objet appartenoit au testateur; il faisoit donc partie da la succession; l'héritier devoit donc en tenir compte. Mais si c'étoit vraiment un trésor, je ne vois pas comment l'héritier, qui en auroit eu la moitié comme inventeur, s'il l'avoit trouvé dans un fonds étranger, perdra tout droit, parce qu'il l'a trouvé dans un fonds de la succession. Mais, dit-on, l'héritier doit faire participer ses cohéritiers, *omni lucro quod ex re hereditariâ sentit.* Cela est vrai; mais dans l'espèce, quel est le gain, *quod sentit ex re hereditariâ?* C'est la moitié qui appartient au propriétaire du fonds. Aussi suis-je bien d'avis que cette moitié doit être mise en commun, et qu'il ne peut y réclamer que sa part; mais quant à l'autre moitié, elle ne lui appartient pas, *propter rem hereditariam*, puisqu'il l'auroit toujours, quand même le fonds n'appartiendroit pas à la succession; il n'est donc pas tenu de la mettre en commun.

Nota. Lorsqu'il y a retour à payer par un des co-partageans, le droit de mutation sur le montant de ce retour est fixé au taux réglé pour les ventes. Autrement, les partages n'étant pas considérés dans notre droit comme des

BIU Cujas

actes d'acquisition, ne sont assujettis qu'au droit fixe de 3 francs. (Loi du 22 frimaire an 7, art. 68, §. 3, n^os. 253 et 254.)

PAGE 47.

(1) *D'après les règles établies au précédent paragraphe.* C'est cette formation de la masse, que l'on nomme *liquidation.*

(2) *Ne se fait pas en nature.* On prelève également les legs qui ont pu être faits aux héritiers à titre de préciput et hors part.

(3) *Soit en argent.* Ainsi, soit une succession dont chaque part soit de quarante mille francs: il y a deux héritages, dont l'un vaut quarante-cinq mille francs, et l'autre trente-cinq mille francs. Au lieu de morceler le premier de ces deux héritages, on fera un seul lot de chacun, et l'on chargera le lot qui a l'héritage de quarante-cinq mille francs, de payer à l'autre une somme de cinq mille francs. C'est cette somme que l'on nomme *soulte.*

(4) *Aucune hypothèque.* Or, comme l'inscription se prend ici en vertu de l'acte de partage, quel qu'il soit, et qu'aux termes de l'article 819 il peut être sous seing-privé, il s'ensuit que, dans le cas de l'article 2109, l'inscription peut être prise en vertu d'un acte sous seing-privé, duement enregistré. (*Voyez* d'ailleurs, au 3^e. vol., la note (10) de la page 148.)

Quid, si le cohéritier propriétaire du lot, et débiteur de la soulte, vend, au lieu d'hypothéquer? Je pense que, dans ce cas, le créancier de la soulte n'a que les quinze jours accordés par l'article 834 du Code de Procédure, à compter de la transcription de l'acte de vente, et que, s'il ne prend pas inscription dans ce délai, son privilége est perdu, au moins à l'égard de l'acquéreur.

Je sais bien qu'on oppose à cette opinion le premier alinéa de ce même article 834, qui, après avoir appliqué le principe de la nécessité de la transcription dans la quinzaine, aux créanciers privilégiés, ajoute: *sans préjudice des autres droits résultant au vendeur et aux héritiers, des articles* 2108 *et* 2109 *du Code Civil;* d'où il sembleroit résulter qu'on a voulu les excepter de la règle générale, qui exige l'inscription dans la quinzaine de la transcription.

Mais je réponds d'abord qu'il est impossible d'entendre l'article dans ce sens. Car le vendeur n'ayant, aux termes de l'article 2108, aucun délai pour faire transcrire ou pour prendre inscription, s'il n'étoit pas assujetti à la règle des quinze jours, il s'ensuivroit que son privilége ne pourroit jamais être purgé à l'égard de l'acquéreur; ce qui est formellement contraire au système actuel sur les hypothèques.

Voici, au surplus, dans quel sens cet alinéa me paroît devoir être entendu:

Je pense qu'une fois la quinzaine de la transcription passée, le premier vendeur, ou le cohéritier créancier de la soulte, peuvent bien encore, par une inscription prise en temps utile, conserver leur privilége, mais seulement à

BIU Cujas

l'égard des autres créanciers de leur débiteur, mais non à l'égard de l'acquéreur qui a fait transcrire. Je le prouve à l'égard du cohéritier, puisqu'il résulte de l'article 2109, que l'effet du privilége accordé par ledit article, est que, pendant les soixante jours, *aucune hypothèque* ne peut avoir lieu sur le bien chargé de soulte, au préjudice de la soulte. *Aucune hypothèque*, est-il dit, et non pas, *aucune aliénation*; ce qui s'accorde parfaitement avec le principe contenu dans l'article 2111, qui conserve le privilége des créanciers et légataires qui ont demandé la séparation des patrimoines, par une inscription prise dans les six mois, mais qui ne le conserve qu'à l'égard *des créanciers des héritiers*, et non à l'égard des acquéreurs. Cela tient au système que nous avons déjà fait remarquer, et qui préfère toujours les acquéreurs aux créanciers.

Si donc le vendeur, ou le cohéritier, n'a pas pris inscription dans la quinzaine, il a perdu tout droit contre l'acquéreur; il ne peut surenchérir: et si l'acquéreur a payé son prix, soit au vendeur lui-même, soit aux créanciers inscrits, il n'a aucun recours à exercer contre lui. Mais s'il a été procédé à un ordre, je pense qu'il suffit, pour la conservation du privilége, que l'inscription soit prise avant la clôture de l'ordre (Art. 2198; et *Procéd.*, 759); pourvu toutefois que le cohéritier soit encore dans les soixante jours. Qui pourroit, en effet, contester le privilége? Ce n'est pas l'acquéreur; il n'a pas d'intérêt: il lui est indifférent de payer son prix à Pierre ou à Paul, pourvu qu'il soit valablement libéré. Ce ne sont pas les créanciers, puisqu'il suffit que l'inscription soit prise dans le délai, pour que le privilége soit conservé à leur égard.

L'on voit, d'après cela, quel est le motif de l'addition de ces mots, dans l'article 834, *sans préjudice*, etc. Remarquez, en effet, que l'article ne dit pas, *sans prejudice des droits résultant au vendeur*, etc., mais, *sans préjudice des autres droits*, c'est-à-dire, des droits autres que celui dont on vient de parler. Or, dans l'alinéa précédent, on a parlé du droit que les créanciers inscrits dans la quinzaine peuvent exercer contre l'acquéreur. On ajoute, *sans préjudice des autres droits;* c'est comme si l'on avoit dit, *sans préjudice des droits que le vendeur ou les héritiers peuvent exercer contre d'autres personnes que contre l'acquéreur*, c'est-à-dire, contre les créanciers. Donc, par cette addition, on n'a pas entendu déroger au principe que l'on venoit d'établir de la nécessité de l'inscription dans la quinzaine de la transcription.

(*Voyez*, au surplus, sur cette question, un arrêt de Grenoble, du 8 février 1810, dont je n'approuve pas d'ailleurs tous les principes. (Sirey, 1810; 2e. partie, pag. 382.)

(5) *A l'amiable, etc.*, devant notaire ou sous seing-privé. Le même privilége a lieu, en cas de licitation, pour le prix de l'objet licité (Art. 2109), si toutefois l'objet a été adjugé à l'un des cohéritiers. Car s'il l'a été à un étranger, tous les cohéritiers sont vendeurs; et alors ils conservent leur privilége, comme il est dit à l'égard du vendeur par l'article 2108.

BIU Cujas

(6) *Par l'article* 977 *du Code de Procédure.* Et comme cet article porte que, dans le cas dont il s'agit, *il ne doit être fait aucune sommation de comparoitre, soit devant le juge, soit à l'audience*, et qu'à plus forte raison, il ne doit être donné aucune assignation, les dires et réquisitions des partis, consignés au procès-verbal, doivent être regardés comme de véritables demandes judiciaires, et faire, en conséquence, courir les intérêts. *Sic* jugé en Cassation, le 22 février 1813. (*Bulletin*, pag. 62.)

PAGE 48.

(1) *Requiert son ministère.* (*Voyez* l'art. 83 *du Code de Procéd.*)

(2) *Le tirage des lots au sort.* Comment se fera le tirage, si les lots sont inégaux; *putà*, si le partage a lieu entre un père et quatre frères du défunt? Il revient au père le quart, et à chaque frére les trois seizièmes. Je pense que, dans ce cas, il faudra faire deux opérations. L'on fera d'abord quatre lots égaux; le père en tirera un. L'on partagera ensuite les trois lots restans en quatre parts égales, pour être réparties au sort entre les quatre frères. (Argument tiré des articles 831 et 836.)

(3) *A toute réquisition. Quid*, s'il refuse de les aider? A l'égard des titres ayant minute, il en sera levé des expéditions ou des secondes grosses, suivant le besoin, et à ses frais. Pour les autres titres, il sera condamné aux dommages-intérêts.

Il y a des objets qui sont ordinairement remis à l'aîné. Ce sont ceux pour lesquels la famille peut avoir un intérêt d'affection, tels que les tableaux de famille, les armes des ancêtres, et autres semblables.

(4) *Il n'est que provisionnel.* Dans ma dernière édition, j'avois émis l'opinion que ces partages n'étoient provisionnels qu'à l'égard des mineurs, absens, etc.; mais qu'à l'égard des autres co-portageans, ils étoient définitifs, et par suite de ce principe, j'avois pensé que le nouveau partage devoit être demandé dans les dix ans. Cette opinion étoit fondée sur ce que je regardois cette demande comme une véritable action en rescision. Mais j'ai réfléchi depuis que l'on ne demande la rescision que d'un acte définitif; que l'on n'a pas besoin de faire rescinder un acte, que la loi elle-même déclare être simplement provisionnel, et qu'il suffit d'en demander un définitif; que dans l'espèce, la loi ayant déclaré ces sortes de partages simplement provisionnels, ils le sont à l'égard de tous, et qu'en conséquence le partage définitif peut être demandé par toutes les parties: elles sont toutes intéressées à ne pas rester dans un état provisoire et d'incertitude. La seule différence qui pourroit être établie entre le mineur ou l'interdit, et les autres co-partageans, c'est que le délai pour demander le partage définitif, court à l'égard de ceux-ci, du jour du partage provisionnel. Car ils ont toujours pu demander un partage définitif, en y

BIU Cujas

faisant procéder en justice; au lieu, qu'a l'égard du mineur ou de l'interdit, le délai ne court que du jour de la majorité, ou de la main-levée de l'interdiction.

Quel sera ce délai? par suite du même principe, je pense que c'est le délai ordinaire de la prescription, c'est-à-dire, celui de trente ans, conformément à ce qui est dit ci-dessus, note (9) de la page 43. *Nec obstat* l'art. 1304; car, cet article n'est applicable qu'aux cas de nullité ou de rescision. Or, on n'a pas besoin de demander la nullité ou la rescision d'un acte que la loi elle-même qualifie de provisionnel. Il suffit d'en demander un définitif; et, par la même raison, cette demande pourra avoir lieu, sans que le demandeur soit obligé de prouver la lésion.

Et ce qui vient encore à l'appui de cette opinion, c'est que dans notre article 840, les absens ou non-présens, sont mis sur la même ligne que les mineurs et les interdits: or, nous ne voyons nulle part, que la loi accorde à un absent, l'action en rescision contre ce qui s'est fait en son absence. Supposons, en effet, le cas le plus favorable, celui où un immeuble de l'absent auroit été vendu par les envoyés en possession; l'absent, de retour, sera-t-il obligé de demander la rescision de la vente dans les dix ans? Non, sans doute. Il en sera de ce cas comme de celui où la chose d'autrui a été vendue, et l'absent agira par voie de revendication, dans les dix, vingt, ou trente ans, suivant que l'acquéreur pourra invoquer une de ces trois prescriptions. Concluons donc delà, que, dans l'article 840, le partage est provisoire à l'égard de tous, et que tous peuvent en demander un définitif.

On oppose à cette doctrine un arrêt rendu par la Cour de Cassation, le 16 février 1814 (Sirey, 1814; 1re. partie, pag. 117), dans l'espèce suivante: Trois individus, dont un mineur, étoient héritiers dans la même succession. Un des deux majeurs se prétend prélégataire: par le partage, le prélegs lui est accordé: le mineur se pourvoit et fait annuller le partage, en ce qui touche le prélegs. L'autre cohéritier majeur, peut-il prétendre que la chose est indivisible et qu'il peut conséquemment révoquer, de son côté, la concession qu'il a faite du prélegs? La négative a été jugée par l'arrêt précité. Mais, qui ne voit qu'ici l'espèce est toute différente. Il s'agissoit, en effet, d'un prélegs dont l'exécution avoit été demandée contre deux héritiers, l'un majeur, et l'autre mineur, qui, tous deux, l'avoient consenti. Le mineur se fait restituer contre ce consentement. Cette restitution pouvoit-elle profiter au majeur? Non, sans doute, si, comme dans l'espèce, l'objet du prélegs étoit divisible. C'est ce qu'a jugé la Cour de Cassation, conformément aux véritables principes; mais, ce qui, comme l'on voit, ne fait rien à la question proposée.

(5) *Par l'ascendant de la succession duquel il s'agit.* Doit-on conclure de ces mots, que ces sortes de partages, ne peuvent être faits par des collatéraux? Non certainement. Il n'est pas douteux que celui qui peut priver ses successible de la totalité de la succession, ne puisse la partager entre eux, comme il le juge

BIU Cujas

convenable. Mais pourquoi donc a-t-on fait ici une mention spéciale des ascendans ? Il existoit bien une disposition analogue dans l'Ordonnance de 1735 (art. 17 et 18) ; mais elle avoit un motif, c'est que, sous l'Ordonnance, ces sortes de partages n'avoient pas besoin, en pays de droit écrit, d'être revêtus des formes ordinaires des testamens. Or, comme ce privilége étoit accordé aux seuls partages faits par les ascendans, il avoit été nécessaire d'en faire une disposition expresse. Aujourd'hui que, d'après le Code, ces sortes de partages, même faits par des ascendans, ne jouissent d'aucun privilége particulier, quant à la forme, l'on ne voit pas quel a pu être le motif du Législateur, et il est certain que les articles relatifs à ces sortes de partages, auroient pu être conçus d'une manière plus générale. Je pense donc que, dans l'état actuel, et nonobstant la spécialité apparente des dispositions du Code, elles doivent s'appliquer à tous partages faits par un individu entre ses successibles. Il peut cependant se présenter une question assez importante, dans le cas, où le disposant n'est pas un ascendant. Le partage alors peut-il être attaqué pour lésion de plus du quart? La raison de douter se tire de ce que, dans le cas proposé, le disposant pouvoit priver ses héritiers légitimes de la totalité de sa succession. Il pouvoit donc, à plus forte raison, les dépouiller d'une partie. Mais, néanmoins, je pense qu'il faut distinguer : S'il résulte des termes du testament que l'intention du testateur a été réellement de disposer de sa succession dans telle et telle proportion, alors la rescision ne peut être demandée dans aucun cas. Mais, si les dispositions sont uniquement en forme distributive, c'est-à-dire, s'il résulte de leur ensemble, que le disposant a voulu faire un partage, et n'a voulu faire qu'un partage, la demande en rescision pour lésion de plus d'un quart, peut avoir lieu : c'est le cas d'appliquer l'adage : *fecit quod non potuit; non fecit quod potuit.* Sans doute, il pouvoit tout donner à un seul ; mais il ne l'a pas fait : il a annoncé l'intention de faire un partage, et dès-lors il devoit se conformer aux dispositions de la loi, relatives à ces sortes d'actes : et cette décision peut être fondée sur l'article 1079 lui-même. En effet, cet article décide généralement que le partage fait par l'ascendant, peut être attaqué pour lésion de plus du quart, et ce, quel que soit le nombre des enfans; car l'article ne fait aucune distinction. Or, il peut arriver qu'il n'en existe que deux. Dans ce cas, le défunt auroit pu donner le tiers de sa succession, à titre de préciput, à l'un de ses enfans, et cependant, s'il y a lésion de plus du quart d'une part, ou du huitième du total, la rescision pourra être demandée. Donc, elle pourra l'être également, dans le cas précédent, quoique le défunt ait pu donner le total.

(6) *Pour les donations entre-vifs.* Par conséquent les co-partageans sont saisis irrévocablement.

(7) *Ou les testamens.* Un père et une mère pourroient-ils faire le partage de leurs biens entre leurs enfans, par un seul et même acte? Oui; mais par donation entre-vifs seulement. (Art. 968.) L'Ordonnance de 1735 (art. 77), en

BIU Cujas

défendant les testamens mutuels, avoit excepté de la prohibition les partages faits par les ascendans. L'article 968 du Code a consacré la prohibition, mais n'a pas admis l'exception. Nous verrons, au Titre suivant, pour quel motif les testamens mutuels sont prohibés.

Comment un père, ou une mère, communs en biens, pourront ils faire entre leurs enfans, le partage des biens qui font partie de la communauté ? S'ils ne sont pas d'accord, le partage ne pourra avoir lieu pour ces sortes de biens ; car, ni l'un, ni l'autre, ne peut prévoir quels sont les objets qui tomberont dans son lot. S'ils sont d'accord, et qu'ils consentent à faire le partage entre-vifs, comme ils peuvent disposer, de cette manière, par un seul et même acte, ils pourront ainsi partager la communauté entière. Il ne peut donc y avoir de difficulté que pour le cas où ils voudroient ne faire le partage que par testament, parce qu'alors ils sont obligés de faire chacun le leur séparément, et par conséquent de faire le partage d'une part de la communauté, qu'ils ne peuvent connoître encore. Je pense que, dans ce cas, l'indication que chacun d'eux aura faite, des biens communs qui doivent entrer dans le partage de sa succession, est une preuve de l'intention qu'ils avoient, que ces objets fissent partie de leurs lots respectifs ; intention à laquelle les enfans n'ont pas droit de contrevenir, lors de la liquidation de cette même communauté.

Si le partage est fait par acte entre-vifs, il faut, alors, acceptation expresse des co-partageans (art. 932), transcription, s'il comprend des immeubles, etc. (Art. 939.) Mais, dans ce cas, l'acceptation empêcheroit-elle la demande en rescision pour lésion? Non, sans doute. Cette demande peut avoir lieu à l'égard d'un partage même convenu entre les parties. A plus forte raison, doit-elle s'appliquer à un partage qui a pu n'être accepté que dans la crainte de déplaire au défunt, et *ne pejus faceret.*

Le partage fait entre-vifs participe de la nature de la donation, dans le sens qu'il saisit le donataire, et qu'il est irrévocable ; mais il en diffère en ce que :

1°. Par une donation, le père qui n'auroit que deux enfans, pourroit avantager l'un, du tiers de sa succession. Par un partage, il ne peut l'avantager que d'un huitième.

2°. L'enfant donataire, sans dispense de rapport, ne pourroit venir à partage des biens laissés par le père, qu'en rapportant l'objet donné. L'enfant avantagé par un premier partage peut prendre également sa part dans les biens qui n'y ont pas été compris, sans être obligé de rapporter ce qu'il a reçu de plus que ses frères, dans le premier partage, et quoiqu'il n'y ait point dispense expresse de rapport.

De quelles dettes sont tenus les enfans partagés entre-vifs? Quant aux dettes existantes au moment du partage, on appliquera ce qui sera dit plus bas, relativement au donataire universel de biens présens, (note (7) de la page 73). Quant aux dettes postérieures au partage, la question dépend de celle de savoir

BIU Cujas

si l'enfant partagé entre-vifs est nécessairement héritier, et s'il est tenu d'accepter la succession, quand elle viendra à s'ouvrir. Je ne pense pas que l'on puisse, par un acte entre-vifs, prendre la qualité d'héritier. Une succession ne peut être acceptée ou répudiée, que lorsqu'elle est ouverte. Cela est si vrai que l'institué contractuel peut, nonobstant toute acceptation portée en son contrat de mariage, répudier l'institution, quand la succession viént à s'ouvrir. (*Voyez* ci-après, note (1) de la page 75; et LEBRUN, *des Successions*, Liv. III, chapitre II, n°. 39.) Je crois donc d'après cela que l'enfant partagé entre-vifs, peut renoncer à la succession, et ce faisant, se dispenser de payer les dettes postérieures au partage.

(8) *Que les biens présens.* On ne peut donner, entre-vifs, que les biens présens. (Art. 943.) *Quid*, si ce même partage contient quelque disposition relative aux biens futurs? Il ne vaudra toujours que pour les biens présens (*ibid.*); et les biens à venir seront partagés conformément à la loi.

Un ascendant, qui auroit très-peu de mobilier, et un seul héritage ne pouvant se diviser commodément, pourroit-il donner l'héritage en totalité à l'un de ses enfans, à la charge par celui-ci d'un retour équivalent à la portion que les autres enfans auroient dû avoir dans l'héritage? La raison de douter se tire de ce que cette opération paroît être plutôt une licitation qu'un partage, et que la loi ne paroît pas donner aux ascendans le droit de faire une licitation. Je pense néanmoins que l'acte seroit valable. Il est certain en effet que, dans le cas où la succession comprendroit des héritages de valeurs très-inégales, l'ascendant pourroit en donner un considérable à l'un de ses enfans, à la charge d'un retour. Autrement, il y auroit une infinité de cas, où ces sortes de partages, d'ailleurs si favorables, ne pourroient s'effectuer. Or, si le retour peut avoir lieu pour une partie de la portion héréditaire, pourquoi ne pourroit-il pas avoir lieu pour la totalité, surtout quand cela est commandé par la nécessité? Quant à l'objection tirée de ce que ce seroit une licitation plutôt qu'un partage, elle n'a aucun fondement : la loi, en autorisant l'ascendant à faire le partage, l'a autorisé à faire tout ce qui est nécessaire pour y parvenir. Elle l'a constitué mandataire obligé de ses descendans. Il peut donc faire tout ce que pourroient faire ceux-ci. Or, ils pourroient certainement faire le partage proposé : donc, etc.

PAGE

(1) *Laisse à son décès;* ce qui peut arriver dans deux cas : si l'ascendant a acquis de nouveaux biens depuis le partage; ou s'il n'y a pas compris tous les biens qu'il possédoit à l'époque où le partage a été fait. On doutoit anciennement si le partage étoit valable dans ce dernier cas. Notre article ne distingue pas. L'article 1076 dit bien que le partage entre-vifs ne peut com-

BIU Cujas

prendre que les biens présens; mais il ne dit pas qu'il doit comprendre tous les biens présens.

(2) *Pour les partages ordinaires*, sauf le droit qu'a toujours l'ascendant de faire un nouveau partage de ce surplus.

(3) *A la succession*, c'est-à-dire, entre toutes les souches; car il n'est pas nécessaire qu'il soit fait entre toutes les branches de la même souche. Exemple: Un père a quatre enfans; il fait entr'eux quatre le partage de ses biens. Un des enfans meurt, laissant lui-même des enfans. Quoique la part de chacun de ces petits-enfans dans celle de leur père ne soit pas déterminée, le partage ne sera pas moins valable. Seulement, l'on fera une opération secondaire, qui ne concernera que les enfans du fils prédécédé, à l'effet de partager entr'eux la part échue à leur père.

Prendront-ils cette part par droit de transmission, ou par droit de représentation? Cela est important, dans le cas où ils auroient renoncé à la succession de leur père. Je pense qu'il faut distinguer: Si le partage a été fait entre-vifs, comme alors leur père a été saisi irrévocablement de sa part, elle fait partie de sa succession, et ils ne peuvent la prendre que par transmission, et autant qu'ils ont accepté sa succession: dans le cas contraire, ils prennent la part assignée à leur père, par droit de représentation, et quand même ils auroient renoncé à sa succession.

Quid, si l'enfant prédécédé n'a pas laissé d'enfans? Il y a lieu à appliquer la même distinction, mais de la manière suivante: Si le partage a été fait par acte entre-vifs, les copartageans ont été saisis de leurs parts respectives; celle de l'enfant prédécédé fait donc partie de sa succession, et passe à ses héritiers testamentaires ou *ab intestat*, sauf le droit établi en faveur de l'ascendant par l'art. 747. Si le partage a été fait par acte testamentaire, la part du prédécédé revient aux autres cohéritiers, et se partage conformément à l'art. 1077.

Au surplus, pour déterminer les cas dans lesquels un événement postérieure annulle ou laisse subsister le partage fait par l'ascendant, on peut poser la règle suivante: Si, d'après l'événement il n'est pas nécessaire d'augmenter le nombre des parts faites par l'ascendant, le partage est valable, quand même il y auroit lieu à subdiviser une ou plusieurs parts, ou à les reverser sur d'autres parts. Mais si le nombre des parts faites par l'ascendant est inférieur au nombre des souches partageantes, le partage est nul, et doit être recommencé.

(4) *Dans le premier*. L'enfant qui n'a pas reçu de part, pouvant demander un nouveau partage pendant trente ans, les autres enfans sont intéressés à ne pas rester aussi long-temps dans l'incertitude. Mais il est bien entendu qu'ils ne peuvent agir qu'autant que les non-partagés viennent à la succession. Car s'ils renoncent, comme ils sont censés n'avoir jamais été héritiers, il est vrai de dire qu'alors le partage a été fait entre tous les héritiers. Il ne peut donc

BIU Cujas

être attaqué. Il en seroit de même, si les non-partagés étoient déclarés indignes.

(5) *Evincé ou troublé.* L'éviction, proprement dite, est l'abandon que le possesseur est obligé de faire, de tout ou partie de la chose qu'il possède, par suite d'une action réelle exercée par un tiers. Il faut entendre ici par partie de la chose, non seulement ce qui en fait matériellement partie, mais encore tout ce qui est regardé en droit comme un démembrement de la propriété, tel qu'un droit d'usufruit ou de servitude. Le délaissement par hypothèque seroit aussi regardé comme une éviction. *Voyez* ci-après la note (7) de la page 55.

Le trouble est tout acte, soit de droit, soit de fait, tendant à empêcher la jouissance du possesseur. Mais pour que les cohéritiers soient garans du trouble, il faut qu'il ait été exercé par suite d'un droit réel prétendu sur la chose. Autrement, ils n'en seroient pas tenus, puisque le locateur n'en est pas même tenu à l'égard du locataire ou fermier. (Art. 1725.) C'est alors un cas fortuit, qui doit tomber sur le possesseur.

Observez que l'action en garantie a lieu, même quand le partage a été fait par un ascendant. L'ascendant a voulu que chacun des partagés eût tout ce qu'il lui a attribué par le partage : donc, s'il ne l'a pas, il doit avoir l'action en garantie. Mais, dans tous les cas, cette action n'a lieu qu'à l'égard des objets composant la portion héréditaire ; ainsi l'éviction du prélegs fait à l'un des héritiers, ne donne pas lieu à la garantie. Si cependant le testateur avoit fait des prélegs à peu près égaux à chacun de ses héritiers, on pourroit regarder cela comme une espèce de partage partiel, et dans ce cas, l'action en garantie auroit lieu. (Argument tiré de la loi 77, §. 8, ff. *de legatis* 2°.)

L'action en garantie se prescrit pas trente ans, mais seulement à compter du jour du trouble ou de l'éviction. (Art. 2257.)

(6) *Dépendans de la succession.* Il est étonnant, d'après la disposition formelle de l'article 2103, qu'un auteur moderne ait pu dire que, dans le droit actuel, le cohéritier évincé n'a d'hypothèque pour sa garantie, qu'autant qu'elle a été stipulée expressément par l'acte de partage, et avec affectation spéciale. Il est bien constant que l'article 2103 attribue expressément un privilége à l'action en garantie. A la vérité, ce privilége n'est pas du nombre de ceux pour la conservation desquels la loi prescrit des formalités particulières. Il est possible que ce soit une omission du Législateur ; mais, au surplus, voici comment je pense que l'on doit opérer à cet égard.

Nous avons déjà fait observer que la disposition de l'art. 883, aux termes duquel le cohéritier est censé avoir succédé seul, et immédiatement, aux objets tombés dans son lot, étoit une pure fiction, introduite seulement pour la commodité des partages ; mais que, dans le fait, le partage étoit une véritable aliénation, et considéré comme tel par la loi. Cela se prouve notamment par

BIU Cujas

les articles 465 et 818, qui exigent les mêmes consentemens pour les partages, que pour les aliénations. L'on peut donc, relativement à la garantie, considérer les cohéritiers comme respectivement vendeurs, les uns à l'égard des autres, et leur appliquer, en conséquence, l'article 2108.

Nec obstat ce qui sera dit ci-après (III^e. Vol., note (2) de la page 89), que le copermutant, évincé de la chose qu'il a reçue en contre-échange, ne peut répéter celle qu'il a donnée, qu'autant qu'elle est encore dans les mains du copermutant, mais qu'il n'a aucune action contre les tiers : car il y a cette différence, que, dans l'échange, il n'y auroit aucun moyen pour les tiers d'échapper à l'action du copermutant, puisqu'il s'agiroit d'un droit de propriété, à l'égard duquel les formalités du purgement n'ont aucun effet (art. 2182); au lieu que, dans le partage, il s'agit d'un simple privilége, qui peut être purgé. L'acquéreur a donc un moyen de se mettre à l'abri de l'action du cohéritier évincé, tandis qu'il n'en auroit aucun contre l'action du copermutant.

Le cohéritier évincé peut-il former sa demande en garantie, hypothécairement pour le tout, contre chacun des cohéritiers détenteurs d'immeubles provenant de la succession? Je ne le pense pas, et je me fonde à cet égard sur la disposition de l'art. 875, dans lequel nous voyons que l'héritier, qui a payé une dette entière de la succession, comme détenteur, et par suite de l'action hypothécaire, n'a de recours contre ses cohéritiers que chacun pour leur part, quoique, aux termes de l'article 1251, n°. 4, il soit subrogé légalement aux droits du créancier. Le motif de cette disposition a été d'éviter entre les cohéritiers un circuit d'actions. Ce même motif s'applique au cas dont nous parlons. Car si le cohéritier évincé agissoit pour le tout, contre un autre cohéritier, celui-ci auroit à son tour un recours contre un troisième, et même contre le premier, s'il étoit détenteur d'immeubles, et ainsi de suite. Il est donc beaucoup plus simple de décider que le cohéritier évincé ne pourra agir contre les cohéritiers détenteurs d'immeubles, que pour la part de chacun; et il aura l'action hypothécaire pour cette part, conformément à l'art. 2103.

(7) *Qu'il a pu éprouver depuis.* Remarquez la différence essentielle qui existe entre l'action en garantie résultant de la vente, et celle qui résulte du partage. Dans la vente, la garantie a pour objet d'assurer à l'acquéreur, précisément la possession et la jouissance de la chose qui lui a été vendue. C'est cette chose, et non une autre, qu'il veut et doit avoir. Si donc il en est évincé, il doit être indemnisé de toute la perte que lui cause l'éviction. Par conséquent, si la chose a augmenté de valeur depuis la vente, le vendeur doit restituer la plus-value, sans préjudice même des autres dommages-intérêts de l'acquéreur. (Art. 1633 et 1634.) Au contraire, l'action en garantie résultant du partage, n'a pour but que de maintenir l'égalité. Ce n'est pas précisément telle ou telle chose que chaque cohéritier a voulu avoir dans son lot. Mais chacun a voulu seulement avoir une part égale à celle de ses autres cohéritiers, et que chacun de ceux-ci

BIU Cujas

eût une part égale à la sienne. Lorsque cette égalité est détruite par l'éviction, il suffit de la rétablir, mais bien entendu d'après le montant de la succession, calculé au moment du partage. Il suffit donc, d'après cela, de considérer la valeur qu'avoit, à cette époque, la chose dont le cohéritier a été évincé. En effet, dès qu'il y a eu éviction à l'égard d'un objet, c'est que cet objet n'appartenoit pas au défunt; c'est donc à tort qu'il a été compris au partage. En conséquence, la part de chaque cohéritier doit être diminuée d'une somme égale à la part qu'il est censé avoir eue dans la valeur de cet objet. Supposons, par exemple, une succession partagée entre quatre cohéritiers : une maison, qui en fait partie, est estimée dans le partage dix mille francs, et adjugée pour cette valeur à l'un des cohéritiers. Elle est ensuite réclamée par un tiers, auquel elle est adjugée par jugement. Il a donc été jugé qu'elle ne devoit pas être comprise dans le partage; de là, il suit que la masse de la succession doit être de dix mille francs moins forte qu'elle n'a été portée lors de la liquidation. Chacun des cohéritiers, autre que celui évincé, doit donc supporter une diminution égale au quart de cette somme, c'est-à-dire, à deux mille cinq cents francs; ce qui fera, pour les trois; sept mille cinq cents francs, lesquels seront remis au cohéritier évincé, qui se trouvera par là supporter également son quart dans l'éviction. L'on voit, par cet exemple, que les changemens que la chose a pu éprouver, soit en plus, soit en moins, depuis le partage, ne peuvent influer en rien sur le montant de la somme à payer par les cohéritiers garans.

(8) *Même sur celui qui a été évincé.* Autrement, il se trouveroit plus avantagé que ses co-partageans. (*Voyez* la note précédente.)

Il résulte de ce qui vient d'être dit qu'en général, lorsqu'il y a éviction, il n'est pas nécessaire de procéder à un nouveau partage. Si cependant, par l'effet de l'éviction, l'un des cohéritiers se trouvoit dépouillé de sa part en totalité, ou à peu de chose près, je pense qu'il pourroit demander un nouveau partage; mais bien entendu sans que l'on pût attaquer les actes faits sans fraude avec les tiers.

PAGE 50.

(1) *Expressément.* Ainsi, quand même il paroîtroit résulter du partage que le cohéritier connoissoit la cause de l'éviction, et même que l'héritage lui a été donné pour une moindre valeur, en raison de l'éviction qui étoit à craindre, il y a toujours lieu à l'action en garantie, s'il n'y a une clause expresse qui le charge de l'éviction soufferte. On peut croire que la diminution de valeur donnée à l'objet, a eu pour motif d'indemniser le cohéritier de la crainte qu'il pouvoit avoir d'être évincé, du désagrément de ne pouvoir faire sur l'objet les constructions ou améliorations qu'il jugeroit convenables, etc.

De même, il paroît qu'il ne suffiroit pas d'une clause générale de non garantie; il faut que l'éviction soufferte ait été expressément prévue et exceptée.

BIU Cujas

Mais même, quand l'exception est expresse, le cohéritier évincé est-il, dans tous les cas, dépourvu de tout recours? Je ne le pense pas. S'il résulte de l'éviction une lésion de plus du quart de la part que devoit avoir le cohéritier dans le surplus de la succession, je crois qu'il peut alors demander la rescision du partage pour cause de lésion.

(2) *Du cohéritier évincé.* Quand même elle proviendroit d'une cause antérieure au partage, *putà*, s'il a laissé compléter une prescription commencée pendant la vie du défunt, sauf peut-être l'exception portée dans la loi 16, ff. *de Fundo dotali*, si, au moment du partage, il ne restoit qu'un très-petit nombre de jours pour compléter la prescription.

L'action en garantie cesse encore, si le cohéritier a omis de renouveler une inscription, et que le débiteur soit devenu insolvable; s'il s'est laissé condamner sans appeler ses cohéritiers, lorsqu'ils avoient des moyens suffisans pour faire rejeter la demande. (Art. 1640.)

(3) *Postérieure au partage.* Si, par exemple, depuis le partage, le fonds a été pris pour un chemin public, etc.

(4) *Qu'après le partage. Quid*, si la créance n'étoit pas exigible, et que l'insolvabilité soit survenue depuis le partage, mais avant l'exigibilité; le cohéritier ne peut-il pas alléguer que l'insolvabilité ne peut être à sa charge, puisqu'il n'a pu agir? Non; l'insolvabilité, dans ce cas, peut être comparée à un cas fortuit, à une force majeure, qui est toujours à la charge du propriétaire, quoiqu'il n'ait pu l'empêcher. D'ailleurs, l'article 1695 décide formellement que, dans la cession d'une créance, la garantie de la solvabilité du débiteur ne s'entend que de la solvabilité actuelle, et ne s'étend pas au temps à venir, à moins de stipulation expresse. Donc, en supposant la garantie de droit, elle ne doit s'appliquer qu'à l'insolvabilité existante au moment du partage. Aussi est-il d'usage, pour peu qu'une créance soit douteuse, de la laisser en commun, et alors la perte est pour tous les cohéritiers. C'est le parti le plus prudent et le plus juste.

Mais remarquez que, si le défaut de payement ne provient pas de l'insolvabilité du débiteur, mais de ce qu'il conteste la créance au fonds; *putà*, s'il prétend que la dette n'a jamais existé, ou qu'elle a été acquittée du vivant de celui de la succession duquel il s'agit, alors c'est une cause d'éviction antérieure au partage, dont les cohéritiers sont tenus. (Argument tiré de l'article 1693.)

(5) *Qui suivent le partage.* Je pense que c'est ainsi qu'il faut entendre l'article 886, dont la rédaction est d'ailleurs un peu obscure. En général, il n'y a lieu à garantie, pour raison de l'insolvabilité du débiteur, que quand elle existoit au moment du partage. Mais s'il s'agit d'une rente, et que l'héritier n'ait pas réclamé dans les cinq ans, il ne peut être admis à prouver que l'insolvabilité existoit au moment du partage. Cette dernière disposition a eu pro-

BIU Cujas

bablement pour but d'abolir l'ancienne jurisprudence, d'après laquelle on pensoit que la garantie d'une rente étoit perpétuelle, et qu'elle duroit autant que la rente. (Pothier, *des Successions*, chap. IV, art. 5, §. III.) Cela étoit trop contraire à l'esprit général de la législation actuelle, qui veut qu'après un certain temps, les possesseurs soient tranquilles sur leurs propriétés. D'ailleurs, ou la rente a été servie exactement pendant les cinq ans, ou non. Dans le premier cas, il y a présomption que le débiteur n'étoit pas insolvable au moment du partage; dans le second, le cohéritier doit s'imputer de n'avoir pas réclamé plus tôt.

(6) *Les partages.* Même ceux qui ont été faits par justice. La loi ne distingue pas. D'ailleurs, l'article 1314 dit que les partages faits avec des mineurs, et avec les formalités requises, sont considérés, comme s'ils avoient été faits entre majeurs. Or tout partage entre majeurs peut être rescindé; donc, etc. *Nec obstat* que l'article 1684 n'admet point la rescision dans les ventes qui ne peuvent se faire qu'en justice : car, d'abord, il n'est question, dans cet article, que de la rescision pour lésion, ce qui n'empêcheroit pas les autres causes de rescision, comme le dol, la violence; mais il y a d'ailleurs une autre raison de différence. Dans les partages, tout se passe entre les cohéritiers seuls; dans les ventes dont il est question dans l'article 1684, les étrangers sont nécessairement admis à enchérir; ce qui exclut toute idée de lésion.

(7) *Peuvent être rescindés.* Dans quel délai? Celui de dix ans, à compter de la découverte du dol ou de la cessation de la violence. (Art. 1304.) Quant à la lésion, je pense que le délai doit courir du jour où le partage a été consommé. Il est impossible de fixer une autre époque. Si cependant la lésion étoit la suite d'un dol, il est évident que les dix ans ne courroient que du jour de la découverte du dol.

Quid, si la rescision d'un partage est demandée par un mineur pour dol, violence, ou lésion? Il faut distinguer : Si le partage n'a pas été fait avec les formalités requises pour les cas où des mineurs y sont intéressés, le mineur n'a pas besoin de former une demande en rescision. Il peut, comme nous l'avons démontré ci-dessus, note (4) de la page 48, demander un partage définitif; et son action, dans ce cas, dure trente ans à compter de sa majorité. Mais si toutes les formalités ont été remplies, le partage ayant la même force que s'il avoit été fait avec des majeurs (art. 1314), le mineur devra former une demande en rescision dans les dix ans à compter de sa majorité.

(8) *Violence, dol, ou lésion.* Ils peuvent encore être rescindés, ou plutôt annullés, quand l'on n'y a pas compris tous les héritiers. (Argument tiré de l'article 1078.) Et alors l'action des héritiers non appelés au partage, ne sera prescrite que par trente ans, et ce, soit qu'on la considère comme une action en partage, ou comme une pétition d'hérédité.

La simple lésion, non accompagnée de dol, est ce que les Romains appe-

BIU Cujas

loient *dolus re ipsâ*, à la différence du dol personnel, qu'ils appeloient *dolus*, et quelquefois *dolus malus*, et que nous nommons simplement *dol*. Cependant l'expression de dol personnel, a été conservée dans le Code de Procédure, relativement à la requête civile. (Art. 480.)

Le cohéritier qui n'est pas lésé, pourroit-il demander la rescision du partage pour dol? Non, sans doute; car, s'il n'est point lésé, il n'a pas d'intérêt, et les actions n'ont d'autre principe que l'intérêt. Mais aussi observez que, si le dol n'est pas allégué, la lésion n'est un motif de rescision, qu'autant qu'elle excède le quart; tandis qu'en cas de dol, la simple lésion, pourvu qu'elle soit susceptible d'être prise en considération, suffit pour faire rescinder le partage.

(9) *De toutes les autres conventions.* (*Voyez* le Titre *des Contrats en général*, chap. II, sect. II, §. II et III.) On n'a pas parlé de l'erreur, parce que, ou elle tombe sur la valeur des choses comprises dans le partage, et alors il n'y a lieu à rescision, qu'autant qu'il en résulte lésion de plus du quart; ou elle consiste dans l'omission de quelques objets, et alors il y a lieu à un partage supplémentaire.

(10) *Pour l'une de ces deux causes. Quid*, pour cause de lésion? Le cohéritier lésé qui a aliéné tout ou partie de son lot, peut-il demander la rescision? L'article 892 paroît décider implicitement l'affirmative, d'après la règle, *Qui dicit de uno, negat de altero*. Cependant je pense qu'il faut tenir la négative; et, pour s'en convaincre, il faut bien se pénétrer de l'esprit qui a dicté l'art. 892. En effet, cet article suppose comme constant le principe, que le cohéritier qui a aliéné, ne peut plus intenter l'action en rescision. Comment, en effet, faire un nouveau partage, quand on ne peut plus recomposer la masse générale? Cependant on a considéré que, s'il y avoit eu dol ou violence, et que l'aliénation fût antérieure à la découverte du dol ou à la cessation de la violence, il seroit injuste de priver le cohéritier trompé ou contraint, du bénéfice de la rescision; et l'on a fait l'article 892 pour le lui accorder expressément. Ainsi cet article, nonobstant sa rédaction, a moins pour objet de restreindre la fin de non-recevoir, résultant de l'aliénation, au cas de dol ou de violence, que de l'abroger au contraire dans ces deux cas, toutes les fois que l'aliénation est antérieure à la découverte du dol ou à la cessation de la violence. En un mot, l'article n'a pas été fait pour décider que celui qui avoit aliéné, ne pourroit demander la rescision du partage. La loi a supposé cela constant; mais l'on a voulu, au contraire, accorder au cohéritier qui a aliéné, le droit de demander la rescision, pour dol ou violence, lorsque l'aliénation seroit antérieure à la découverte du dol, ou à la cessation de la violence. Mais s'il y a eu simplement lésion, sans dol ni violence, à quelqu'époque qu'il ait aliéné, il ne pourra demander la rescision.

(11) *De plus du quart*, c'est-à-dire, du quart de la part qu'auroit dû avoir le cohéritier, si le partage eût été fait également. Ainsi, soit une succession de

BIU Cujas

soixante-quatre mille francs, à partager par égale portion entre quatre cohéritiers. Si l'un deux a moins de douze mille francs dans son lot, il peut demander la rescision. *Secùs* dans la vente, qui ne peut être rescindée qu'autant qu'il y a lésion des sept douzièmes. La raison de la différence, c'est que la vente est une espèce de négoce qui a lieu entre étrangers, et dans lequel chacune des parties a intention de faire un bénéfice quelconque : dans le partage, au contraire, l'on ne présume pas que les cohéritiers veulent gagner, mais seulement diviser les biens, et les diviser également. On a donc dû exiger une lésion bien moins considérable, pour donner ouverture à l'action en rescision.

L'action en rescision du partage, est-elle du nombre de celles qui sont appelées en droit Romain, *personales in rem scriptæ*, c'est-à-dire, qui, quoique résultant d'une obligation, se donnent cependant contre les tiers, telle que celle dont il est question dans les articles 1654 et 1664? D'abord il est bien constant qu'elle ne pourroit l'être, que discussion préalablement faite du cohéritier qui a aliéné. (Argument tiré de l'art 891.) Car, puisque le cohéritier lésé est obligé de se contenter du supplément en numéraire, même lorsqu'il est offert par son cohéritier lui-même, à plus forte raison la même disposition doit-elle avoir lieu, lorsqu'il s'agit de dépouiller un détenteur. Mais même, en cas d'insuffisance de la discussion, je ne pense pas que les tiers de bonne foi puissent être inquiétés. Cela me paroît trop contraire à l'esprit général du Code, qui, à un très-petit nombre d'exceptions près, veut, en général, comme nous l'avons déjà fait observer fréquemment, pourvoir à la tranquillité des acquéreurs. Quant à l'objection tirée de ce qui a lieu dans la vente, l'on peut répondre :

1°. Que, dans la vente, le délai de l'action n'est que de deux ans, même à l'égard des mineurs, et à compter du jour de la vente; que dans le partage, il est de dix ans, qui même, en cas de dol ou de violence, ne courent que du jour de la découverte du dol, ou de la cessation de la violence; que ce délai peut même être prolongé par des minorités, et qu'il n'est pas possible de supposer que le Législateur ait voulu laisser des propriétés incertaines pendant un aussi long intervalle :

2°. Que, dans la vente, il s'agit de la rescision pour vilité du prix; que l'acquéreur qui a dû se faire représenter les titres de propriété de son vendeur, a pu voir, par la comparaison du prix avec la valeur réelle de l'objet, qu'il y avoit eu réellement lésion; qu'il a donc pu et dû, s'il a acquis avant les deux ans, s'attendre à l'action en rescision. Au contraire, celui qui acquiert un objet tombé dans le lot d'un cohéritier, ne peut connoître le dol ou la violence qui ont pu être employés. Il ne peut pas davantage connoître la lésion : d'abord, parce que le partage ne lui est pas communiqué. Dans l'usage, on ne délivre pas à chaque cohéritier une expédition du partage, mais seulement un extrait pour ce qui le concerne. L'acquéreur ne connoît donc pas l'ensemble de l'opé-

BIU Cujas

ration : comment pourroit-il savoir que l'un des cohéritiers a été lesé? D'ailleurs, il est très-possible que l'objet qu'il acquiert ait été porté à sa juste valeur dans le partage, et que la lésion ne provienne que de ce qu'un objet tombé à un autre cohéritier, aura été évalué beaucoup trop haut. Comment pourra-t-il en être instruit? Je pense donc que, sauf le cas de mauvaise foi de la part de l'acquéreur, l'action en rescision ne peut être formée contre lui.

(12) *En supplément de partage.* Quand même il ne résulteroit pas de cette omission une lésion de plus du quart. Quelque modique que soit l'objet, il faut bien savoir à qui il doit appartenir en définitif.

(13) *Sur des difficultés réelles.* Si elles étoient imaginaires, on regarderoit l'acte comme fait en fraude de la loi; et il y auroit lieu à rescision, s'il y avoit lésion de plus du quart.

Quid, si l'on avoit transigé sur les difficultés élevées lors du partage? Je pense que la question rentre entièrement dans le domaine du juge. Si les difficultés présentoient une chance de gain ou de perte réellement douteuse, et qu'en les supposant décidées contre le cohéritier qui se prétend lésé, il en fût résulté un préjudice supérieur aux sacrifices qu'il a faits, il est certain qu'il y a eu de sa part contrat aléatoire, et que le partage ne peut être rescindé. Dans le cas contraire, il peut y avoir lieu à rescision, si toutefois il résulte de ces sacrifices une lésion de plus du quart.

Page 51.

(1) *De procès commencé.* Il peut y avoir transaction, sans qu'il y ait encore de procès. La transaction est un moyen d'éteindre le procès né, ou de l'empêcher de naître. (Art. 2044.)

(2) *Et sans fraude.* Si donc il y a fraude, le partage sera rescindé. Les cas de fraude sont remis à l'arbitrage du juge: mais elle sera présumée plus facilement dans certains cas; si, par exemple, le cohéritier vendeur ignoroit complétement l'état de la succession, et que l'acquéreur en fût instruit.

(3) *Pour cause de lésion.* C'est, dans ce cas, un contrat aléatoire, *propter incertum œris alieni.* A plus forte raison, la rescision ne seroit-elle pas admise, même pour lésion des sept douzièmes, contre la vente faite sans fraude à un étranger.

Cependant nous venons de dire que la rescision est admise contre tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision, fût-il qualifié de *vente*, *etc.* Mais il faut entendre cette dernière disposition, du cas où l'un des cohéritiers a vendu sa part dans l'actif, à ses cohéritiers ou à l'un d'eux. La raison de différence, c'est que, quand il a vendu sa part dans l'actif seulement, il reste sujet aux dettes; au lieu que, quand il a vendu ses droits successifs, l'acquéreur étant tenu des dettes, dont le montant peut être incertain, il y a vraiment contrat aléatoire.

BIU Cujas

(4) Le *supplément*, juste. Ce n'est pas comme dans la vente, où il suffit d'offrir de quoi compléter les neuf dixièmes du juste prix. C'est toujours la même raison, celle de l'égalité.

(5) *Soit en nature*, au choix de lui défendeur. Dès que la loi établit l'alternative, et qu'elle ne réserve pas expressément le choix au créancier, il est toujours au débiteur. (Art. 1190.)

(6) *Supérieur à la portion disponible.* Pour entendre cette disposition, il faut se rappeler ce qui a déjà été dit, que l'individu qui a des enfans légitimes, ne peut disposer, à titre gratuit, que d'une partie de ses biens, proportionnée au nombre de ses enfans. Cette partie, que l'on nomme *portion*, ou *quotité disponible*, est de moitié, s'il n'a qu'un enfant; du tiers, s'il en a deux; et du quart, s'il en a trois ou davantage.

La quotité disponible peut être donnée, même à l'un des enfans, pourvu que le donateur ait déclaré expressément, en la donnant, qu'il entendoit que le donataire la recueillît à titre de préciput.

Cela posé, prenons l'exemple suivant :

Un père a trois enfans, et ne peut conséquemment disposer que du quart. Il donne, de son vivant, à un de ses enfans, et par préciput, une somme de vingt-quatre mille francs, et meurt, laissant une succession de valeur de quatre-vingt-seize mille francs. Par son testament, il fait le partage de ses biens entre ses enfans. Il résulte de ce partage que l'enfant qui est déjà donataire, a une part égale en valeur à quarante mille francs, et que la part de chacun des deux autres est de vingt-huit mille francs. En prenant la donation et le partage séparément, chacun de ces actes est inattaquable; car, en réunissant les biens donnés à ceux qu'il laisse à son décès, le total est de cent vingt mille francs, dont le quart disponible est de trente mille francs. Il n'en a donné que vingt-quatre mille : il n'y a pas lieu à réduire la donation. D'un autre côté, la masse partageable est de quatre-vingt-seize mille francs : la part que chaque enfant auroit dû avoir, est de trente-deux mille francs. La part effective des moins prenant est de vingt-huit mille francs; il n'y a pas lésion du quart. Le partage n'est donc pas rescindable. Mais comme, en réunissant la valeur de la donation à la portion assignée par le partage à l'enfant donataire, il en résulte pour lui une somme totale de soixante-quatre mille francs, supérieure à ce dont le père pouvoit disposer en sa faveur, il y aura lieu à rescision. En effet, la portion disponible étoit de trente mille francs; s'il l'eût donnée en entier à l'un de ses fils, même à titre de préciput, il seroit resté une somme de quatre-vingt-dix mille francs, qui, partagée entre les trois, eût donné pour chacun trente mille francs. L'enfant donataire ne pouvoit donc avoir au plus, et en totalité, que soixante mille francs. Donc, du partage combiné avec les dispositions faites par préciput, il résulte, en faveur de l'enfant donataire, un avantage supérieur à la portion disponible. Donc, le partage doit être rescindé.

BIU Cujas

Mais le partage sera-t-il rescindé en totalité, ou bien la part de l'enfant avantagé sera-t-elle réduite au disponible, dans l'espèce, à soixante mille fr.? L'article 1079 paroît comparer ce cas à celui où il y auroit lésion de plus du quart; et alors, bien certainement, le partage est rescindé pour le tout. Je pense qu'il en doit être de même ici. On peut dire du père : *fecit quod non potuit, non fecit quod potuit.* Il pouvoit donner formellement le disponible; il ne l'a pas fait; il a cherché à éluder la loi par des dispositions indirectes; la loi ne doit pas en protéger l'exécution. Il faudroit cependant excepter le cas où l'acte de partage contiendroit en même temps une disposition faite expressément à titre de préciput. Comme ce seroit alors deux dispositions distinctes faites par le même acte, le partage pourroit être rescindé, sans que cela préjudiciât à la validité de la disposition.

Mais *quid*, si l'ascendant avoit, en mariant ses enfans, promis, comme cela se pratiquoit souvent, surtout en pays de droit écrit, et comme cela peut avoir lieu encore aujourd'hui, de les instituer également, et qu'il ait fait ensuite un partage, dans lequel l'un se trouve avantagé, mais cependant de manière à ce qu'il n'y ait point lieu d'appliquer les dispositions relatives à la rescision des partages faits par les ascendans? Je pense que, néanmoins, la rescision peut toujours être demandée. On n'a pas le droit de faire indirectement, ce que l'on s'est interdit de faire directement.

PAGE 52.

(1) *Dans le lot de chacun d'eux.* Supposons, en effet, une succession dans laquelle il se trouve quatre maisons, et à laquelle aient droit quatre cohéritiers. Chacun d'eux étoit, avant le partage, propriétaire d'un quart dans chaque maison. Par le partage, une maison est abandonnée en entier à chaque cohéritier, sauf retour s'il y a lieu. Or, chaque cohéritier n'ayant été, dans le principe, propriétaire, que pour un quart, de la maison qui lui est abandonnée, il sembleroit naturel de dire qu'il a acquis les trois autres quarts de ses cohéritiers, auxquels il a cédé en retour le quart qu'il avoit dans chacune des trois autres maisons. C'étoit ainsi que cela étoit décidé en droit Romain. (*L.* 6, §. 8, ff. *Communi divid.*) Cela étoit conforme aux principes rigoureux du droit; mais on a cru devoir les faire fléchir pour la commodité des partages.

PAGE 53.

(1) *Que les créanciers.* Il en est de même des acquéreurs, de ceux, par exemple, auxquels le cohéritier auroit cédé ses droits successifs, ou même seulement sa part dans les immeubles ou dans les meubles de la succession, sauf le droit de les écarter du partage, accordé aux autres cohéritiers, conformément à l'article 841.

(2) *Peuvent s'opposer.* A qui doit être signifiée l'opposition? Je pense

BIU Cujas

qu'elle doit l'être à tous les héritiers. Autrement le partage ne pouvant être rescindé par partie, vaudroit, même à l'égard de ceux auxquels l'opposition auroit été notifiée.

Quid, s'il avoit été procédé, non au partage, mais à la licitation d'immeubles dépendans de la succession, sans appeler l'opposant? On a jugé à la Cour royale de Paris, le 2 mars 1812, qu'il falloit distinguer si l'adjudication avoit été faite à un étranger, ou à l'un des héritiers; que, dans le premier cas, ce n'étoit pas un partage, mais une vente faite à un tiers acquéreur de bonne foi, et qui, par conséquent, devoit être maintenue; que, dans le second, c'étoit un véritable partage que le créancier avoit le droit de faire annuller. (SIREY, 1812; 2e. part. pag. 432.) Cette distinction est fondée sur les véritables principes de la matière; car, dans le premier cas, tous les cohéritiers étant vendeurs, leurs créanciers peuvent poursuivre l'acquéreur; dans le second, au contraire, la licitation équivalant à partage (art. 883), anéantit tous les droits des créanciers, autres que ceux du cohéritier acquéreur.

(3) *Ils ne peuvent plus l'attaquer*, de leur chef: mais ils pourroient l'attaquer du chef de leur débiteur. Ces deux cas diffèrent en ce que, si le partage a eu lieu au préjudice de leur opposition, ils peuvent l'attaquer, dans leur seul intérêt, et quand même le partage seroit fait avec toute l'égalité possible; et cela, par la seule raison qu'ils étoient intéressés à ce qu'il se fît d'une autre manière. Par exemple, le créancier ayant une hypothèque générale, a intérêt à ce qu'il tombe dans le lot de son débiteur des immeubles sur lesquels son hypothèque puisse frapper. Si donc le partage a été fait avec grande égalité, mais que cependant la part du cohéritier débiteur ait été composée entièrement de mobilier, le créancier opposant, qui prétendroit qu'il a dû échoir des immeubles à son débiteur, auroit droit d'attaquer le partage. Si, au contraire, le créancier n'agit que du chef du cohéritier, il ne pourra l'attaquer que comme exerçant ses droits, et, par conséquent, seulement pour une des causes pour lesquelles le cohéritier lui-même pourroit l'attaquer, c'est-à-dire, pour dol, violence, ou lésion de plus du quart.

Remarquez que, pour écarter le créancier, par la raison que son opposition est postérieure au partage, il faut que ce partage, s'il est sous seing-privé, ait au moins une date certaine; autrement rien ne prouveroit qu'il est antérieur à l'opposition du créancier. Pour voir comment un acte sous seing-privé peut acquérir une date certaine, voyez l'article 1328.

(4) *A la licitation*, soit entre cohéritiers, soit entre co-propriétaires. Nous verrons, au 3e. vol., note (8) de la page 87, si la disposition de l'art. 2205 est applicable au cas où un immeuble est indivis entre plusieurs co-propriétaires.

Les dispositions dont nous venons de parler, s'appliqueroient-elles au cas où l'un des co-propriétaires acheteroit à l'amiable, les parts des autres co pro-

BIU Cujas

priétaires, et deviendroit ainsi propriétaire du total? La raison de douter se tire de ce que l'article 883 se sert du mot *licitation*, ce qui paroît exclure l'idée d'une vente volontaire et amiable. Mais les raisons de décider sont : 1°. Que la licitation est très-souvent volontaire; l'article 1686 le suppose formellement : 2°. qu'il y a même raison de décider pour les deux cas, et que l'on ne voit pas pourquoi l'on obligeroit les parties qui veulent traiter amiablement, de faire les frais d'une licitation; et 3°. enfin, que l'article 1408 paroît décider expressément la question. Car il est évident que la décision de cet article est fondée uniquement sur le principe établi dans ce paragraphe; et il y est dit formellement, que la disposition qu'il contient, doit avoir lieu dans le cas d'acquisition, par l'époux co-propriétaire, à titre de licitation, ou autrement. Or, par ce mot *autrement*, l'on ne peut entendre autre chose qu'une vente à l'amiable.

(5) *Même sur ses biens personnels*, à moins qu'il n'ait accepté sous bénéfice d'inventaire.

Observez que le principe d'après lequel l'héritier est tenu de tous les engagemens du défunt, admet une exception pour le cas où l'obligation du défunt consistoit dans un fait qui lui étoit personnel. (Art. 1795.) De même les obligations résultant des faits illicites, autres toutefois que les réparations civiles, ne passent pas aux héritiers. Voyez la note (5) de la page suivante, *in fine*.

PAGE 54.

(1) *De les faire déclarer tels par jugement.* On l'exigeoit anciennement en pays de coutume; ce qui étoit assez inutile. Probablement l'on avoit cru devoir appliquer, même à l'héritier, la maxime : *res judicata, aliis neque nocere, neque prodesse potest.* Mais l'héritier, étant considéré comme étant la continuation de la personne du défunt, et comme étant avec lui, *una eademque persona*, il est clair que la maxime ci-dessus ne lui est pas applicable. Au surplus il faut observer que les titres ne deviennent exécutoires contre l'héritier, que pour ce qui concerne les biens. S'ils emportoient la contrainte par corps contre le défunt, elle ne pourroit être exercée contre l'héritier.

Un jugement obtenu contre le défunt, et qui conséquemment emporteroit hypothèque générale sur ses biens, emporteroit-il également hypothèque générale sur les biens de l'héritier? Je pense qu'oui, d'après ce qui vient d'être dit dans l'alinéa ci-dessus. En effet, dès que la loi déclare ces jugemens exécutoires, *de plano*, contre les héritiers, elle veut donc que, sauf le délai de huitaine, accordé pour leur donner le temps de se disposer au payement d'une obligation qu'ils sont censés ne pas connoître, ces jugemens aient contre eux les mêmes effets qu'ils avoient, ou qu'ils devoient avoir contre le défunt. Or, un de ces effets, étoit d'emporter une hypothèque générale; donc, etc. D'ailleurs, l'héritier étant, comme nous l'avons dit, la continuation de la personne du dé-

BIU Cujas

funt, et, pour ainsi dire, le défunt lui-même, il doit être tenu comme le défunt l'étoit lui-même, c'est-à-dire, avec hypothèque générale sur tous ses biens. Je sais que l'opinion contraire est soutenue par RICARD, *des Donations*, partie 2, n°. 31. Mais RICARD pouvoit avoir raison dans l'ancien droit, où l'on étoit obligé de rendre exécutoires, contre l'héritier, les titres que l'on avoit contre le défunt. On ne pouvoit donc avoir d'hypothèque sur les biens de l'héritier, qu'en vertu de jugemens obtenus contre lui. Mais, actuellement, la loi ayant déclaré ces titres exécutoires *de plano* contre l'héritier, les créanciers se trouvent placés vis-à-vis de lui dans la même position qu'ils l'étoient à l'égard du défunt. Donc, etc.

En seroit-il de même à l'égard de l'hypothèque que la loi donne aux légataires? Non, sans doute. La même raison ne leur est pas applicable; leur titre, qui est le testament, n'a jamais été exécutoire contre le défunt : aussi, l'article 1017 ne leur donne-t-il hypothèque que sur les immeubles de la succession.

(2) *A personne ou domicile.* On a jugé à Paris, le 29 décembre 1814 (SIREY, 1816 ; 2e. partie, pag. 50), que cette signification pouvoit avoir lieu pendant les délais pour faire inventaire et pour délibérer : et en effet, ce n'est pas un acte d'exécution, c'est seulement un préliminaire pour y parvenir : il y a même dans ce cas un avantage pour l'héritier, c'est celui de lui faire mieux connoître les charges de la succession, et par conséquent de le mettre à portée de prendre qualité en plus grande connoissance de cause.

(3) *Huit jours*, francs : *Dies termini non computatur in termino.*

(4) *De sa part et portion héréditaire.* Cela ne veut pas dire que chaque cohéritier n'est tenu que jusqu'à concurrence de sa portion, mais bien, qu'il doit supporter dans les dettes et charges, une part proportionnelle à celle qu'il prend dans les biens. Si sa portion héréditaire est du quart de la succession, il doit payer le quart des dettes, quel qu'en soit le montant, etc.

L'article dit : *en proportion de ce qu'il prend dans la succession*, ce qui n'est pas exact. Car un héritier, qui est en même temps prélégataire, n'est toujours tenu des dettes, même à l'égard de ses cohéritiers, qu'en proportion de sa part héréditaire, sans aucun égard pour le prélegs. (*L.* 1, Cod. *Si certum petatur.*)

De même, si le partage a été fait inégalement, mais cependant de manière qu'il ne puisse y avoir lieu à rescision, le cohéritier qui se trouve avantagé, n'est toujours tenu des dettes; que proportionnément à la quote de la succession qu'il avoit droit de recueillir. Il n'est donc pas exact de dire qu'il est tenu en proportion de ce qu'il prend, ou de ce qu'il recueille dans la succession.

Mais remarquez que le principe d'après lequel les héritiers sont tenus des dettes en proportion de leurs parts héréditaires, peut être modifié par la volonté du défunt, qui peut imposer à l'un de ses héritiers, l'obligation de payer

BIU Cujas

toutes les dettes de la succession, ou une part plus grande que celle dont il seroit tenu de droit commun, le tout, pourvu qu'il n'en résulte pas de réduction de la réserve légale, dans les cas où elle a lieu. (*Voyez* ci-après les notes (1) de la page 141, et (3) de la page 142.) *Nec obstat* l'opinion contraire émise par RICARD, *des Donations*, part. 2e., nº. 18. En effet, cet auteur raisonnoit dans le sens de l'art. 300 de la coutume de Paris, qui défendoit de cumuler les qualités d'héritier et de légataire. Sous l'empire de cette coutume, il ne pouvoit donc y avoir de prélegs, même par la volonté du défunt. Or, la disposition en vertu de laquelle un héritier est chargé de payer dans les dettes une part supérieure à celle qu'il devroit payer d'après le droit commun, est un véritable prélegs en faveur des autres cohéritiers.

Remarquez, en second lieu, que la charge imposée à l'un des héritiers de payer une part plus grande dans les dettes, n'a d'effet qu'à l'égard des héritiers entr'eux, mais qu'elle ne préjudicie en rien au droit qu'ont les créanciers, de demander à chaque cohéritier une part dans les dettes, proportionnée à sa part héréditaire, sauf recours contre celui qui a été grevé de la charge par le défunt : comme aussi je pense que, pour éviter le circuit d'actions, les créanciers pourroient demander la totalité de leurs créances à l'héritier grevé ; mais c'est une faculté dont ils peuvent user ou ne pas user à volonté.

Nota. Un arrêt de Cassation, du 27 janvier 1812 (*Journal de Jurispr. du Code Civil*, Tome XVIII, page 233), a décidé, et avec raison, que les cohéritiers qui ont chargé un notaire de la liquidation d'une succession, étoient tenus *solidairement* du payement des honoraires. En effet, ils doivent, relativement à ce, être considérés, non comme héritiers, mais comme mandans. Or, entre plusieurs mandans, la solidarité a lieu. (Art. 2002.)

(5) *Proportionnée à sa part héréditaire.* Il en est de même des débiteurs de la succession, qui ne peuvent payer valablement à chaque héritier qu'une part de la dette proportionnée à sa part héréditaire, ainsi que nous le verrons au Titre *des Contrats en général.*

Quid, si un cohéritier a vendu ses droits successifs? Cela ne change rien au droit. Les créanciers peuvent toujours poursuivre le vendeur pour sa part, sauf son recours contre l'acquéreur. De même, les débiteurs de la succession peuvent payer valablement au vendeur, tant que la cession ne leur a pas été signifiée.

Quid, si, par une clause spéciale du partage, un des cohéritiers a été chargé d'une part plus considérable dans les dettes? Appliquez ce qui a été dit dans la note précédente, pour le cas où la même charge a été imposée par le défunt. En conséquence, les créanciers peuvent bien lui demander la part qu'il a été chargé de payer; mais c'est pour eux un acte de pure faculté; et

BIU Cujas

ils peuvent, s'ils le préfèrent, ne lui demander que sa part, et demander le surplus aux autres cohéritiers, chacun pour leur part, sauf le recours de ceux-ci contre le premier cohéritier, pour ce qu'ils ont été obligés de payer en excédant de ce dont ils étoient tenus d'après le partage.

Mais si les héritiers sont bénéficiaires, ne sont-ils tenus des dettes que pour leur part, ou jusqu'à concurrence de ce qu'ils ont retiré de la succession, quand même cela excéderoit leur part respective dans les dettes? *Espèce:*

Une succession est acceptée bénéficiairement par trois héritiers. Ceux-ci, après avoir payé les créanciers opposans, se sont partagé le surplus, montant à douze mille francs. Chaque héritier a donc touché quatre mille francs. Il se présente un créancier à qui il est dû six mille francs. Il s'adresse à l'un des cohéritiers, et lui demande les quatre mille francs qu'il a touchés. Le cohéritier offre de payer deux mille francs seulement, pour son tiers dans la dette. *Quid juris?* On a jugé en faveur du créancier, à Paris, le 25 août 1810 (Sirey, 1810, 2^e^. partie, p. 357), et en faveur de l'héritier, à Colmar, le 23 novembre de la même année (Sirey, 1811; 2^e^. partie, pag. 77.) Je crois l'arrêt de Colmar plus conforme aux principes. Le bénéfice d'inventaire est établi uniquement en faveur de l'héritier; on ne peut le faire tourner contre lui. L'arrêt de Paris a jugé que l'héritier bénéficiaire n'étoit qu'un comptable; ce qui n'est pas exact. Il est si bien propriétaire, qu'il peut aliéner valablement tous les effets de la succession; il en est quitte pour être réputé héritier pur et simple. L'arrêt de Paris a confondu l'exception avec le droit. Le créancier ne peut, en principe, assigner l'héritier, pur et simple ou bénéficiaire, que pour sa part dans la dette. Si l'héritier, pour se dispenser de payer cette part, oppose le bénéfice d'inventaire, c'est alors qu'il devient comptable, et qu'il est obligé de prouver que ce qu'il a reçu de la succession, ne suffit pas pour payer sa part dans la dette. Mais s'il n'oppose pas le bénéfice, et qu'il paye sa part dans la dette, le créancier n'a pas de compte à lui demander. L'héritier n'est donc pas comptable de droit; il ne l'est que lorsqu'il oppose l'exception du bénéfice.

Nota. Pendant que j'écrivois ceci, l'arrêt de Paris a été déféré à la Cour de Cassation, et cassé par arrêt du 22 juillet 1812 (Sirey, 1812; 1^re^. partie, pag. 305.)

Comment les héritiers sont-ils tenus des obligations résultant des délits ou des quasi-délits, commis par le défunt? Aux termes de l'article 2 du Code d'Instruction Criminelle, l'action publique pour l'application de la peine s'éteint par la mort du prévenu; mais l'action civile, pour la réparation du dommage, peut être exercée contre ses représentans. En conséquence, l'héritier n'est tenu des peines même pécuniaires, c'est-à-dire, des amendes résultant des délits ou des quasi-délits du défunt, qu'autant qu'elles ont été prononcées contre ce dernier. Il en est tenu alors par l'action *judicati.* Mais, quant aux répara-

BIU Cujas

tions civiles, il en est tenu, tant que l'action n'est pas prescrite. (*Voir* au 1^er^. Vol. la note (11) de la page 25.)

Quid, si le défunt étoit convenu avec son créancier que celui-ci pourroit agir solidairement contre chacun de ses héritiers? *Voir* ci-après les notes (1) de la page 141, et (3) de la page 142.

Observez que l'article 873 dit que les héritiers sont tenus des dettes et charges, pour leur portion *virile*. Mais je pense qu'il faut entendre par là leur portion héréditaire; ce qui n'est pas toujours la même chose. Supposons, en effet, un père et un frère, seuls héritiers dans une succession : la portion virile de chacun est moitié; la portion héréditaire est du quart pour le père, et de trois quarts pour le frère. Je ne pense pas, en effet, que l'intention du Législateur ait été d'obliger deux héritiers succédant inégalement, par exemple, dans l'espèce précédente, le père et le frère, à payer chacun une part égale dans les dettes, sauf recours. A la vérité, l'on pensoit ainsi anciennement; mais cette opinion étoit fondée sur ce que, dans la plupart des successions, l'inégalité des parts provenoit de ce qu'il y avoit des héritiers des propres et des héritiers des acquêts. Or, le créancier ne pouvoit connoître dans quelle proportion les propres ou les acquêts étoient à la masse de la succession, et diriger son action en conséquence; il falloit une liquidation, un partage, que les héritiers étoient maîtres de faire quand ils le vouloient, et que les créanciers n'étoient pas obligés d'attendre. On avoit donc trouvé plus juste de décider que les héritiers seroient tenus chacun pour une part égale, sauf recours. Actuellement, la même raison n'existe plus. La loi doit être connue de tout le monde. C'est elle seule qui détermine la quote revenant à chaque héritier. Il paroît donc convenable qu'il ne soit tenu des dettes que proportionnément à cette part. D'ailleurs, cela évite les recours, toujours désagréables et dispendieux.

Nous examinerons, dans le Titre suivant, la question de savoir si l'héritier légitime concourant avec un légataire universel, ou à titre universel, est tenu, à l'égard des créanciers, pour la totalité des dettes, ou seulement pour une part proportionnée à celle qu'il prend dans la succession. (*Voir* aussi la note (4) de la page suivante.)

(6) *Qui lui est hypothéqué.* Sauf, dans ce cas, la faculté accordée au possesseur ou détenteur, qui n'est pas obligé personnellement, de se libérer de la dette, en délaissant l'immeuble ou la portion d'immeuble qu'il possède.

(7) *Détenteur, tiers-détenteur.* Ces expressions sont particulièrement consacrées en matières d'hypothèques, pour désigner celui qui n'est pas personnellement obligé à une dette, mais qui possède un immeuble hypothéqué, et qui, à raison de ce, peut être poursuivi par l'action hypothécaire.

BIU Cujas

PAGE 55.

(1) *Du total de sa créance.* Ainsi, dans ce cas, il faut distinguer dans chaque héritier détenteur d'immeuble, ou de portion d'immeuble, hypothéqué, deux obligations différentes : l'une personnelle, qu'il a contractée comme héritier et comme représentant la personne du défunt, par le seul effet de son acceptation, et en vertu de laquelle il est tenu de payer, même sur ses propres biens, une part dans la dette, proportionnée à sa part héréditaire; l'autre obligation, réelle ou hypothécaire, à laquelle il n'est assujetti que comme détenteur de tout ou partie de l'objet hypothéqué, et dont il peut conséquemment se libérer en délaissant l'objet, tandis que l'obligation personnelle étant inhérente à la qualité d'héritier qu'il ne peut abdiquer (*semel heres, semper heres*), il est tenu de l'acquitter sur tous ses biens. *Exemple :* Une personne laisse dans sa succession une dette de dix mille francs, hypothéquée sur une maison. Quatre héritiers acceptent la succession purement et simplement. Par l'événement du partage, la maison hypothéquée tombe à Pierre, l'un d'eux. En conséquence, outre l'obligation personnelle qu'il a contractée en acceptant la succession, de payer le quart des dettes, et par conséquent deux mille cinq cents francs sur celle dont il s'agit, il peut être poursuivi par le créancier des dix mille francs, pour la totalité de cette somme, comme détenteur de la maison hypothéquée, et sauf son recours contre ses cohéritiers. Mais il y aura cette différence, que pour les deux mille cinq cents francs qu'il doit personnellement et comme héritier, il n'a, comme nous l'avons dit, aucun moyen de se soustraire au payement, quand même il offriroit d'abandonner tout ce qu'il a recueilli de la succession; au lieu que, pour les sept mille cinq cents francs, qu'il ne doit que comme détenteur de la maison, il peut se dispenser de les payer, en délaissant ladite maison au créancier, qui en poursuivra alors la vente avec les formalités requises; le tout sans préjudice du droit qu'a ce même créancier de poursuivre, s'il le préfère, chacun des trois autres héritiers pour un quart de la dette. En outre, l'héritier assigné comme détenteur, et qui a payé sa part dans la dette, peut exiger, conformément à l'article 2170, que le créancier discute préalablement les immeubles hypothéqués à la même dette, qui peuvent être encore dans les mains de ses cohéritiers; car il est vrai de dire que, pour la part de ses cohéritiers, il n'est poursuivi que comme détenteur, et que ce sont eux qui sont réellement débiteurs personnels et principaux.

(2) *A l'action hypothécaire.* Pourquoi a-t-on fait une disposition particulière pour le cas de la rente constituée? C'est que, comme nous le disons dans le texte, il n'y a pas de terme d'exigibilité, et que, d'un autre côté, le créancier de la rente hypothéquée sur un immeuble, pouvant demander, tous les ans, la totalité de la rente au cohéritier détenteur de l'immeuble hypothéqué, sauf le recours de ce dernier contre ses cohéritiers, il en seroit résulté une série an-

BIU Cujas

nuelle et perpétuelle d'actions en garantie. C'est pour éviter cet inconvénient, que l'on oblige les cohéritiers, ou de rembourser le capital, ou de charger du service de la rente le lot dans lequel tombe l'immeuble hypothéqué.

Mais l'un des cohéritiers ne pourroit-il pas rembourser le capital entier au créancier, sauf son recours contre ses cohéritiers? Oui; mais il n'auroit de recours que pour la continuation de la rente, attendu qu'il est de l'essence de la rente constituée, que le débiteur qui paye exactement les arrérages, ne puisse être jamais forcé de rembourser le capital.

Si l'un des héritiers n'a pas payé les arrérages de la rente pendant deux ans, et que le créancier veuille exiger le remboursement du capital, conformément à l'article 1912, pourra-t-il exiger ce remboursement contre les héritiers qui ont payé exactement leur part? La décision de cette question dépend de celle de savoir si l'un des héritiers pourroit rembourser sa part dans le capital. (*Voyez* au 3e. volume, les notes sur le Titre *du Prêt*, où cette question est discutée.) Il est évident, en effet, que, si l'on décidoit l'affirmative, il faudroit décider, par suite, que le créancier ne peut exiger son remboursement que du débiteur qui est en demeure, et pour la part de ce dernier seulement. Mais, même en adoptant l'opinion contraire, je pense, *benigno jure*, que les autres cohéritiers pourront se dispenser de rembourser, en payant les arrérages dus par leur cohéritier, et en donnant des sûretés pour le payement des arrérages à venir. (Argument tiré de l'article 618.)

(3) *Et doit garantir.* Il est tenu de garantir, parce que, comme nous l'avons déjà fait observer, les arrangemens particuliers qui peuvent avoir lieu entre les cohéritiers, ne peuvent, en aucune manière, préjudicier au créancier, qui conserve toujours le droit, ou de poursuivre, pour le total, les détenteurs des immeubles hypothéqués, ou de demander à chaque cohéritier sa part dans la dette, sauf leur recours, dans ce dernier cas, contre celui qui a été chargé, par le partage, de la payer en totalité.

(4) *Soit contre les légataires universels, ou à titre universel.* L'héritier concourt avec le légataire universel, quand il est légitimaire; il est alors saisi de toute la succession, et le légataire est tenu de lui demander la délivrance. Il est donc le seul représentant de la personne du défunt, et, en conséquence seul passible de l'action des créanciers, sauf son recours contre le légataire. (*Voyez* ci-après, la note (2) de la page 91.)

(5) *Quand il y avoit subrogation.* Il y a subrogation, toutes les fois que les droits, priviléges et hypothèques du créancier passent à une autre personne. (Art. 1249, 1250 et 1251.)

(6) *A raison de son émolument.* Un exemple est nécessaire pour faire comprendre cette difficulté:

Une personne ayant plusieurs maisons hypothéquées au payement de la même créance, meurt laissant quatre héritiers, qui tous acceptent sa succes-

BIU Cujas

sion. Par l'effet du partage, il tombe dans le lot de chaque cohéritier une des maisons hypothéquées. Le créancier, à l'échéance de l'obligation, et en vertu de l'indivisibilité de l'hypothèque, poursuit un seul des héritiers, Pierre, par exemple, en payement du total de sa créance. Pierre, pour n'être pas obligé de délaisser la maison, paye ce total. Conformément à la disposition portée en l'article 1251 (au 3°.), il est subrogé, de droit, à tous les droits, actions et hypothèques du créancier; en conséquence, comme il ne devoit réellement que le quart de la dette, il veut, par suite de la subrogation, et comme représentant le créancier, demander les trois autres quarts à un de ses cohéritiers, détenteur, comme lui, d'une maison hypothéquée à la même créance. Le peut-il; ou bien est-il tenu de diviser son action, et de demander le tiers de ce qu'il a payé en sus de sa part, ou le quart de la créance au total, à chacun des autres cohéritiers? Telle est la question sur laquelle on étoit partagé anciennement.

Il est certain que de droit strict, et d'après les principes rigoureux de la subrogation, qui met le subrogé au lieu et place du créancier, il semble que, comme ce dernier auroit pu demander le tout à chaque cohéritier détenteur, le subrogé qui le représente, a le même droit, sauf qu'étant lui-même débiteur personnel de la dette pour un quart, il ne peut demander que les trois quarts.

Mais l'on a jugé qu'il résulteroit de ce système un inconvénient notable. En effet, qu'arriveroit-il dans l'espèce, et en admettant le recours du premier cohéritier pour les trois quarts? C'est que le deuxième cohéritier, qui aura été obligé de payer les trois quarts, étant lui-même subrogé par l'effet du payement, pourra poursuivre le troisième pour le payement de la moitié, sauf à celui-ci à poursuivre le quatrième, et même à revenir contre le premier qui, en sa qualité de détenteur, est toujours tenu de la dette, tant qu'elle n'est pas entièrement éteinte: de là un circuit perpétuel d'actions et de procédures sans nombre. Il a donc paru plus convenable d'obliger celui qui a payé le total dans le principe, de demander le tiers du restant, à chacun des autres cohéritiers. D'ailleurs, l'on peut dire que la subrogation même est un avantage que le cohéritier a retiré *ex re hereditariâ*, et qu'il doit en conséquence communiquer à ses collègues, conformément à la loi 19, ff. *Famil. ercisc.*, bien loin de pouvoir le tourner contre eux.

Au reste, la subrogation lui est toujours utile, en ce qu'elle lui donne, pour sûreté du recours, la même hypothèque qu'avoit le créancier sur les biens tombés au lot de ses cohéritiers; mais la seule différence, c'est qu'il ne peut exercer cette subrogation que pour la part de chacun d'eux.

Au surplus, je pense que la disposition de l'article 875 doit être restreinte au cas pour lequel elle a été faite, et qu'en conséquence elle ne seroit pas applicable à l'héritier qui seroit, de son chef, créancier hypothécaire de la succession. On ne peut pas dire, dans ce cas, que l'hypothèque est un avantage que l'héritier retire *ex re hereditariâ*, et qu'il doit communiquer à ses cohéritiers.

BIU Cujas

D'ailleurs il n'y a pas circuit d'actions, comme dans le cas précédent, où l'héritier subrogé étoit lui-même tenu, comme détenteur, par l'action hypothécaire. En effet, nous supposons ici l'héritier créancier hypothécaire seulement, mais non détenteur d'immeubles hypothéqués à sa dette. Car, s'il l'étoit, peut-être faudroit-il décider autrement, à cause du circuit d'actions qui auroit lieu alors. Mais, dans tous les cas, lorsqu'il aura, par l'action hypothécaire, exigé du cohéritier détenteur la totalité de sa créance, moins la part éteinte par la confusion, celui qui aura payé, se trouvant dans le cas de l'article 875, ne pourra plus agir contre les autres, que chacun pour leur part.

(7) *Au marc le franc.* Si nous supposons trois héritiers, le père pour un quart, et deux frères chacun pour trois huitièmes, et que l'un des deux frères soit insolvable, sa part dans la dette sera partagée en cinq parties, dont deux seront à la charge du père, et les trois autres à la charge de l'autre frère. Si donc le père, par suite d'une action hypothécaire, a payé la totalité de la dette, il aura recours contre le frère solvable, d'abord pour les trois huitièmes dont il est tenu personnellement dans la dette, et ensuite pour les trois cinquièmes de la part dont le frère insolvable étoit tenu; ce qui fait les trois cinquièmes au total de la dette : les deux autres cinquièmes restent à la charge du père.

Quid, si la dette étoit chirographaire? L'héritier qui l'auroit payée en totalité, n'auroit point de recours contre ses cohéritiers pour la part de l'insolvable. L'art. 876 n'acorde ce recours que quand la dette est hypothécaire. Et, en effet, les dettes passives se divisant de plein droit entre les héritiers (art. 1220), le créancier ne pouvoit forcer un seul des cohéritiers de payer en totalité la dette chirographaire : il ne pouvoit demander à chacun que sa part; et alors l'insolvabilité de l'un d'eux fût retombée sur le créancier, et non pas sur les autres cohéritiers. Celui qui a payé volontairement une pareille dette, doit donc se l'imputer, et n'a pas pu imposer par son seul fait, à ses cohéritiers, une obligation à laquelle ils n'étoient pas soumis.

Indépendamment de la subrogation qui est accordée dans ce cas au cohéritier qui, par suite de l'action hypothécaire, a payé, en totalité, une dette de la succession, il a encore, à raison de ce, une action en garantie contre ses cohéritiers, ainsi que le privilége qui est attaché à cette action par l'art. 2103, n°. 3. En effet, si, au lieu de payer la dette, l'héritier s'étoit laissé exproprier, alors c'eût été une éviction, provenant d'une cause antérieure au partage, et qui eût bien certainement donné lieu à l'action en garantie, établie par l'art. 884. Donc il doit avoir la même action, lorsqu'il paye la dette pour éviter l'éviction.

PAGE 56.

(1) *De la subrogation.* Il pourra, en conséquence, en abandonnant tout ce qu'il a des biens de la succession, agir, pour le total de la créance, contre chacun de ses cohéritiers détenteurs d'immeubles hypothéqués à ladite créance.

BIU Cujas

Il en sera de même, à plus forte raison, s'il est, de son chef, créancier hypothécaire de la snccession.

(2) *A ceux qui n'ont point d'hypothèque.* La séparation des patrimoines a été établie principalement dans l'intérêt des créanciers chirographaires. Cependant les créanciers, même hypothécaires, peuvent avoir intérêt de la demander, s'ils craignent de ne point venir en ordre utile; ceux qui n'ont qu'une hypothèque spéciale, ont aussi intérêt de demander la séparation, qui leur en donne une générale sur tous les biens de la succession. Enfin, s'ils n'ont pas pris inscription avant le décès, ils ont intérêt de demander la séparation, parce qu'alors l'inscription prise par eux dans les six mois à compter de l'ouverture de la succession, prime toutes celles qui auroient pu être prises auparavant sur les biens de ladite succession par les créanciers de l'héritier: au lieu que, si la séparation n'a pas lieu, leur hypothèque n'a rang, même à l'égard des créanciers de l'héritier, que du jour de l'inscription.

(3) *Plus de dettes que de biens.* Remarquons, en effet, qu'il n'y a de causes de préférence entre créanciers, que les priviléges et les hypothèques. (Art. 2094.) En conséquence, les créanciers qui n'ont ni privilége ni hypothèque, ayant un droit égal sur tous les biens de leur débiteur, le prix de ces biens se distribue entr'eux par contribution. (Art. 2093.) Que l'on se rappelle maintenant que, par l'acceptation, l'héritier ne fait qu'un avec le défunt; que les deux patrimoines sont confondus, et que les créanciers du défunt n'étant plus que les créanciers de l'héritier, sont obligés, s'ils n'ont ni privilége, ni hypothèque, de venir à contribution avec les créanciers personnels de l'héritier, sur la masse de ses biens, au nombre desquels se trouvent ceux de la succession. Il est évident, d'après cela, que, si l'héritier avoit personnellement, au moment de l'acceptation, ou se trouvoit avoir par la suite, plus de dettes que de biens, la confusion des deux patrimoines profiteroit à ses propres créanciers, et préjudicieroit par la même raison à ceux du défunt. Car telle succession eût été suffisante, et au-delà, pour acquitter les dettes du défunt, qui, réunie aux biens de l'héritier, ne suffiroit plus pour acquitter les dettes réunies de la succession et de l'héritier.

(4) *La séparation des patrimoines.* Cette séparation peut être demandée dans tous les cas, et quand même la succession seroit acceptée sous bénéfice d'inventaire. Nous avons démontré précédemment (note (2) de la page 33) que la séparation des patrimoines résultant du bénéfice d'inventaire, étoit toute en faveur de l'héritier, et ne pouvoit être invoquée par les créanciers.

La séparation tombe-t-elle sur les biens rapportés, c'est-à-dire, les créanciers de la succession peuvent-ils comprendre dans le patrimoine du défunt la part que chaque cohéritier prend dans les biens rapportés, soit par lui, soit par ses cohéritiers? La même raison qui nous a fait décider que l'héritier bénéficiaire ne devoit pas compte aux créanciers de la succession, des biens rap-

BIU Cujas

portés, doit faire décider également qu'ils ne sont pas compris dans la séparation des patrimoines. Les biens donnés avoient cessé d'être le patrimoine du défunt; ils ne pouvoient donc être le gage de ses créanciers. Il est vrai que le rapport anéantit l'action des créanciers de l'héritier, mais uniquement en faveur des cohéritiers, et non des créanciers de la succession, auxquels le rapport n'est dû dans aucun cas. Mais, dira-t-on, supposons l'espèce suivante :

Un père donne à un de ses fils, entre-vifs, et sans dispense de rapport, une maison de valeur de trente mille francs : il meurt, laissant trois enfans et une succession de cent cinquante mille francs, déduction faite des dettes. L'enfant donataire ayant intérêt de venir à la succession, accepte, et rapporte la maison qui lui avoit été donnée. Le partage se fait, et la maison est adjugée en entier à l'un des cohéritiers, autre que le donataire. Cet héritier ayant de mauvaises affaires, les créanciers de la succession demandent à son égard la séparation des patrimoines. Si l'on décide que la maison ne fait point partie des biens de la succession, il en résultera que le rapport aura préjudicié aux créanciers du défunt; car, s'il n'y eût pas eu de rapport, leur débiteur auroit eu cinquante mille francs pour sa part dans les biens laissés au décès; au lieu que, par l'adjudication qui lui a été faite de la maison, il n'en a touché que trente mille. Or, que le rapport ne profite pas aux créanciers de la succession, cela peut être; mais au moins ne doit-il pas leur préjudicier. D'ailleurs, quel droit de préférence les créanciers de l'héritier ont-ils sur cette maison, qui, pendant la vie du père, n'a jamais fait partie du patrimoine de leur débiteur? D'un autre côté, si nous supposons que la séparation est demandée contre le donataire lui-même, auquel, par l'effet du partage, il a été adjugé soixante mille francs à prendre dans les biens laissés au décès, il arrivera que les créanciers de la succession pourront faire comprendre dans la séparation la totalité de ces soixante mille francs, et que les créanciers de l'héritier donataire se trouveront privés de tout droit à cet égard; tandis que, d'après le principe que nous avons posé plus haut, la maison ayant appartenu réellement à leur débiteur, avoit pu être affectée à leurs créances, et que, si leur droit pouvoit être anéanti, ce n'étoit qu'en faveur des cohéritiers, et nullement en faveur des créanciers de la succession.

L'objection seroit effectivement très-forte, si les choses devoient s'opérer ainsi. Mais je pense que, dans l'espèce, l'on ne doit, à l'égard du cohéritier non donataire, dans le lot duquel est tombée la maison, regarder comme provenant du rapport, que la part qu'il auroit prise dans l'objet rapporté, si cet objet eût été divisible, et qu'il eût été réellement divisé entre tous les cohéritiers; ou, ce qui est la même chose, que les créanciers peuvent faire comprendre dans le patrimoine du défunt tout ce que ce cohéritier auroit eu, si le rapport n'eût pas eu lieu. Ainsi, dans l'espèce, indépendamment du rapport, ce cohéritier auroit touché cinquante mille francs; il n'en a touché que trente mille : la maison

BIU Cujas

qui lui est échue est donc censée faire partie de la succession jusqu'à concurrence de vingt mille francs, ou des deux tiers de sa valeur. Quant à l'héritier donataire, si la maison tombe dans son lot, nous avons décidé ci-dessus (note (2) de la page 41), qu'elle étoit censée n'avoir jamais cessé de lui appartenir. Elle ne peut donc être comprise dans la séparation des patrimoines, qui, si elle est demandée contre les autres cohéritiers, comprendra alors la totalité des soixante mille francs qui leur sont échus; car si le rapport ne doit pas profiter aux créanciers de la succession, il ne doit pas non plus leur préjudicier. Si la maison ne tombe pas dans le lot de l'héritier donataire, et que la séparation soit demandée contre lui, je pense qu'il faut opérer, à son égard, comme il a été dit ci-dessus, et décider que la somme de dix mille francs, dont sa portion se trouve augmentée, en raison de la part qu'il prend dans l'objet rapporté, ne doit pas être comprise dans la séparation, puisqu'il est vrai de dire, d'un côté, que le rapport ne doit pas profiter aux créanciers de la succession, et, de l'autre, que, s'il n'y eût pas eu de rapport, sa part n'eût été que de cinquante mille francs.

Quid, dans l'espèce suivante? Paul accepte la succession de son père, puis ensuite celle de sa mère, qui se trouvoit créancière de la succession du père, pour ses reprises matrimoniales. Les créanciers de la mère demandent la séparation des patrimoines. L'on demande s'ils peuvent faire comprendre dans cette séparation, et exercer en conséquence à leur profit, les droits que leur débitrice avoit contre la succession du père. L'on oppose à leur prétention, que Paul, en acceptant les deux hérédités, est devenu tout-à-la-fois créancier et débiteur de ces droits; qu'il y a donc eu confusion, et conséquemment extinction de l'obligation. Néanmoins D'Héricourt, *de la Vente par Décret*, chap. II, sect. XI, décide, et avec raison, en faveur des créanciers de la mère. Quant à l'argument tiré de la confusion, il répond que la séparation des patrimoines a précisément pour objet de l'empêcher, et que, conséquemment, dans l'espèce, les créanciers de la mère pourront exercer leurs droits, exclusivement, sur le montant des reprises que leur débitrice avoit à répéter contre son mari.

Le créancier d'une dette cautionnée par un tiers, peut-il demander la séparation des patrimoines contre les créanciers du débiteur devenu héritier de la caution? La raison de douter se tire de ce que l'obligation de la caution paroît éteinte par la confusion. Il faut décider néanmoins, par la même raison que dans l'espèce ci-dessus, que la séparation peut avoir lieu. (*L.* 3, ff. *de Separat.*; et argument tiré de l'art. 2035.)

L'article 878 dit que les créanciers du défunt peuvent demander, dans tous les cas, et contre tout créancier (bien entendu de l'héritier), la séparation des patrimoines, etc. Faut-il conclure de cette rédaction, que cette séparation ne peut être demandée que contre les créanciers de l'héritier? Non, sans doute. Car il résulteroit de là de grands inconvéniens qui anéantiroient souvent le bé-

BIU Cujas

néfice de la séparation à l'égard des créanciers du défunt. Ainsi, premièrement, il pourroit arriver que l'héritier n'eût pas de créanciers, mais que cependant ce fût un dissipateur, disposé à vendre tous les biens de la succession, pour en consommer le prix en dépenses folles. Or, les créanciers chirographaires du défunt n'ont d'autre moyen d'empêcher cet abus qu'en demandant la séparation des patrimoines, qui leur donnera le droit de prendre des inscriptions sur les immeubles de la succession, qu'ils pourront poursuivre alors entre les mains de tout détenteur. Secondement, il est possible que l'héritier ait des créanciers, mais qui ne soient pas connus; et alors comment feroit le créancier du défunt pour demander la séparation? Concluons donc, qu'il n'est pas nécessaire que la séparation des patrimoines soit demandée contre les créanciers de l'héritier; que ces mots *contre tout créancier*, insérés dans l'article 878, ont eu pour but de faire connoître qu'il n'y avoit point de créancier de l'héritier, quelque privilégié qu'on le supposât, qui pût se mettre à l'abri des effets de la séparation demandée par les créanciers du défunt, et non de décider que cette demande ne pouvoit être formée que contre les créanciers de l'héritier.

Il résulte de là qu'il suffit que la séparation ait été demandée, pour qu'elle ait son effet à l'égard de tous les créanciers de l'héritier, quels qu'ils soient, et qu'elle peut leur être opposée, à quelque époque qu'ils se présentent.

Observez, 1°. que, si l'héritier, à l'égard duquel la séparation a été demandée, vient à mourir, ses propres créanciers peuvent demander également la séparation des patrimoines, mais contre les créanciers de son héritier seulement. (*L.* 1, §. 8, ff. *de Separat.*)

2°. Que le cohéritier, qui est en même temps créancier de la succession, peut demander la séparation contre les créanciers des autres cohéritiers, pour la partie de la dette qui n'est pas éteinte par la confusion. *L.* 7, *Cod. de bonis auctorit. jud. possid.*

3°. Qu'il n'est pas nécessaire que la créance soit exigible, pour que la séparation puisse être demandée: il suffit qu'il existe un droit, même éventuel, ou subordonné à une condition. La demande en séparation est un acte purement conservatoire.

(5) *A la novation.* La novation est la substitution d'une nouvelle dette à l'ancienne, qui se trouve, en conséquence, éteinte. Ainsi, lorsqu'il y a eu novation, la créance contre la succession est éteinte, il ne reste plus que la créance contre l'héritier. (*Voyez* ci-après, au Titre *des Contrats en général*, chap. V, sect. II.) Or, comme la séparation des patrimoines ne peut être demandée que par les créanciers de la succession, il en résulte que celui qui a consenti à la novation, ayant cessé d'être créancier de la succession, ne peut plus demander la séparation.

(6) *En acceptant l'héritier pour débiteur.* Comment cette acceptation emporte-t-elle novation, puisque l'héritier devient, de plein droit, et sans

BIU Cujas

aucun acte de la part des créanciers, débiteur de toutes les dettes de la succession? Je pense qu'on se sert peut-être d'une locution inexacte, quand l'on dit qu'il y a novation par l'acceptation de l'héritier, pour débiteur, puisqu'il est toujours débiteur, soit qu'il y ait acceptation ou non. Il faut donc dire qu'en demandant la séparation, les créanciers annoncent l'intention d'empêcher la confusion des patrimoines, et l'effet du principe que *heres una et eadem persona cùm defuncto censetur.* Or, ils sont censés renoncer à cette intention, quand ils acceptent l'héritier pour débiteur : car il ne peut l'être qu'autant qu'il est la continuation de la personne du défunt, et qu'il y a conséquemment confusion des patrimoines.

Quand l'acceptation par les créanciers, de l'héritier pour débiteur, est expresse et formelle, la question n'est susceptible d'aucune difficulté. Mais quand elle est tacite, quels sont les faits qui doivent faire présumer cette acceptation? Cela est laissé à l'arbitrage du juge, qui se décidera d'après les circonstances, et en observant qu'aux termes de l'article 1273, la novation ne se présume pas, et que la volonté de l'opérer doit résulter clairement de l'acte. La loi 1, §§. 11 et 15 ff. *de Separat.*, détermine des cas dans lesquels le créancier est censé avoir accepté l'héritier pour débiteur, *secutus esse nomen heredis; putà*, s'il a reçu de lui un gage, ou une caution, quand même, dans ce dernier cas, la caution ne seroit pas solvable. Jugé dans ce sens, en Cassation, le 7 décembre 1814. (Sirey, 1815; 1re. partie, page 97.)

Quid, s'il a fait assigner l'héritier pour sa part et portion héréditaire? Cela n'emporte pas novation. (*L.* 7, ff. *de Separat.*) Je pense qu'il en doit être de même s'il lui a accordé un délai. (Argument tiré de l'article 2039.)

Quid, si les créanciers, qui n'ont pas fait novation, demandent la séparation, profitera-t-elle à ceux qui l'ont faite? La même loi 1, §. 16, *eod.*, décide la négative, par la raison que ces derniers créanciers sont devenus les créanciers de l'héritier. Ils sont donc du nombre de ceux contre lesquels la séparation est demandée; elle ne peut donc leur profiter.

Remarquez que le créancier de la succession n'est pas obligé de demander la séparation des patrimoines contre tous les héritiers; il peut la demander contre quelques-uns, ou même contre un seul, et pour la part qu'il doit supporter dans le passif de la succession. En conséquence, l'acceptation qu'il auroit pu faire de l'un des héritiers, pour son débiteur, ne l'empêchera pas de demander la séparation contre les autres cohéritiers, pour leurs parts respectives.

(7) *Si les biens*, meubles ou immeubles. La loi ne le dit pas formellement pour les meubles; mais puisqu'elle le dit pour les immeubles dans l'art. 880, cela doit, à bien plus forte raison, s'appliquer aux meubles, qui n'ont, en général, pas de suite. *Voyez* au surplus la note suivante.

(8) *Trois ans.* A compter de quelle époque? A compter de l'ouverture de la succession, et quand même elle n'auroit été acceptée que long-temps après.

BIU Cujas

On peut opposer à cette décision, que la séparation se demande uniquement *intuitu personæ heredis ;* et que, tant que la succession n'est pas acceptée, on ne peut savoir quel sera l'héritier. Mais cela est indifférent : l'héritier au premier degré, qui a laissé passer les délais pour faire inventaire et pour délibérer, est censé héritier, tant qu'il ne renonce pas. (Art. 797.) Les créanciers de la succession ont donc dû le poursuivre pour le forcer de prendre qualité, et faire leurs dispositions en conséquence de sa résolution. S'ils ne l'ont pas fait, ils doivent se l'imputer. *Sic* jugé en Cassation, le 9 avril 1810. (Sirey, 1811, 1re. part., pag. 18.) Mais remarquez que la séparation ne peut être demandée à l'égard des meubles, même avant les trois ans, qu'autant qu'elle est possible, c'est-à-dire, autant que les meubles de la succession peuvent être distingués et discernés de ceux de l'héritier ; et cela, d'après l'inventaire qui a dû être fait. Sils sont tellement confondus que la distinction ne puisse pas se faire, il est clair que la séparation ne peut avoir lieu. (*L.* 1, §. 12, *eod.*) *Sic* jugé en Cassation, le 8 novembre 1815. (Sirey, 1816, 1re. partie, pag. 137.) Mais cela ne s'applique pas au cas où la confusion a lieu seulement de droit ; *putà*, si l'héritier est débiteur de la succession. Quoique la dette soit censée éteinte par la confusion, néanmoins, comme la séparation a pour objet d'empêcher cette confusion, la dette revit à l'égard des créanciers qui ont demandé cette séparation.

Il résulte au surplus de ces principes, que la séparation ne peut avoir lieu à l'égard des deniers comptans, à moins qu'ils ne soient encore distincts du patrimoine de l'héritier ; *putà*, s'ils sont encore sous les scellés, ou entre les mains d'un séquestre.

Quid, à l'égard des créances mobiliaires ? Elles sont toujours distinctes, tant qu'elles ne sont pas acquittées, ou qu'il n'y a pas novation consentie entre le débiteur et l'héritier : et, pour prévenir tout inconvénient à ce sujet, il est essentiel que le créancier qui demande la séparation, notifie cette demande aux débiteurs de la succession ; laquelle notification doit valoir comme saisie-arrêt, et être poursuivie dans la même forme. (*Voyez* les art. 557 et suivans, du Code de Procéd.)

(9) *Dans la main de l'héritier*, et même après la vente, tant que la vente n'est pas transcrite, et pendant quinzaine après la transcription. (*Code de Procéd.*, art. 834.)

Quid, si l'héritier a vendu un des immeubles de la succession, sans que le créancier demandeur en séparation, ait pris d'inscription dans la quinzaine de la transcription, mais que le prix soit encore dû par l'acquéreur ? D'abord, si les trois ans ne sont pas écoulés, il n'est pas douteux que la séparation ne puisse être demandée à l'égard de ce prix, puisqu'elle peut l'être pendant trois ans à l'égard des meubles. Mais même, quand il y auroit plus de trois ans, l'on pourroit encore soutenir que la séparation peut avoir lieu, et que la

BIU Cujas

loi a fixé à trois ans le délai à l'égard des objets mobiliers qui étoient tels dans la succession; mais non à l'égard des immeubles, qui sont devenus meubles par le fait de l'heritier, sauf toutefois les droits acquis à des tiers par des saisies-arrêts, délégations, etc.; mais dans tous les cas, une fois la quinzaine passée, l'acquéreur peut se libérer valablement. *Voyez* la note suivante.

Quid, si l'héritier a vendu ses droits successifs? Il est clair que la séparation ne peut plus être demandée, sauf le cas de fraude; les biens n'existent plus dans la main de l'héritier. (*L.* 2, ff. *de Separat.*)

(10) *A l'égard des créanciers de l'héritier*, seulement; d'où il résulte:

1°. Que l'inscription n'a d'effet, à l'égard des acquéreurs, qu'autant qu'elle est prise, au plus tard, dans la quinzaine après la transcription. Si, cependant, le prix n'est pas payé, ni l'ordre clos, je pense que l'inscription prise dans les six mois, conserve le privilége; car alors l'acquéreur n'a pas d'intérêt de le contester; et quant aux créanciers de l'héritier, ils ne sont pas fondés, puisque l'article 2111 décide formellement que l'inscription prise dans les six mois, conserve le privilége à leur égard. *Voyez* ci-dessus la note (4) de la page 47.

2°. Que ce privilége n'a aucun effet entre les créanciers de la succession: ce qui doit s'entendre dans le sens, que si deux créanciers chirographaires de la succession se sont inscrits dans les six mois, mais à des époques différentes, ils primeront bien les créanciers de l'héritier; mais le premier inscrit ne primera pas le second. Le privilége n'ayant pas d'effet entr'eux, ils resteront ce qu'ils étoient, c'est-à-dire, chirographaires, et viendront par concurrence. Mais si l'un d'eux étoit hypothécaire, son inscription aura pour effet, non-seulement de primer celles qui auroient pu être prises auparavant par les créanciers de l'héritier, mais encore de donner rang à son hypothèque, relativement aux autres créanciers de la succession. Ainsi, il primera, sur les biens de la succession, le créancier hypothécaire de la succession inscrit après lui, et même le chirographaire inscrit auparavant, si toutefois la succession n'a pas été acceptée sous bénéfice d'inventaire; car, alors, l'inscription prise depuis l'ouverture de la succession, n'auroit aucun effet à l'égard des créanciers de la succession même.

De ce que l'inscription prise seulement en vertu de la séparation des patrimoines, n'a aucun effet entre les créanciers de la succession, il suit que, si l'un des inscrits est légataire seulement, tous les créanciers inscrits dans les six mois, doivent lui être préférés. *Nemo liberalis, nisi liberatus.* (Argument tiré de l'article 809.) Mais voyez ce qui est dit ci-après, relativement au cas où la séparation des patrimoines est demandée par les légataires.

3°. Que, si tous les créanciers sont chirographaires, il suffit d'une inscription prise au nom de la masse, et dans laquelle seront relatés les noms et le montant des créances de ceux qui l'auront requise; car il ne s'agit point

BIU Cujas

de fixer leurs droits entr'eux, mais de les conserver contre les créanciers de l'héritier.

Le créancier chirographaire de la succession, qui a pris inscription dans les six mois, prime-t-il les autres créanciers de la même succession, qui n'ont pris inscription qu'après les six mois? Je pense qu'il faut distinguer : Si des créanciers de l'héritier ont pris inscription dans l'intervalle, je pense que le créancier de la succession, inscrit dans les six mois, doit, quand même il seroit chirographaire, primer le créancier, même hypothécaire, de la succession, inscrit après les six mois. Car, puisque celui-ci est primé par les créanciers de l'héritier inscrits avant lui, à plus forte raison doit-il l'être par ceux qui priment ces derniers, par la règle, *si vinco vincentem te, à fortiori vinco te.* Mais s'il n'a été pris d'inscription dans l'intervalle par aucun créancier de l'héritier, je pense que l'inscription ne peut avoir d'effet entre les créanciers chirographaires de la succession. L'article 2111 restreint formellement aux créanciers de l'héritier, le privilége résultant de l'inscription dans les six mois. Donc le créancier, inscrit dans les six mois, ne peut se prévaloir de l'inscription contre un autre créancier de la même succession.

(11) *A compter de l'ouverture de ladite succession. Quid*, s'ils n'ont pas pris inscription dans les six mois? Ils n'ont plus de privilége. Mais ils ont toujours une hypothèque, qui n'a de rang que du jour de l'inscription. (Art. 2113.) Par conséquent, la séparation des patrimoines peut encore être utile aux créanciers après les six mois; car s'ils sont chirographaires, elle leur donne le droit de prendre une inscription hypothécaire, et de primer par là tous les créanciers chirographaires de l'héritier, et même ses créanciers hypothécaires inscrits après eux; et s'ils n'ont qu'une hypothèque spéciale, la séparation des patrimoines leur en donne une générale sur tous les biens de la succession. Mais je pense que cette hypothèque ne peut avoir d'effet qu'à l'égard de ceux à l'égard desquels le privilége auroit eu lieu, s'il y avoit eu inscription dans les six mois. Par conséquent, il faudroit appliquer à cette hypothèque tout ce que nous avons dit ci-dessus, et les distinctions que nous avons établies relativement au privilége résultant de l'inscription prise dans les six mois

L'on voit, d'après cela, que c'est mal-à-propos que quelques personnes ont prétendu qu'il existoit une antinomie entre l'article 880 et l'article 2111. Ces deux articles concordent parfaitement. Le premier dit que la séparation peut être demandée quant aux immeubles, tant qu'ils sont dans la main de l'héritier; mais il ne détermine pas les effets de cette séparation. L'article 2111 porte, que, pour conserver le privilége qui résulte de la séparation, il faut prendre inscription dans les six mois de l'ouverture de la succession. Si la séparation n'avoit d'autre effet que de donner le privilége résultant de l'article 2111, ces personnes pourroient avoir raison; mais elle en a un autre très-considérable, qui n'est assujetti à aucune prescription autre que celle de la demande

BIU Cujas

même en séparation, c'est l'hypothèque légale générale résultant de l'article 2113; effet qui peut être encore de la plus grande importance. Ainsi, la séparation produit privilége et hypothèque. Comme le privilége a pour effet de primer, même les hypothèques antérieures, il a bien fallu, pour ne pas induire les tiers en erreur, fixer un délai pour rendre ce privilége public. De là la règle prescrite par l'article 2111; mais quant à l'hypothèque, comme elle n'a rang que du jour de l'inscription, elle dure pendant tout le temps fixé par l'article 880; ces deux articles sont donc parfaitement d'accord.

Nota. La séparation des patrimoines devant être, et étant le plus souvent demandée par les créanciers chirographaires de la succession, c'est encore un des cas dans lesquels on peut prendre inscription en vertu d'un acte sous seing-privé. (*Voyez*, au 3e. Vol., la note (10) de la page 148.)

(12) *A leur préjudice.* Ainsi il pourra, pendant les six mois, être établi des hypothèques par l'héritier, sur les biens de la succession. Ces créanciers pourront même prendre inscription pendant le même temps, sur lesdits biens; et ces inscriptions auront tout l'effet qu'elles peuvent avoir, entre les créanciers de l'héritier, et même à l'égard des créanciers de la succession non inscrits dans les six mois; mais elles ne peuvent préjudicier, en aucune manière, aux créanciers de la succession inscrits dans les six mois.

(13) *Contre les créanciers de la succession.* C'est la disposition de la loi 1, §. 2, ff., *de Separat.;* et Ulpien en donne pour raison, que, *licet alicui, adjiciendo sibi creditorem, creditoris sui facere deteriorem conditionem.* Si le débiteur est assez maladroit pour accepter une succession désavantageuse, tant pis pour ses créanciers : *Sibi imputent qui cum tali contraxerint*, dit le même jurisconsulte, §. 5 de la même loi. Si cependant la fraude du débiteur étoit évidente, je pense que les créanciers seroient admis à faire rescinder l'acceptation dans leur intérêt, ou, ce qui est la même chose, à demander la séparation des patrimoines. (*Dicto* §. 5, et art. 1167 du *Cod. Civil.*)

Il se présente ici une question; c'est celle de savoir si les créanciers de la succession, qui ont demandé la séparation des patrimoines, peuvent, en cas d'insuffisance des biens de ladite succession, venir concourir, avec les créanciers de l'héritier, sur les biens de l'héritier même. Papinien, *L.* 3, §. 2, ff. *eod.*, décide qu'ils ne le peuvent, et qu'ils n'ont de droit sur les biens de l'héritier, qu'après que tous les créanciers de ce dernier sont désintéressés. Et Paul, *L.* 5, *eod.*, décide qu'ils ne le peuvent dans aucun cas, même quand il n'y auroit point de créanciers. Pothier, dans son *Traité des Successions*, a embrassé l'avis de Papinien. Le Code n'a rien dit sur ce point. *Quid juris?* Il est en général de droit commun, que les créanciers d'une succession acceptée, deviennent les créanciers de l'héritier, sauf le cas du bénéfice d'inventaire. On oppose qu'ils ont demandé la séparation; mais cette séparation est un bénéfice introduit uniquement en leur faveur, puisque les créanciers de l'héritier, même

BIU Cujas

en droit Romain, ne pouvoient la demander contr'eux. Or, il est encore de principe, qu'on ne peut tourner contre une personne un droit qui n'est établi que dans son intérêt. D'ailleurs, de ce qu'il existe une sorte de biens, spécialement affectée au payement de quelques créances, doit-on en conclure que les autres biens du débiteur sont exempts de l'action de ces mêmes créanciers? Il faudroit donc soutenir que les créanciers privilégiés ou hypothécaires, ne peuvent, s'ils n'ont pas été payés sur les biens soumis à leur privilége, ou à leur hypothèque, venir à contribution sur les autres biens de leur débiteur: ce qui est contraire à tous les principes du droit. La décision de Paul, et même celle de Papinien, étoient donc des dérogations au droit commun, qui ne peuvent être fondées que sur des dispositions particulières de la loi; et, comme il n'en existe aucune dans le Code, je suis fondé à penser que cette doctrine ne seroit pas admise, et que les créanciers de la succession peuvent, dans tous les cas, concourir suivant leur droit, avec les créanciers de l'héritier, sur le patrimoine de l'héritier même, surtout actuellement que le principal bénéfice résultant de la séparation cesse par le fait de la non-inscription dans les six mois. Il seroit, en effet, bien singulier que l'on admît, dans ce cas, les créanciers de l'héritier à concourir avec ceux de la succession, sur les biens de la succession même, et que l'on empêchât les créanciers de la succession, inscrits ou non inscrits, de concourir avec ceux de l'héritier, sur les biens de ce dernier.

Mais ne peut-on pas opposer à cette décision ce que nous disons plus haut note (6), que l'acceptation de l'héritier pour débiteur, empêche la séparation des patrimoines? Car bien certainement c'est accepter l'héritier pour débiteur, que de poursuivre ses biens pour être payé. Cela est vrai. Aussi je pense que le recours sur les biens de l'héritier, ne peut avoir lieu qu'après que tous les biens de la succession sont épuisés. Autrement, en effet, ce recours emporteroit effectivement renonciation au bénéfice de la séparation; et par suite, les biens de la succession qui existeroient encore dans la main de l'héritier, se confondroient avec son patrimoine, et deviendroient, comme ses autres biens, le gage de ses propres créanciers.

Page 57.

(1) *Des donations entre-vifs et testamentaires.* Il existe, sur cette matière, un excellent Traité de Ricard. Il y a aussi dans les Œuvres posthumes de Pothier, deux petits Traités, l'un sur les donations entre-vifs, et l'autre sur les donations testamentaires.

(2) *A titre gratuit.* Disposer à titre gratuit, c'est transmettre sa chose à une autre personne, sans rien recevoir à la place. Disposer *à titre onéreux*, c'est recevoir l'équivalent, ou une chose qui est censée l'équivalent, de ce que l'on donne.

BIU Cujas

PAGE 58.

(1) *Expressément déterminées par la loi.* Il s'est élevé sur cet article une question fort importante, savoir : si celui qui peut faire une donation réelle, peut en faire une simulée; ou, en d'autres termes, si celui qui ne pourroit pas attaquer une donation faite valablement, comme donation, peut attaquer celle qui a été déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux. Exemple :

Pierre fait une vente simulée de sa maison à Paul. L'acte contient quittance d'un prix qui n'a pas été payé. Les faits sont constans; Pierre meurt, laissant pour héritiers des collatéraux : il pouvoit, en conséquence, disposer de tout son bien. Si donc la maison eût été réellement et ostensiblement donnée, il est certain que les collatéraux n'eussent pu attaquer la donation. Mais dans l'état actuel des choses, ils prétendent que l'acte est nul comme vente, puisqu'il n'y a pas eu de prix; qu'il est nul comme donation, parce que ce n'est pas une donation que les parties ont déclaré vouloir faire ou recevoir, et que, d'ailleurs, les solennités requises pour les donations entre-vifs n'ont pas été observées; qu'en conséquence, la propriété de la maison est toujours restée entre les mains du défunt. Sont-ils fondés?

La Cour de Cassation a d'abord varié sur cette question. Mais enfin elle paroît être fixée à l'opinion que les donations, même simulées, ne peuvent être attaquées que par ceux qui auroient le droit d'attaquer la donation réelle. (Voir entre autres décisions, deux arrêts de cette Cour, l'un du 20 octobre 1812, rapporté dans SIREY, 1813; 1re. part., pag. 141; et l'autre du 31 mai 1813, rapporté *ibid.*, pag. 330.)

Quelque fortes que soient les raisons sur lesquelles paroit appuyée cette dernière jurisprudence, je n'en persiste pas moins dans l'opinion que j'ai émise dans mon premier Cours, il y a plusieurs années, qu'un acte de vente simulé ne doit valoir ni comme vente, ni comme donation, et que la nullité peut en être demandée par tous ceux qui ont intérêt.

D'abord, on ne peut disconvenir, ce me semble, que l'article 893 ne soit formel sur ce point. « On ne peut, y est-il dit, disposer de ses biens « à titre gratuit, que dans les formes établies ci-après. » Donc, si ces formes n'ont pas été observées, on n'a pu disposer. Or, nous avons démontré au 1er. vol. (note (6) de la page 61) quel est l'effet de l'incapacité morale qui résulte de ces mots employés par la loi, *on ne peut.* C'est comme si l'article avoit dit : *Tout homme qui n'aura pas observé telles formes, sera incapable de disposer.* Or, une donation faite par une personne incapable de donner, ne peut-elle pas être attaquée par tous ceux qui ont intérêt? Si un mineur, si une femme mariée non autorisée, ont donné entre-vifs, l'acte ne peut-il pas être attaqué par leurs héritiers, quels

BIU Cujas

qu'ils soient ? Et cependant la loi ne s'est pas servi d'autres expressions. *Le mineur ne pourra disposer*, disent les articles 903 et 904 ; *la femme mariée ne pourra*, dit l'article 905, etc. Donc il résulte de l'article 893, que toute disposition à titre gratuit, qui n'est pas faite dans les formes requises pour les donations entre-vifs et les testamens, est nulle ; d'un autre côté, il est certain que la nullité résultant de ce que les formes des donations n'ont pas été observées, est absolue, et peut être invoquée par tous ceux qui ont intérêt ; donc, etc.

Mais indépendamment de cet article, dont la disposition me paroît formelle, il n'est pas difficile de démontrer que l'esprit général du Code s'oppose à la doctrine que nous combattons en ce moment, et que le Législateur a, dans toutes les occasions, manifesté l'intention bien prononcée d'annuller les donations déguisées, même quand elles seroient faites entre parties respectivement capables de donner et de recevoir.

Prenons pour première preuve de cette vérité, le Titre *du Contrat de Mariage*, chapitre *de la Communauté*. L'on ne peut nier qu'on n'ait conservé, dans ce chapitre, le pur droit coutumier, et par conséquent toutes les dispositions de ce droit, qui avoient pour but d'empêcher les avantages indirects entre époux. L'on pourroit citer sur ce point les articles 1403, 1404, alinéa premier ; 1433, 1437, et surtout l'art. 1595, alinéa dernier. Sous l'ancien droit, cela étoit tout simple. Dans la plupart des coutumes, tout avantage quelconque entre époux étoit sévèrement prohibé. Il n'étoit pas étonnant que l'on eût pris des précautions pour assurer l'effet de la prohibition. Mais dans le droit nouveau, où la prohibition est entièrement abrogée, et où cependant les mêmes dispositions contre les avantages indirects ont été conservées, il faut dire, ou que le Législateur a agi sans nulle raison, sans nul motif, ou qu'il n'a pas voulu que les époux fissent d'une manière oblique ce qu'il leur permettoit de faire ostensiblement.

2°. L'article 1099 fournit encore une preuve bien convaincante de l'intention du Législateur. Il s'agit dans cet article de donation entre époux. Dans le droit actuel, les époux peuvent se donner jusqu'à concurrence d'une certaine quotité qui varie suivant les circonstances, et la qualité des héritiers du donateur. Or, dans l'article précité, l'article distingue entre les donations indirectes, et celles qui sont déguisées sous la forme de contrats onéreux, ou faites par personnes interposées. Quant aux premieres, l'article les réduit au disponible : mais, quant aux secondes, il les annulle entièrement. Or, dans les deux cas, la disponibilité peut être la même. D'où peut donc résulter une décision si différente ? C'est que, dans le premier cas, l'époux a donné indirectement, il est vrai, parce que l'occasion s'est présentée ainsi ; mais il a donné ostensiblement et publiquement : il n'a pas entendu dérober la connoissance de sa libéralité. Ainsi, c'est une succession qu'il a répudiée, pour qu'elle appartînt en totalité à son conjoint, qui

BIU Cujas

étoit en même temps son cohéritier, ou qui lui étoit substitué, ou autre cas semblable. C'est, à la vérité, une donation indirecte, mais à l'égard de laquelle l'époux n'a pas entendu déguiser ses intentions. Mais, quand il s'agit d'une donation simulée, ou faite à des personnes interposées, il y a réellement intention frauduleuse. Le donateur a voulu dérober à la loi et aux tribunaux la connoissance de son action; et c'est cette intention que la loi punit, en annullant la donation pour la totalité. Or, dans ce cas, il est certain qu'il y avoit une portion de biens dont le donateur pouvoit disposer en faveur de son époux; et cependant, la donation est annullée pour le tout. Donc, le Législateur n'a pas entendu permettre de faire d'une manière simulée, ce qu'il permet de faire directement et publiquement.

Enfin, nous pouvons trouver une troisième preuve de l'esprit général du Code, dans l'article 1975, qui annulle le contrat de rente viagère créée sur la tête d'une personne qui est décédée, dans les vingt jours suivans, de la maladie dont elle étoit atteinte au moment du contrat. Or, cet article ne distingue pas s'il s'agit d'une rente constituée sur la tête du bailleur de fonds, ou sur la tête d'un tiers; dans le premier cas, il ne distingue pas davantage si le bailleur de fonds connoissoit, ou non, son état. La disposition est générale, et n'excepte aucun cas. Or, si nous supposons que la rente a été constituée sur la tête du bailleur de fonds, et qu'il soit prouvé qu'au moment où il a traité, il connoissoit parfaitement son état, et l'impossibilité dans laquelle il étoit de revenir en santé, il est bien certain alors qu'il a voulu faire une donation. Et cependant le contrat sera nul; et la nullité pourra être demandée par tous ceux qui auront intérêt.

Dans tous ces différens cas, le Législateur a donc appliqué la maxime qui doit être regardée comme le principe fondamental en cette matière : le donateur *fecit quod non potuit, non fecit quod potuit.*

Donc, le système que je combats, est en même temps contraire, et au texte de la loi, et à l'esprit général du Code.

Veut-on considérer la question sous le rapport moral; elle me paroît encore moins douteuse.

En effet, il est certain que celui qui prend une voie détournée pour faire un acte qu'il pourroit faire directement et ostensiblement, doit être présumé avoir de mauvaises intentions, ne fût-ce que celle de vouloir assurer la perpétuité de l'opération, au mépris de la loi qui en ordonne la révocation ou la réduction dans certains cas. Or, certainement il est impossible que la loi accorde sa protection à de pareils motifs.

Mais, disent les partisans de l'opinion contraire, si les dispositions de la loi se trouvent effectivement violées, l'acte sera annullé. Si elles ne le sont pas, si le disposant ne laisse point d'héritiers à réserve, si celui en faveur duquel il a disposé, n'est pas incapable de recevoir, pourquoi annuller une pareille disposition? et puisque le disposant pouvoit dépouiller entièrement ses héritiers,

BIU Cujas

pourquoi ceux-ci se plaindroient-ils, lorsqu'il n'a fait que ce que la loi lui permettoit de faire ?

Je réponds d'abord, que ce raisonnement ne peut que favoriser la fraude et l'immoralité. Remarquons, en effet, que, dans ce système, celui qui emploie une voie oblique et détournée, a toutes les chances en sa faveur, et qu'il a, par conséquent, plus d'avantage que celui qui a pris franchement et ouvertement la voie qui lui étoit indiquée par la loi. Que risque, en effet, le premier? Rien, absolument rien; car, si la simulation est découverte, il se trouve dans la même position que s'il avoit employé la voie directe; et si elle ne l'est pas, il sera parvenu à éluder la disposition de la loi. Il a donc tout à gagner à prendre les moyens frauduleux; et certes, un système qui amène un pareil résultat, doit être banni de toute bonne législation.

Ainsi, un homme ayant enfans, veut les dépouiller, et faire une donation considérable à un individu. Il veut que cette donation ne puisse être attaquée, même quand elle entameroit la réserve. Il prend donc la voie oblique, et déguise sa donation sous la forme d'un contrat onéreux, et qui n'a besoin, conséquemment, d'être revêtu d'aucune solennité. On le demande, une pareille opération mérite-t-elle la protection ou la défaveur de la justice? Et bien! cependant, parce que cet homme viendra à décéder sans postérité, et qu'il ne laissera pour héritiers que des collatéraux, sa disposition deviendra inattaquable; et ses parens les plus proches ne seront pas recevables à en demander la nullité! D'un autre côté, un homme incapable de simulation, n'ayant ni descendans ni ascendans, fait ostensiblement une donation modique à un ami: l'officier chargé de rédiger l'acte, y omet quelqu'une de ces formalités que la loi a eu sans doute raison d'exiger, mais qui ne servent en rien à la manifestation de la volonté des parties; dans ce cas, le parent le plus éloigné, un cousin au onzième degré, pourra demander, et obtiendra infailliblement la nullité d'une pareille donation. On le demande encore, seroit-ce là une législation bien équitable? Il est possible que ce système finisse par prévaloir; mais je n'en persisterai pas moins à réclamer contre une pareille jurisprudence, qui me semble, je le répète, aussi contraire aux dispositions de l'article 893, qu'aux idées morales, qui, quoi qu'on en dise, doivent être prises en grande considération, toutes les fois que cela est possible, et à plus forte raison, quand elles se trouvent d'accord avec les dispositions de la loi.

Cette opinion est, au surplus, fortement défendue par l'un des plus judicieux auteurs qui aient écrit sur la jurisprudence. Valin, dans son Commentaire sur l'article 44 de la Coutume de la Rochelle, nos 56 et 57, dit formellement:

« Qu'il est absurde de soutenir que celui qui peut donner, peut reconnoître « valablement, quoique faisant une fausse reconnoissance; que ce n'est point « là l'esprit de la loi, parce qu'elle ne peut pas protéger la fausseté, qui est « l'infraction de la première loi;

BIU Cujas

« Qu'il faut juger des actes par eux-mêmes, et reconnoître que tel contrat, « qui ne peut valoir pour l'effet ordinaire attaché à sa nature, ne peut valoir « non plus comme donation ou legs, s'il n'est revêtu des formalités prescrites « pour la validité des donations ou des testamens ;

« Que telle étoit, en général, la maxime des pays soumis au droit coutumier ; « d'où il est arrivé que, dans les Coutumes même où il est permis de s'avan- « tager entre conjoints, on a jugé que, dans le cas d'exclusion de la commu- « nauté par une clause du contrat de mariage, le mari ne pouvoit pas rappeler « sa femme à la communauté, sous prétexte que ce rappel n'excédoit pas l'avan- « tage qu'il avoit droit de lui faire directement. » C'est aussi l'avis de Lebrun, *de la Communauté*, Liv. I, chap. III, n°. 12.

Et plus bas, sur l'art. 48 de la même Coutume, §. 1, n°. 19, Valin rappelle et confirme le principe « qu'il ne suffit pas d'avoir le pouvoir de donner, pour faire « valoir un acte qui contient un avantage, si cet acte n'est pas dans la forme « requise pour les donations. »

« Le Magistrat, dit Ricard, *des Donations*, partie 1re., chap. II, n°. 21, « pour juger de la qualité d'une chose, ne s'arrête qu'à la substance et à la réa- « lité ; et non pas à la couleur que les parties ont voulu donner, soit par erreur, « ou par le motif de leur intérêt, ou autrement. » Donc, quand le contrat onéreux est simulé, les juges doivent y voir ce qui y est réellement, c'est-à-dire, une donation, et l'annuller, si elle n'est pas revêtue des formes prescrites par la loi pour ces sortes d'actes.

L'on oppose à cette doctrine, d'abord l'article 918, qui, dit-on, suppose évidemment l'avantage simulé, et qui cependant ne l'annulle que pour l'indisponible. Mais l'on peut répondre premièrement que cet article 918, qui de la loi du 17 nivose, a été transporté dans le Code Civil, on ne sait trop pourquoi, seroit tout au plus une disposition unique, et qui se trouve plus que balancée par celles des art. 1099, 1403 et suivans, 1595, etc. En deuxième lieu, que cet article ne suppose pas précisément qu'il y a eu avantage simulé, mais qu'il a voulu seulement prévenir l'effet de l'inégalité excessive qui pourroit résulter entre les enfans d'un même père, de la vente faite à l'un d'eux, à fonds perdu, des biens de l'auteur commun ; que ce qui prouve que c'est uniquement dans ce sens que cet article doit être entendu, c'est qu'il ne prononce point la réduction de dispositions semblables, quand elles sont faites envers des étrangers, et ce, quand même elles anéantiroient la réserve. Or, si la loi voyoit dans de pareilles aliénations, des libéralités envers les acquéreurs, elles les soumettroit à la réduction, comme toutes les autres dispositions à titre gratuit.

L'on objecte encore l'article 1676, et l'on dit : Si la loi n'accorde que deux ans au vendeur pour demander la rescision de la vente faite à vil prix, comment supposer qu'elle ait entendu introduire une action rescisoire, qui se prolongera nécessairement pendant toute la vie de celui qui a disposé, et même

BIU Cujas

pendant plusieurs années après son décès? Je réponds qu'il y a une très-grande différence entre l'action dont il s'agit ici, et l'action en rescision de la vente pour vilité du prix, en ce que cette dernière se donne même contre les tiers. Il falloit donc, pour ne pas entraver la circulation des biens, fixer un délai fort court, dans lequel elle dût être intentée. L'action en rescision pour fraude n'est pas réelle de sa nature : elle n'est pas même *in rem scripta;* elle est purement personnelle, telle qu'étoit l'action *de dolo* chez les Romains. Il n'y a donc pas d'inconvénient qu'elle se prolonge indéfiniment, puisqu'elle ne peut jamais être donnée que contre l'artisan ou le complice de la fraude, qui certes, ne mérite pas de grands ménagemens.

Enfin, le principe sur lequel est fondée notre opinion, est tellement évident, que la Cour de Cassation elle-même, n'a pu se dispenser d'y revenir, dans un arrêt du 24 novembre 1808 (Sirey, 1809; 1re. Partie, pag. 103), par lequel elle a rejeté le pourvoi contre un arrêt, qui avoit jugé qu'une donation simulée, faite par celui qui laisse des héritiers à réserve, étoit nulle, même pour la portion disponible. Or, il me semble que, quand l'on juge que l'individu qui peut disposer du quart de ses biens, ne peut le faire par un acte simulé, on doit juger également que celui qui peut disposer de la totalité, ne peut davantage le faire par un acte semblable. Car, enfin, quel est le principe qui a dirigé la jurisprudence de la Cour de Cassation, contre laquelle je m'élève en ce moment? c'est que l'on peut faire d'une manière simulée, tout ce qu'on pourroit faire directement. Or, l'individu qui a trois enfans, par exemple, peut donner directement le quart de ses biens. Sa faculté de disposer, relativement à ce quart, est aussi pleine que celle de l'individu, qui n'a ni descendans ni ascendans, l'est relativement à la totalité des biens. Or, l'arrêt de novembre 1808 a jugé que celui qui pouvoit donner directement le quart de ses biens, n'avoit pu en faire une donation déguisée. Donc, l'on doit juger également que celui qui pourroit donner directement la totalité de ses biens, ne peut pour cela la donner d'une manière simulée.

La Cour de Cassation a bien senti toute la force de l'argument qui résultoit de cet arrêt contre son système; aussi a-t-elle adopté depuis une autre jurisprudence; et le 6 juin 1814, elle a cassé un arrêt qui, dans une pareille espèce, et conformément à ce qui avoit été précédemment jugé par la Cour de Cassation elle-même, avoit annullé la donation pour le tout. (Sirey, 1814; 1re. part., pag. 215); et elle a prononcé de la même manière par ses arrêts des 26 juillet 1814, (*Bulletin*, nº. 79) et 31 juillet 1816; (*Bulletin*, nº. 56.) Mais l'on ne voit pas comment a pu être prononcée la cassation d'arrêts qui, non-seulement n'étoient contrevenus à aucune disposition du Code, mais encore qui s'étoient conformés à la disposition de l'article 1099, qui annulle pour le tout les donations déguisées, même faites à des personnes auxquelles il est permis de donner directement, au moins jusqu'à une certaine concurrence.

BIU Cujas

Un autre arrêt de Cassation du 9 juillet 1817 (*Bulletin*, n°. 73), porte dans un de ses motifs, que la réduction des donations qui excèdent le disponible, a pour but de punir la fraude de ceux qui veulent éluder les lois relatives à la réserve. Ce motif est inexact. D'abord, il n'y a pas de fraude quand on agit ouvertement: *Dolus est*, dit la loi 1, §. 2, ff. de dolo malo, *cùm aliud agitur, aliud simulatur.* D'ailleurs, il peut arriver souvent que le donataire n'ait aucune intention frauduleuse, *putà*, si sa fortune étoit beaucoup plus considérable à l'époque de la donation, qu'à celle de son décès, il pouvoit faire alors, sans entamer la réserve, des libéralités qui ne sont devenues réductibles depuis, que par la diminution de ses biens. Il faut donc dire que le but de la réduction est uniquement de compléter la réserve en faveur des héritiers auxquels elle est assurée par la loi, et d'empêcher quil n'y soit porté atteinte, de quelque manière que ce soit.

(2) *Moralement ou physiquement impossibles.* Une condition est physiquement impossible, quand les lois de la nature s'opposent à son exécution. Elle est moralement impossible, quand elle est physiquement possible, mais qu'elle ne peut s'exécuter, sans que les lois ou les bonnes mœurs soient violées. Telle seroit la condition de commettre un vol, un assassinat.

Observez, quant à l'impossibilité physique;

1°. Qu'il faut que cette impossibilité soit absolue. Si la condition est possible en soi, quand même elle seroit impossible pour le légataire, elle doit avoir son effet. C'est ce que décide, avec raison, Ricard, *des disposit. condit.*, n°. 232 et suivans, et ce, conformément à la loi 4, §. 1, ff. *de statu liberis*;

2°. Que, si la condition est impossible seulement en partie, l'on doit accomplir ce qui est possible, et le surplus seulement *pro non scripto habetur*; LL. 12, ff. *de dote prœleg.*, et 6, §. 1, ff. *de condit. et demonstrat.*

3°. Que, si la condition, possible dans le principe, est devenue impossible, il faut distinguer: Si elle est devenue impossible pendant la vie du testateur, comme c'est le moment du décès qu'il faut considérer, la condition doit être réputée non écrite. Si c'est après la mort du testateur, il faut encore distinguer: si l'impossibilité est survenue après la mort du légataire, le legs est nul. Car dès qu'elle étoit possible au moment de la mort du légataire, le legs est devenu caduc par cela seul que le légataire est mort avant l'accomplissement. L'impossibilité survenue depuis n'a pu le faire revivre. D'ailleurs, l'impossibilité équivaut à l'accomplisement. Or, l'accomplissement de la condition, survenue après la mort du légataire, n'empêche pas la caducité. Mais si l'impossibilité est survenue pendant la vie du légataire, il faut encore distinguer: si c'est par son fait, le legs est nul; sinon, il est valable.

(3) *Sont réputés non écrites.* Cependant il faut distinguer à l'égard des conditions négatives, c'est-à-dire, qui consistent à ne pas faire. Si ces sortes de conditions sont imposées au légataire, la disposition est censée pure et simple.

BIU Cujas

Ainsi, soit cette disposition : je donne et lègue cent à Titius, *si cœlum digito non tetigerit*, le legs est pur et simple. Mais si elle est imposée à celui qui est chargé de payer le legs, alors il faut dire que la condition est plutôt censée accomplie que non écrite. Comme s'il est dit : mon héritier donnera cent à Titius, *nisi cœlum digito tetigerit :* dans ce cas, l'héritier est censé avoir accompli la condition, et il est en conséquence déchargé de l'obligation.

De ce qu'en général les conditions moralement ou physiquement impossibles sont réputées non écrites ou accomplies, il résulte que le donataire recueille la donation, et est dispensé de l'accomplissement de la condition. Il en étoit de même anciennement, quand ces conditions étoient jointes à des dispositions testamentaires. (*LL.* 3, ff. *de Cond. et Demonstr.*, et 14, ff. *de Condit. Instit.*) Il en étoit autrement à l'égard des donations entre-vifs, et en général de tous les actes qui exigeoient le concours des deux volontés ; non-seulement ces sortes de conditions étoient nulles, mais encore elles annulloient la disposition à laquelle elles étoient apposées. (*LL.* 31, ff. *de Obligat. et act.* et 137, §. 6, ff., *de Verb. obligat.*)

L'on donnoit pour raison de différence, d'abord, quant aux conditions physiquement impossibles, que ceux qui apposent ou laissent apposer à un contrat une condition impossible, sont censés avoir voulu badiner, et n'avoir pas pensé sérieusement à s'obliger, ou à en obliger un autre ; que l'on ne peut faire la même supposition à l'égard du testateur, qui, en écrivant ses dernières volontés, a nécessairement devant les yeux l'idée de la mort, idée qui exclut de sa part tout soupçon de plaisanterie ; qu'on doit plutôt supposer que c'est une erreur échappée à son esprit troublé, et qui ne doit pas vicier la disposition principale. Quant aux conditions moralement impossibles, il y avoit une raison de différence bien plus forte ; c'est que, dans l'acte entre-vifs, où les deux partis interviennent, le donataire est censé s'être obligé à exécuter la condition : or, ce consentement lui-même est un délit qui doit être puni par la nullité de l'acte souscrit en sa faveur. On ne peut faire le même reproche aux héritiers institués, ou aux légataires, qui n'interviennent pas dans le testament, qui ignorent le plus souvent ce qui y est contenu, et qui, quand ils le sauroient, ne pourroient empêcher le testateur de disposer comme il le juge à propos.

Le Code a admis la disposition du droit Romain, relativement aux conventions. *Toute condition d'une chose impossible*, dit l'article 1172, *ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend.* Il peut paroître étonnant, d'après cela, que l'on ait adopté une disposition contraire, dans l'article 900, pour les donations entre-vifs, qui sont de véritables contrats ; ou au moins, que l'on n'ait fait aucune distinction entre les conditions réellement impossibles, et celles qui sont contraires aux lois ou aux bonnes mœurs. Comment en effet supposer

BIU Cujas

qu'un homme qui s'est formellement engagé à commettre une mauvaise action, puisse venir demander le prix de sa turpitude? A moins que l'on ne dise que l'on a voulu empêcher par là l'effet de la malveillance du donateur, en favorisant le donataire qui n'obtempéreroit pas à la condition. On peut supposer qu'il n'y a consenti que pour empêcher le donateur de s'adresser à une autre personne qui seroit moins scrupuleuse. D'ailleurs, ou le donataire a accompli la condition, ou non. Dans le premier cas, je pense qu'il est indigne de la protection de la loi, et que toute action doit lui être refusée (art. 1131 et 1133); dans le second, au contraire, il mérite d'être favorisé, et il n'y pas d'inconvénient de le récompenser aux dépens du donateur, qui est bien plus coupable d'avoir cherché à le séduire pour lui faire commettre un crime. Je crois que c'est tout ce qu'il est possible de dire, pour justifier la disposition de l'article 900, en tant qu'elle s'applique aux donations entre-vifs.

La condition de se marier, ou de ne pas se marier, doit-elle être regardée comme contraire aux bonnes mœurs, et par conséquent comme non écrite? D'abord, l'on a toujours regardé comme telle, la condition de ne point se marier; et il y a moins de raison que jamais, d'adopter une autre opinion, actuellement que les vœux religieux perpétuels ne sont pas reconnus en France. Cependant, s'il s'agissoit d'un second mariage, et que la condition fût imposée par l'époux, je pense que l'on devroit regarder cette condition comme valable, ainsi qu'on l'a toujours fait. Cela a même été jugé ainsi par la Cour de Lyon, pour un legs fait par un testateur décédé sous l'empire de la loi du 17 nivose an 2, qui favorisoit singulièrement les avantages entre époux. (Arrêt du 18 novembre 1813, rapporté dans SIREY, 1815; 2e partie, page 221.)

Par la raison contraire, la condition de se marier a toujours été admise: il en doit être de même de celle d'épouser telle personne. Cela est si vrai, que toutes les donations par contrat de mariage sont censées faites sous ces deux conditions.

Car, 1.° la donation est nulle, si le donataire ne se marie pas;

2.° Elle est nulle, s'il n'épouse la personne dont il est question dans le contrat.

Si cependant la donation sous la condition d'épouser une telle personne, avoit été faite hors contrat de mariage, et que la personne désignée fût telle que le donataire ne pût l'épouser honnêtement, alors la condition seroit regardée comme contraire aux bonnes mœurs, et, comme telle, *pro non scriptâ haberetur.*

Quid, si la personne désignée est parente à un degré prohibé? RICARD, sur cette question, est d'avis qu'il faut distinguer: Si la prohibition est telle qu'il ne puisse être obtenu de dispense; la condition *pro non scriptâ haberi debet*, comme contraire aux lois. Si la dispense est possible, le

BIU Cujas

donataire doit faire les démarches nécessaires pour l'obtenir ; et si elle est refusée, la condition doit encore être regardée comme non écrite, soit comme impossible, soit comme contraire aux lois *des Disposit. condit.* n°. 262. Mais il me semble que l'on devroit préférer l'avis de FURGOLE, *des Testam., Tom.* II, *Chap.* 7, *Sect.* 2, n°. 76 *et suivans.* Cet auteur pense que, dans tous les cas, cette condition doit être réputée non écrite. En effet, il est des personnes d'une conscience timorée, et qui se feroient scrupule de contracter de semblables mariages, surtout par une simple vue d'intérêt. Par la même raison, je suis d'avis que cette décision devroit être appliquée au cas où le mariage, quoique permis d'ailleurs par la loi civile, seroit prohibé par la religion du légataire.

Quant à la condition de ne pas épouser telle personne, elle doit valoir, à bien plus forte raison ; car elle est bien moins restrictive de la liberté, que celle d'épouser telle ou telle.

Cependant, si la condition étoit de ne point épouser une personne avec laquelle le donataire auroit vécu en mauvais commerce, je pense qu'il faudroit distinguer : Si la conduite de cette personne étoit telle que le donataire ne pût décemment l'épouser, je pense que la condition seroit valable. Mais si cette personne avoit d'ailleurs mené une conduite honnête, comme alors les lois de l'honneur et de la conscience obligent le donataire à l'épouser, surtout s'il y a des enfans à légitimer, mon avis seroit que la condition doit être regardée comme non écrite.

Voir, sur ces différens points, RICARD, *des Dispositions conditionnelles*, n^os^. 255, 257 et suivans.

De ce que le Code ne regarde comme non écrites que les conditions moralement ou physiquement impossibles, l'on doit en conclure que les dispositions faites *pœnæ nomine*, sont valables. On appelle ainsi celles qui ont pour objet, moins de gratifier la personne en faveur de qui elles sont faites, que de punir l'héritier, s'il ne se conforme pas à la volonté du testateur, Exemple : *Je donne et lègue ma maison à Pierre, si mon héritier fait*, ou *ne fait pas telle chose.* Il est évident que, dans cette disposition, l'intention du testateur a été moins de gratifier Pierre, que de forcer son héritier de faire ce qu'il lui ordonnoit, ou de l'empêcher de faire ce qu'il lui défendoit. Ces sortes de dispositions étoient nulles dans l'ancien droit Romain, parce que, disoit-on, *legata, non ex odio, sed ex benevolentiâ proficisci debent.* JUSTINIEN avoit abrogé cette nullité par la loi Unic. Cod. *de his quæ pœnæ nomine, etc.*, et avec raison. Il est certain, en effet, que le testateur a droit d'imposer à son héritier telle condition qu'il juge convenable. Mais ce droit seroit illusoire, s'il n'avoit pas celui de le punir, dans le cas où il ne satisferoit pas à la condition qu'il lui impose. Or, comment peut-il le punir, sinon en le privant de tout ou partie de l'hérédité;

BIU Cujas

et comment peut-il l'en priver, s'il n'en dispose pas en faveur d'une autre personne? Et d'ailleurs il n'est pas exact de dire que, dans l'espèce proposée, le testateur n'a pas eu l'intention de gratifier Pierre; car il pouvoit disposer de la chose en faveur de toute autre personne; et le choix qu'il a fait de lui est, par lui-même, une marque de bienveillance. Enfin, il est de droit constant que l'on peut faire un legs à un individu sous une condition qui dépende de la volonté d'un tiers. Pourquoi ne pourroit-on pas en faire un sous une condition qui dépende de la volonté de l'héritier? Mais il est bien entendu qu'il faut que la condition dont il s'agit, soit moralement ou physiquement possible. Autrement elle est réputée non écrite, ou plutôt accomplie, comme il est dit ci-dessus; et alors la disposition au profit de Pierre, seroit nulle.

Quid si, comme cela a lieu quelquefois, la condition imposée à l'héritier est celle de ne point contester telle ou telle disposition qui seroit contestable, suivant la Loi civile? Je pense qu'il faut distinguer si la disposition de la Loi civile est fondée sur l'ordre public ou les bonnes mœurs, ou sur l'intérêt seul de l'héritier. On peut donner pour exemple du premier cas, une disposition en faveur d'un enfant naturel au-delà de la quotité déterminée par la Loi. Je pense que, dans ce cas, la condition doit être réputée non écrite, comme contraire aux bonnes mœurs. On peut donner pour exemple du deuxième cas, celui d'une donation entre-vifs, nulle quant à la forme. Je pense qu'alors la condition est valable.

(4) *De la capacité de donner ou de recevoir.* Remarquez que la nullité résultant du défaut de capacité de donner ou de recevoir, ne peut être couverte par le consentement qui auroit pu être donné par l'héritier légitime pendant la vie du disposant. Ce consentement est toujours censé arraché par la crainte *ne donator pejus faciat;* et d'ailleurs c'est vraiment un pacte sur une succession future, puisque c'est une véritable renonciation anticipée aux droits qu'on aura à exercer comme héritier. Or, la nullité de ces sortes de pactes est prononcée par l'article 1130.

(5) *Etant de droit commun.* On dit qu'une chose est de droit commun, quand il n'est pas nécessaire que la loi la permette; mais qu'il suffit qu'elle ne l'ait pas défendue.

(6) *Par la loi.* Je pense néanmoins que l'on doit établir cette différence entre la donation entre-vifs et le testament, que la première devant être regardée, en général, comme un contrat, doit être considérée comme appartenant plutôt au droit des gens, c'est-à-dire, au droit que nous avons appelé *droit naturel secondaire.* Le testament, au contraire, appartient au pur droit civil. Cette distinction, dont il est possible que nous ayions occasion de faire usage par la suite, est fondée sur ce que, dans la donation, tout se passe entre le donateur et le donataire. Il arrive même le plus souvent, et presque toujours dans les donations mobilières, que l'autorité du donateur

BIU Cujas

seul suffit pour que la donation soit consommée ; et si la loi intervient quelquefois pour en procurer l'exécution, ce n'est que de la même manière qu'elle le fait pour les contrats, qui sont bien certainement de droit naturel. Par le testament, au contraire, le testateur dispose de ses biens pour un temps où il ne subsistera plus. Il fait un acte, et l'acte le plus étendu de propriété, pour un temps où il ne sera plus propriétaire, où il ne sera plus là pour protéger l'exécution de ses volontés. Il faut donc que la loi elle-même se charge de les faire exécuter. Par la donation, le donataire devient de suite, et par le fait de la donation, seul propriétaire de l'objet donné ; or, la propriété étant de droit naturel, le droit de la transmettre à un autre doit être rangé sur la même ligne. Dans le testament, la propriété n'est pas transférée au moment de la confection de l'acte ; et au moment où elle pourroit l'être, le disposant n'est plus propriétaire. C'est donc la loi seule qui la transmet. Cette transmission est donc de pur droit civil. (*Voyez* ci-après, note (6) de la page 59.)

(7) *Le mort civilement.* Il faut, à l'égard du mort civilement, remarquer une différence essentielle entre la donation entre-vifs et le testament. La donation ayant son effet, et saisissant le donataire de la propriété de l'objet donné, du moment où elle est faite, il suffit que le donateur ait le droit de disposer à cette époque. Le testament, au contraire, n'ayant d'effet qu'au moment de la mort du testateur, il faut qu'il ait la faculté de disposer, non seulement à l'époque de la confection de l'acte, mais encore au moment de son décès. En conséquence, la mort civile survenue depuis la donation entre-vifs ne préjudicie en rien au droit du donataire ; tandis que le testament du mort civilement est nul de plein droit, quand même il auroit été fait avant la condamnation, et même avant le crime qui y a donné lieu. Il n'en est pas de même du testament fait avant l'interdiction, et qui est valable, quand même le testateur mourroit en état d'interdiction. La raison de différence consiste en ce que le mort civilement est privé du droit même de disposer, au lieu que l'interdit n'est privé que de l'exercice de ce droit. Si donc il l'a exercé avant l'interdiction, son testament est valable. Cela est décidé formellement par la loi 18, ff. *Qui testam. fac. possunt*, et par le §. 1. Instit. *Quibus non est permissum fac. testam.*

Mais *quid*, si le testateur étoit incapable au moment du testament, mais capable au moment du décès ? Le testament est nul. *Voyez* ci-après la note (15.)

Quid, s'il y a eu incapacité seulement dans le temps intermédiaire ? *Tempora intermedia non nocent*, dit le §. 4. Instit. *de hered. qualit. et differ.* Par conséquent le testament est valable ; *putà*, si le testateur, capable au moment du testament, et ayant depuis encouru la mort civile, a ensuite purgé la contumace. *Voyez* ci-après la même note (15), et au premier vol. la note (8) de la page 25.

BIU Cujas

(8) *Celui qui n'est pas sain d'esprit.* L'art. 504 doit-il être appliqué aux dispositions à titre gratuit, ou peut-on attaquer ces sortes d'actes, sous le prétexte que le disposant n'étoit pas sain d'esprit, sans avoir fait prononcer, ou au moins sans avoir provoqué son interdiction de son vivant? Il paroît que l'opinion la plus commune est, actuellement, que l'art. 504 ne doit pas s'appliquer aux dispositions à titre gratuit. Arrêt de Colmar, du 17 juin 1812, (SIREY, 1813; 2e. partie, pag. 43.) On se fonde à cet égard sur deux raisons:

La première, que si l'art. 504 eût été applicable à ces sortes d'actes, l'article 901 devenoit absolument inutile.

La deuxième, que, dans le projet de Code on avoit ajouté à ce même art. 901 un paragraphe portant que l'on devoit se référer à l'art. 504, et que ce paragraphe a été supprimé dans la discussion.

Mais il me semble que l'on peut répondre, d'abord à la seconde raison, que l'on ne voit pas que ce paragraphe ait été rejeté, mais seulement ajourné jusqu'au nouvel examen que l'on devoit faire de l'art. 504. Il ne paroît pas que cet examen ait eu lieu; ou, dans tous les cas, l'article est resté comme il étoit, et conçu de la manière la plus générale. « Après la mort d'un individu, « les actes par lui faits (*sans distinction*) ne pourront être attaqués pour « cause de démence, qu'autant que son interdiction auroit été prononcée ou « provoquée avant son décès; à moins que la preuve de la démence ne résulte « de l'acte même attaqué. »

Vouloir distinguer entre les actes faits à titre onéreux et ceux qui ont été faits à titre gratuit, et prétendre que l'article 504 ne s'applique qu'aux premiers, et nullement aux seconds, me paroît une opinion entièrement inconciliable avec le texte de l'article, qui ne distingue pas, et avec la raison, qui nous dit que c'est principalement aux actes gratuits que la disposition de l'article 504 doit s'appliquer; que ce sont eux que les héritiers ont le plus d'intérêt de faire annuller, et qu'il importe conséquemment de protéger d'une manière plus efficace contre leur avidité.

L'on peut dire, d'ailleurs, que l'on a eu raison de ne pas admettre le deuxième paragraphe de l'article 901, tel qu'il étoit rédigé. En effet, il y étoit dit: « Que les donations entre-vifs, ou les testamens, ne pourroient être attaqués pour cause de démence, que dans le cas et de la manière prescrite par « l'article 504. » Or, je pense que cette rédaction étoit trop générale, et que, relativement à la question qui nous occupe, il faut distinguer: Si l'état de démence est survenu peu de temps avant la mort de l'individu, de manière que le défaut de provocation de l'interdiction, de la part des parens, puisse être raisonnablement attribué à l'espérance qu'ils avoient, que la guérison pourroit s'opérer, il y auroit de l'injustice à leur refuser le droit d'attaquer la disposition. Mais si la démence avoit duré assez long-temps pour que cette présomption ne pût avoir lieu, je ne vois nullement pourquoi l'on n'appliqueroit pas l'ar-

BIU Cujas

ticle 504, et pourquoi celui qui ne pourroit pas attaquer une vente, de quelque valeur qu'en fût l'objet, pourroit attaquer une donation ou un testament faits à la même époque, et peut-être même à une époque antérieure? D'ailleurs, supposons un instant que les parens aient provoqué l'interdiction, mais que le tribunal usant de la faculté qui lui est accordée par l'article 499, se soit contenté de nommer un conseil au défendeur, il faudroit, si l'on suivoit la lettre des articles 502 et 503, décider que tous les actes faits antérieurement, et même depuis la demande jusqu'au jugement, sont inattaquables; ce qui favoriseroit singulièrement la fraude; dans ce cas donc, s'il s'agit de dispositions à titre gratuit, l'on aura recours à l'article 901. C'est pour cela que, sans approuver entièrement les motifs d'un arrêt rendu par la Cour de Cassation, le 17 mars 1813, et rapporté par SIREY, 1813; 1re. partie, pag. 393, je pense que l'on a annullé avec raison une donation faite par un individu, dont l'interdiction avoit été provoquée, mais auquel le tribunal avoit seulement donné un conseil, ladite donation faite depuis la demande ou interdiction. (*Voir* un autre arrêt de Cassation, du 19 décembre 1814 (*Bulletin*, n°. 98), et un arrêt de Rouen, du 3 mai 1816, rapporté par SIREY, 1816; 2e. partie, page 239.)

Cette distinction, en la supposant admise, expliqueroit pourquoi l'on a rejeté le paragraphe proposé; car il étoit conçu d'une manière tellement exclusive, que le testament d'un individu n'auroit pu, dans aucun cas, être attaqué pour cause de démence, si son interdiction n'avoit pas été prononcée, ou au moins provoquée avant son décès; quand même, par exemple, la démence ne se seroit manifestée que huit ou quinze jours avant sa mort; ce qui eût été souverainement injuste. Cette opinion fait voir également comment l'article 901 pouvoit encore être utile, même après l'article 504, puisque nous supposons que le testament pourroit être attaqué dans certains cas, quoique l'interdiction n'ait été prononcée ni provoquée du vivant du testateur. D'ailleurs, n'est-il pas possible de prouver que l'acte a été fait dans un moment d'ivresse ou de délire? Et, dans ce cas, la disposition de l'article 901 ne devient-elle pas nécessaire?

Si le testateur a été déclaré sain d'esprit dans un testament par acte public, et que l'on veuille attaquer le testament comme fait par une personne non saine d'esprit, sera-t-on obligé de passer à l'inscription de faux? Je ne le pense pas. Le notaire n'a pu ni dû assurer que l'individu étoit sain d'esprit, mais seulement qu'il lui a paru tel. Or, il est évident que ce n'est pas là un fait dont il puisse garantir la certitude comme notaire, et que l'on peut en conséquence être admis, s'il y a lieu, à en prouver la fausseté, sans être obligé de s'inscrire en faux contre le testament. L'on seroit de même admis à prouver que le testateur n'a pas été libre, que son consentement a été forcé, sans être obligé de s'inscrire en faux; d'autant plus qu'il est très-possible que les faits de violence qui ont pu

BIU Cujas

précéder le testament, ou qui auroient pu suivre le refus fait par le testateur de disposer, ou de disposer de telle ou telle manière, aient été ignorés des notaires. C'est aussi l'avis de RICARD, *des Donations*, partie 3e., no. 30. Jugé dans ce sens en Cassation, le 18 juin 1816. (SIREY, 1817; 1re. partie, pag. 158.)

Peut-on encore alléguer contre les testamens les faits de captation, suggestion, colère, haine, etc.? Il existoit à ce sujet, dans le projet du Code-Civil, une disposition ainsi conçue : » La loi n'admet point la preuve que la disposi-« tion n'a été faite que par haine, colère, etc. » Cette disposition ne se retrouve plus dans la rédaction définitive. En faut-il conclure que l'on a entendu admettre la disposition contraire? Cette omission, par elle-même, ne fourniroit qu'une très-légère présomption. On auroit pu penser que l'action *ab irato*, par exemple, ne pouvant avoir lieu qu'autant qu'elle seroit formellement autorisée par la loi, il suffisoit de n'en point parler, et qu'il étoit inutile de la défendre par une disposition expresse. Il paroît cependant que telle n'a point été l'intention du Législateur. C'est ainsi que s'exprimoit l'Orateur du Gouvernement, en présentant le Titre *des Donations et des Testamens :*

« La loi garde le silence sur le défaut de liberté qui peut résulter de la sug-« gestion et de la captation, et sur le vice d'une volonté déterminée par la co-« lère ou par la haine. Ceux qui ont entrepris de faire annuller les dispositions « par de semblables motifs, n'ont presque jamais réussi à trouver des preuves « suffisantes pour faire rejeter des titres positifs; et peut-être vaudroit-il mieux, « pour l'intérêt général, que cette source de procès ruineux et scandaleux fût « tarie, en déclarant que ces causes de nullité ne seroient pas admises. Mais alors « la fraude et les passions auroient cru avoir dans la loi même un titre d'impu-« nité. Les circonstances peuvent être telles, que la volonté de celui qui a « disposé n'ait pas été libre, ou qu'il ait été entièrement dominé par une pas-« sion injuste. C'est la sagesse des tribunaux qui pourra seule apprécier ces « faits, etc. »

Il résulte bien clairement de ce passage, que l'on n'a pas entendu supprimer tout-à-fait l'action *ab irato*, mais la restreindre au cas où l'influence de la passion a été telle, qu'elle ait ôté en quelque sorte au disposant l'usage de la raison. *Pour faire une donation entre-vifs, ou un testament*, dit l'article 901, *il faut être sain d'esprit*, c'est-à-dire, jouir de toute l'étendue de sa raison. Or, peut-on dire que celui dont le cœur est rempli d'un sentiment de haine, ou de colère violente, jouisse de la plénitude de sa raison? Il suit de là qu'il seroit difficile d'établir des règles précises pour l'admission du moyen tiré de la haine. Cependant il ne faut pas perdre de vue qu'il doit être admis plus facilement en faveur des enfans que des collatéraux. *Non sanœ mentis sunt*, disent les lois Romaines, *qui sine causâ liberos suos exheredant.* (*L.* 2, ff. *de Inoffic. Test.*) Voir un arrêt de Lyon, du 25 juin 1816. (SIREY, 1817; 2e. partie, page 133.)

BIU Cujas

Au surplus, on peut dire, en général, que pour que la haine ou la colère puisse donner lieu à l'annullation d'une disposition, il faut, 1°. qu'elles soient violentes; 2°. qu'elles soient injustes; 3°. qu'elles soient le seul motif de la disposition.

Violentes. Nous avons vu qu'il falloit que la passion fût telle, qu'elle fût présumée avoir ôté au disposant l'usage de sa raison.

Injustes. Si le demandeur, par ses mœurs, par sa mauvaise conduite, ou par ses mauvais procédés envers le disposant, s'est attiré, à juste titre, la haine de ce dernier, il ne peut imputer qu'a lui-même la disposition qui le blesse, et il est non-recevable à s'en plaindre.

Enfin, *qu'elles aient été le seul motif de la disposition.* Il est bien évident que si, à raison des liens qui attachent le donateur au donataire, à raison des services que le dernier a pu rendre au premier, on peut croire que la disposition a été dictée par l'amitié ou la reconnoissance, l'action *ab irato* n'est pas admissible.

Est-il nécessaire, pour donner lieu à l'action *ab irato*, que la personne dépouillée soit l'objet direct de la haine du disposant? Non; il suffit que la passion soit le véritable motif de la disposition, quand même la haine ou la colère du disposant seroient dirigées contre une personne, autre que celle qui est dépouillée. C'est d'après ce principe, qu'un arrêt du 9 mai 1712 a annullé, comme fait *ab irato*, le testament de M. Le Camus, lieutenant-civil, qui avoit déshérité M. de Nicolay de Goussainville, son petit-fils, en haine de M. de Nicolay, son gendre.

L'effet de l'action *ab irato*, lorsqu'elle est admise, n'est pas de faire annuller le testament en entier, mais seulement les dispositions qui sont évidemment dictées par la colère ou par la haine; toutes les autres doivent être conservées.

L'art. 901 ne parle que des défauts moraux ou de l'esprit. Mais *quid* à l'égard des défauts physiques ou corporels qui pourroient empêcher un individu de manifester sa volonté; *putà* s'il est sourd, muet ou aveugle? Nous parlerons plus bas de l'influence que ces défauts peuvent avoir sur la faculté de tester. Quant aux autres modes de disposer, je pense d'abord, quant à l'aveugle, que s'il peut parler, il peut faire une donation entre-vifs: qu'il en est de même du muet, quand même il seroit aveugle, si toutefois il n'est pas sourd, et s'il peut exprimer, d'une manière quelconque, ses intentions; que si l'individu est tout-à-la-fois sourd et muet, il ne pourra disposer, qu'autant qu'il saura lire. (*Voir* à ce sujet RICARD, *des Donations*, partie 1re. nos. 134 et suivans.

(9) *Que par contrat de mariage.* Donc, après le mariage, il reste dans les bornes de sa capacité ordinaire. On a bien voulu lui permettre de donner, pour faciliter le mariage: une fois le mariage fait, le motif n'existe plus, et tout rentre dans le droit commun. L'on a même jugé à Paris, le 11 décembre 1812, que la prohibition devoit s'appliquer, même aux dispositions que le mineur

BIU Cujas

pourroit faire en faveur de son époux. (SIREY, 1813; 2°. partie, page 52.) Cependant ROUSSEAUD DE LA COMBE, *verbo* AGE, n°. 6, rapporte un arrêt du parlement de Paris, du 26 février 1610, qui a déclaré valable une donation entre-vifs faite par un conjoint mineur à son époux, dans une Coutume, où ces sortes de donations ne valoient que comme donations pour cause de mort, et étoient par conséquent révocables. Or, actuellement cette révocabilité est de l'essence des donations entre mari et femme. L'on pourroit donc dire que dans ce cas le mineur ne se dépouille pas véritablement. Peut-être pourroit-on admettre ce système. Mais il faudroit alors réduire la disponibilité du mineur aux mêmes termes que pour le testament, c'est-à-dire, à la moitié de ce dont il pourroit disposer, s'il étoit majeur.

(10) *Et l'assistance.* Doit-on conclure de ce mot, que, si le mineur n'a point d'ascendans, tout le conseil de famille, ainsi que le Juge de Paix, doivent assister au contrat de mariage? Non. Le mot *assistance* n'est pas toujours synonyme de *présence;* il signifie aussi, *aide*, *secours*, *conseil.* Il suffira donc que les conditions du contrat soient soumises au conseil de famille, et approuvées par lui.

Cette délibération doit-elle être homologuée? Je ne le pense pas, quand même le contrat de mariage renfermeroit une donation. Si les ascendans vivoient, ils pourroient consentir seuls, sans avoir besoin d'être autorisés : donc, *à pari*, la délibération du conseil n'a pas besoin d'être homologuée.

(11) *Pour la validité du mariage.* Si donc il n'a pas d'ascendans, le consentement du tuteur ne sera pas suffisant, et il ne sera pas même nécessaire.

(12) *S'il étoit majeur.* Pourvu toutefois qu'il soit habile à contracter mariage. Il faudra donc qu'il ait l'âge requis pour le mariage, non-seulement à l'époque de la célébration, mais encore au moment de la confection du contrat. L'article 1398 est formel à cet égard; et comme il est placé sous la rubrique du *Contrat de mariage*, c'est à lui principalement qu'il faut se référer dans cette matière.

(13) *Le mineur*, émancipé ou non. La loi ne distingue pas; et ce qui prouve même qu'il ne faut pas distinguer, c'est que la loi permet ici au mineur de tester, pourvu qu'il ait seize ans : or, le mineur qui n'a ni père, ni mère, ne peut être émancipé qu'à dix-huit. D'ailleurs, il faut considérer que, dans cette dernière hypothèse, le mineur ne peut être émancipé que par le conseil de famille; que ce conseil est composé des parens les plus proches du mineur, qui ont conséquemment intérêt à ce qu'il ne fasse pas de testament. Si donc l'on subordonnoit la faculté de tester à l'émancipation, il en résulteroit que le conseil pourroit refuser l'émancipation, uniquement dans la vue d'empêcher le mineur de disposer.

(14) *A l'âge de seize ans*, accomplis ou commencés? Je sais que l'on dit ordinairement que, *annus inceptus pro completo habetur;* cependant je

BIU Cujas

crois que cet adage doit s'appliquer plus particulièrement au cas où la loi s'est servi de cette expression, *âgé de*, etc. Mais quand la loi a dit, *parvenu à tel âge*, il me semble que cela désigne que l'âge doit être accompli : tel est du moins la décision de la loi 48, ff. *de Cond. et Demonst.* : *Non putabam*, dit le Jurisconsulte Marcellus dans cette loi, *diem fidei-commissi venisse, cùm sextum decimum annum ingressus fuisset, cui erat relictum, cùm ad annum sextum decimum pervenisset* : c'est aussi l'avis de Ricard, *des Donations*, partie 1re. nº. 196. Quant à la loi 74, §. 1, ff. *ad. Senat. Trebell.*, qui paroît contenir une décision contraire, il est aisé de voir qu'elle est fondée sur des circonstances particulières; et, d'ailleurs, il étoit dit que le fidéi-commis seroit rendu, si le fiduciaire mouroit avant sa vingtième année. Il étoit mort dans la vingtième; on ne pouvoit donc pas dire que la condition fût accomplie. Enfin, c'est déjà bien assez d'avoir donné, dans notre droit, à un mineur de seize ans, même accomplis, le droit de disposer de la moitié de son bien, sans accorder encore le même droit à un enfant de quinze ans.

(15) *Seulement de la moitié.* On lui permet de donner par testament, et non entre-vifs, parce qu'en testant, il ne dépouille que ses héritiers, au lieu qu'en donnant entre-vifs, il se dépouille lui-même. Mais cependant, comme il n'a pas toute la capacité et la force d'esprit nécessaires pour le mettre à l'abri de toute influence, l'on réduit, quant à lui, le disponible à moitié. Cette disposition pouvant présenter quelque difficulté dans l'application, quand il y a des héritiers à réserve, nous allons examiner une question, dont la solution servira à résoudre toutes celles du même genre.

Un mineur a son père, et un cousin maternel pour plus proche héritier dans la ligne maternelle. Il a vingt-quatre mille francs de biens : quel sera, à son égard, le disponible? S'il étoit majeur, il pourroit disposer de dix-huit mille francs, à cause de la réserve du quart établie en faveur du père par l'art. 915; mineur, il ne peut disposer que de neuf mille francs; mais ces neuf mille francs seront-ils répartis par égale portion sur le père et le cousin? Je ne le pense pas. En effet, il est bien vrai qu'*ab intestat*, ils auroient eu chacun douze mille francs. Mais il y a cette différence, que le testateur, s'il eût été majeur, eût pu disposer de la part entière du cousin, et seulement de la moitié de celle du père. Donc, s'il est mineur, il ne peut disposer que de la moitié de celle du cousin, et du quart de celle du père. Le disponible sera donc toujours de neuf mille francs; mais les quinze mille francs restans seront divisés : savoir, neuf mille francs pour le père, et six mille francs pour le cousin.

Quid, si le testateur décède en majorité, laissant un testament par lui fait en minorité? Estimera-t-on la disponibilité, d'après l'âge qu'il avoit au moment de la confection du testament, ou d'après celui qu'il avoit au moment du décès?

On peut dire, d'un côté, que le testament n'ayant d'effet qu'au moment du

BIU Cujas

décès; c'est ce moment seul qu'il faut consulter pour déterminer la capacité de disposer dans la personne du testateur; que, lorsqu'il y a changement de législation de l'époque du testament à celle du décès, on se réfère, à la vérité, aux lois existantes lors de la confection du testament, pour tout ce qui est relatif aux formalités; mais on ne consulte que les lois existantes à l'époque du décès, pour déterminer l'étendue des dispositions. Il sembleroit donc que, dans l'espèce proposée, la disponibilité dût être estimée d'après l'âge que le testateur avoit en mourant.

Mais il faut observer que la disposition de l'article 904 est fondée, comme nous l'avons déjà dit, sur ce que la loi ne reconnoît pas dans un mineur la capacité et l'intelligence nécessaires pour disposer de la totalité de ses biens. Si donc il dispose dans cet état d'incapacité partielle, si j'ose m'exprimer ainsi, il est certain que l'acte qu'il fait, doit être restreint dans les bornes de cette capacité, à quelque époque qu'il doive avoir son effet. Cette décision est d'ailleurs conforme à la loi 19, ff. *Qui testamenta facere possunt.* L'on demande dans cette loi, si, lorsque le testateur est mort père de famille, la possession des biens peut être donnée en vertu d'un testament fait à une époque où il étoit fils de famille ou esclave; et le Jurisconsulte décide la négative : *quia*, dit-il, *nullæ sunt tabulæ testamenti, quas is fecit, qui testamenti faciendi facultatem non habuerit.* La parité est parfaite. Enfin, nous avons déjà eu occasion d'établir que, pour prononcer sur la capacité du testateur, il faut considérer deux époques : celle de la confection du testament, et celle du décès. Si, à l'une de ces deux époques, le testateur n'a pas le droit de disposer, le testament est nul; §. 6, Instit., *Quibus modis testam. infirm.* Donc, *à pari*, si, à l'une de ces deux époques, il n'a le droit de disposer que de moitié, le testament ne doit valoir que pour cette moitié. *Sic* jugé à Grenoble, le 7 juillet 1811. (Sirey, 1813; 2e. partie, pag. 4.)

Ces principes sont applicables à tous les cas où l'incapacité existante au moment du testament, a cessé avant le décès.

(16) *Ou par justice*, ou à moins qu'elle ne soit séparée de biens, et que la donation ne consiste que dans du mobilier. (Art. 1449.) Il en est de même, si elle est mariée sous le régime dotal, et que l'objet donné fasse partie de son mobilier paraphernal. (Art. 1576, et les notes sur icelui.)

(17) *Si elle dispose entre-vifs.* Si elle est mariée sous le régime de la communauté, et qu'elle ne soit autorisée que par justice, elle ne peut disposer que de la nue propriété de ses biens personnels; la jouissance fait partie de la communauté, dont elle ne peut disposer qu'avec l'autorisation de son mari. (Argument tiré des art. 1426 et 1555.) Il faut excepter cependant le cas où le mari seroit absent, et où il s'agiroit de doter les enfans communs; elle pourroit alors disposer des biens de la communauté, avec l'autorisation de justice. (Art. 1427.)

BIU Cujas

PAGE 59.

(1) *D'objets immobiliers.* Pourquoi l'article 444 du Code de Commerce ne parle-t-il que des donations de propriétés immobilières? Je n'en vois pas d'autre raison, sinon que ce sont les seules que l'on puisse constater facilement, parce que ce sont les seules pour la validité desquelles il faut absolument un acte. Les donations d'effets mobiliers sont parfaites par la tradition réelle, et sans qu'il soit besoin d'acte. Mais je pense que, si une pareille donation étoit avouée ou prouvée, elle seroit également nulle.

(2) *Sont nulles*, de droit, et sans qu'il soit besoin de prouver la fraude.

Quid, si l'acte étoit passé avant les dix jours, ne pourroit-on pas le faire rescinder par l'action Paulienne, conformément à l'article 1167 du Code Civil? Je pense que l'on doit admettre, dans ce cas, la distinction des lois Romaines, dont nous avons déjà parlé, entre les aliénations à titre gratuit, et les aliénations à titre onéreux. A l'égard des premières, il suffisoit que le débiteur, ou donateur, fût en fraude. S'il s'agissoit d'une aliénation à titre onéreux, il falloit qu'il y eût également fraude de la part de l'acquéreur : ff. tit. *Quæ in fraudem credit.* L'article 444 du Code de Commerce consacre lui-même cette distinction.

Ainsi, il y auroit toujours cette différence, que la donation faite dans les dix jours, seroit nulle de droit, et par cela seul qu'elle seroit faite dans les dix jours, tandis que celle qui auroit été faite auparavant, ne seroit annullée, qu'autant qu'il seroit prouvé qu'elle a été faite en fraude, ou même seulement au préjudice des créanciers. (Art. 622, 788, 2225, etc.)

(3) *Relativement à la masse des créanciers;* c'est-à-dire, que, si les créanciers n'en demandent pas la nullité, elle ne peut être demandée par le failli, ni par ses héritiers.

(4) *S'il s'agit d'un testament.* L'on suppose ici *benignitèr*, que le legs est fait sous la condition que l'enfant sera conçu au moment du décès. Autrement le legs seroit nul, d'après la règle Catonienne : *Quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret; id legatum, quandòcumque decesserit, non valere.* (*L.* 1, ff. *de Regulâ Catonianâ.*) Or, cette règle ne s'applique pas aux legs conditionnels. (*L.* 4, *eod.*)

Mais dans quel cas l'enfant seroit-il présumé conçu avant la donation ou avant le décès? Lorsqu'il naîtra le deux cent quatre-vingt-dix-neuvième jour au plus tard, après l'une ou l'autre de ces deux époques.

(5) *Qu'il naisse viable.* S'il ne naît pas viable, il est censé n'avoir jamais existé. Mais comment se déterminera la viabilité? Par le rapport des gens de l'art. Il n'y a pas ici de point de départ, comme dans l'article 314.

(6) *Celle de l'étranger.* Mais l'étranger qui n'a pas les droits civils en France, pourroit-il disposer en faveur d'un Français? Cette question n'est pas résolue

BIU Cujas

dans le Code. On pensoit autrefois qu'il le pouvoit par donation entre-vifs, mais non par testament. On se fondoit sur ce que la donation entre-vifs est un acte du droit des gens, dont les étrangers sont capables, tandis que le testament est de droit purement civil. (RICARD, Part. I^re., n°. 219.) Je crois que cette distinction seroit admise encore aujourd'hui, d'après les principes établis ci-dessus dans la note (6) de la page précéd. *Nec obstat* l'article 25, qui paroît ranger sur la même ligne les donations entre-vifs et les testamens, c'est-à-dire, les considérer tous deux comme étant de droit civil, puisqu'il les prohibe également à celui qui a encouru la mort civile. En effet, il faut se rappeler, ainsi que nous l'avons fait observer, quand nous avons traité de la mort civile, que le mort civilement n'est pas seulement privé des droits civils, mais qu'il l'est encore de tous les droits naturels qui ne sont pas nécessaires au soutien de sa vie naturelle, du nombre desquels est la donation; et ce qui le prouve, c'est qu'en même temps qu'on lui défend de donner, on lui permet de recevoir, même par testament, pourvu que ce soit à titre d'alimens.

Si l'étranger ne peut disposer que par donation entre-vifs, il faut en conclure qu'il ne pourroit disposer de ses biens à venir, même par contrat de mariage. Ces sortes de dispositions sont en effet des testamens, irrévocables à la vérité; mais elles n'en doivent pas moins être considérées comme des dispositions de dernière volonté, puisque le disposant ne se dessaisit pas, et qu'il peut même anéantir la disposition par des aliénations à titre onéreux. (Art. 1083.) Si l'on permettoit à l'étranger de faire ces sortes de donations, ce seroit lui procurer le moyen d'éluder la loi qui lui défend de tester. Cependant il paroît qu'on pensoit le contraire anciennement. (BACQUET, *du Droit d'Aubaine*, chap. 21.) Mais je le répète, cela me paroît difficile à concilier avec la Législation qui défend à l'étranger de disposer par testament.

Nota. La Cour de Trèves a jugé, le 13 août 1813 (SIREY, 1814; 2^e. partie, page 10), que l'étranger pouvoit disposer, même par testament, au profit d'un Français. Mais si le droit de tester est un droit civil, comme cela paroît incontestable, à quel titre peut-il appartenir à l'étranger auquel la jouissance des droits civils n'a pas été accordée en France?

Quid, si l'incapable, institué par testament, se trouve capable au moment du décès? En droit Romain, la disposition eût été nulle. *In extraneis heredibus*, dit la loi 49, §. 1, ff. de Heredib. Instit., *illa observantur, ut sit cum eis testamenti factio, et id duobus temporibus inspicitur; testamenti facti, ut constiterit institutio; et mortis testatoris, ut effectum habeat.* DOMAT pense que chez nous une pareille institution seroit valable. L'on pourroit appuyer cette opinion sur la même raison qui a fait décider que l'enfant non conçu au moment du testament, peut recueillir, s'il est conçu au moment du décès? Dans notre droit, où tout se traite *ex æquo et bono*, l'on présumera que la disposition au profit de l'incapable a été faite sous la condition qu'il sera

BIU Cujas

capable au moment du décès (ce qui étoit permis, même chez les Romains quand la condition étoit expresse, *L.* 62, ff. *de Heredib. Instit.*); comme l'enfant non conçu est censé institué sous la condition, *s'il est conçu au moment du décès*. C'est aussi le sentiment de RICARD, *des Donations*, part. 1re., nos. 829 et 830, et de MONTVALLON, *des Successions*, chap. 3, art. 3.

Nec obstat ce que nous avons dit au premier volume, note (5) de la page 101, que l'adoption testamentaire seroit nulle, si elle avoit été conférée avant les cinq ans révolus depuis la tutelle officieuse, quand même les cinq ans seroient accomplis au moment du décès; car les cinq ans sont exigés d'abord, afin que le tuteur ait pu juger si le pupille mérite effectivement le bienfait de l'adoption. Ils remplacent les six ans de soins exigés pour l'adoption entre-vifs. Donc, lorsque les cinq ans ne se sont pas écoulés, le tuteur est censé n'avoir pu juger encore du mérite du pupille, et n'avoir pas conséquemment la capacité morale requise pour l'adoption. Ces cinq ans sont encore exigés comme une garantie que l'adoption est l'effet d'une volonté et d'une bienveillance bien déterminée du tuteur envers le pupille, plutôt que d'un caprice ou d'un mouvement de haine envers ses héritiers. Lorsque cette garantie n'existe pas, la loi regarde encore le tuteur comme incapable d'adopter. Il s'agit donc plutôt ici, en quelque sorte, de la capacité du disposant, que de celle de l'héritier; ce qui rentre dans le cas du dernier alinéa de la note (13) de la page précédente.

Le principe d'après lequel il suffit que l'héritier soit capable au moment du décès, s'appliqueroit-il au cas où l'incapacité résulteroit de l'influence que la loi présume avoir été exercée sur le testateur; *putà*, un mineur a institué légataire universel le fils de son tuteur: le tuteur décède avant le testateur; le legs sera-t-il valable? Je ne le pense pas, et je crois qu'il faut appliquer à ce cas, ce qui est dit ci-dessus, note (13) de la page précédente, *in fine*. En effet, l'incapacité existe alors, non seulement de la part de l'institué, mais encore de la part du testateur, dont la volonté est censée n'avoir pas été libre dans le principe. Or, comme un testament qui seroit l'effet d'une violence physique, ne deviendroit pas valable par le fait seul que la violence auroit cessé avant le décès, de même celui qui est l'effet de l'espèce de violence morale, résultant de l'influence que des tiers ont pu exercer sur la volonté du testateur, ne doit pas le devenir davantage, par le fait seul que cette influence auroit cessé avant son décès.

Quid, si la disposition est conditionnelle, à quelle époque est-il nécessaire que le donataire soit capable? Je pense qu'il faut distinguer: S'il s'agit d'une donation entre-vifs, l'existence de la condition devient indifférente, et il faut toujours que le donataire soit capable au moment de la donation, ou au moins de l'acceptation, si elle a lieu par acte séparé. Mais s'il s'agit d'une disposition testamentaire, il suffit que le donataire soit capable au moment de l'événement de la condition. La raison de différence résulte du principe qu'en général

BIU Cujas

la capacité du donataire est exigée au moment où le droit lui est acquis. Or, la donation entre-vifs, quoique conditionnelle, est parfaite par le concours des deux volontés, du moment de l'acceptation du donataire. A compter de ce moment, le droit lui est transmis irrévocablement, sauf l'événement de la condition, tellement que, s'il vient à mourir avant que la condition soit accomplie, il transmet son droit à ses héritiers. (Art. 1179.) Au contraire, dans les dispositions testamentaires, le légataire n'a rien, tant que la condition n'est pas accomplie. Ce n'est donc que du moment de cet accomplissement, que son droit commence à naître, tellement que, s'il venoit à mourir auparavant, il ne transmettroit rien à ses héritiers. (Art. 1040.) Ce n'est donc que ce de moment qu'il faut considérer pour savoir s'il est capable, ou non, de recevoir. (*L.* 59, §. 4, ff. *de Heredib. Instit.*)

Je ne pense cependant pas que cela doive s'appliquer à l'enfant non conçu au moment du décès, lequel ne pourroit pas être institué, même sous la condition *si posteà conciperetur.* (Art. 49 de l'Ordonnance des Testamens, et Boutaric sur icelui.) La raison de différence entre ce cas et celui où le légataire est incapable au moment du décès, mais capable au moment de l'accomplissement de la condition, consiste en ce qu'il faut que la disposition ait un objet quelconque, au moins au moment du décès. Or, l'incapable peut être l'objet d'une disposition; il a virtuellement la faculté d'acquérir, quoiqu'à cause d'une incapacité quelconque, il ne le puisse pas actuellement. Ce motif ne peut s'appliquer à l'enfant qui n'est pas conçu. Le néant n'est susceptible d'aucun droit, d'aucune capacité, etc.

(7) *En faveur d'un Français*, mais toujours conformément à la disposition de l'article 11.

(8) *Ou par justice;* et ce, sous quelque régime qu'elle soit mariée, et quel que soit l'objet de la donation. Les motifs pour lesquels l'autorisation est exigée dans ce cas, sont fondés sur l'intérêt des mœurs, qui est le même sous tous les régimes. Il ne convient pas qu'une femme accepte seule une donation dont le motif peut être coupable.

(9) *De son pupille. Quid,* si le mineur est émancipé? La prohibition doit-elle être la même à l'égard de son curateur? Je ne le pense pas. Le curateur n'est point comptable envers son mineur, puisqu'il ne reçoit rien. Le motif de la loi n'existe donc pas à son égard; et comme il s'agit ici d'une disposition prohibitive, elle ne peut être étendue. La même raison s'applique au subrogé-tuteur. (Ricard, *des Donations*, partie 1re., nº. 676.)

(10) *Rendu et apuré.* C'est pour empêcher qu'on n'élude la disposition de l'article 472, relatif aux traités qui peuvent être faits entre le tuteur et son mineur. Voilà pourquoi il suffit que le compte soit apuré. Il n'est pas nécessaire que le reliquat soit payé; on veut seulement que le mineur, avant de disposer, soit entièrement au fait de sa situation.

BIU Cujas

Le mineur émancipé pourroit-il disposer en faveur de son premier tuteur? Oui, si le compte de tutelles est rendu et apuré; et ce, quand même ce tuteur auroit conservé la curatelle: nous venons de voir que les curateurs ne sont pas compris dans la prohibition.

(11) *Dans aucun cas.* En général, toutes les fois qu'un acte peut être présumé avoir été déterminé par deux motifs, dont l'un est louable, et l'autre illicite, comme le dol ne se présume pas, on doit penser que c'est le motif louable qui a déterminé la disposition. Ici, l'on suppose que la donation a été faite en vue des liens du sang seulement, et non par aucun autre motif particulier.

Quid, si le tuteur étoit un proche parent du mineur, sans être néanmoins un de ses ascendans? L'acte n'ayant excepté que les ascendans, les autres parens semblent devoir être compris dans la prohibition. D'ailleurs, décider autrement, ce seroit rendre cette prohibition presque illusoire, puisque ce sont, le plus souvent, les proches parens qui sont tuteurs. C'étoit aussi l'avis de RICARD, *des Donations*, partie 1re., nº 470.

PAGE 60.

(1) *Au Titre des Successions.* L'exécution de cette disposition a fait naître une question qui mérite d'être examinée; voici l'espèce :

Un père ayant quarante-huit mille francs de biens, un enfant légitime et un naturel, donne entre-vifs à ce dernier douze mille francs; il lègue ensuite à un étranger vingt mille francs; il ne reste donc dans la succession que seize mille francs, somme insuffisante pour compléter la réserve due à l'enfant légitime. Un auteur a pensé que l'enfant légitime pouvoit d'abord exiger du donataire étranger la somme suffisante pour ce complément, et qu'ensuite il pouvoit, conformément à l'article 908, faire réduire la donation faite à l'enfant naturel, à ce qui lui est assigné par la loi; mais qu'il n'étoit pas tenu d'imputer sur sa légitime, à l'égard du donataire étranger, ce qu'il reçoit de l'enfant naturel, par suite de cette réduction. Ainsi, dans cette opinion, le fils légitime devant avoir, suivant cet auteur, une réserve montant à vingt-quatre mille francs, commencera par réduire le legs fait à l'étranger, de huit mille francs; et ensuite, comme la donation faite au fils naturel, excède également de quatre mille francs la part qui lui revient d'après l'article 757, cette somme augmentera d'autant la part de l'enfant légitime; en sorte que ce dernier, qui n'auroit pu prétendre qu'à une réserve de vingt-quatre mille francs, s'il avoit été seul, en aura une de vingt-huit mille francs, parce qu'il a un frère naturel; ce qui prouve déjà contre cette opinion. Mais d'un autre côté, elle est contraire aux principes relatifs à la réserve ou légitime. L'on tient, en effet, que le légitimaire doit imputer sur sa légitime tout ce qu'il prend à titre d'héritier, *jure hereditario*. Cela est si vrai que, dans l'ancien droit, lorsque le légitimaire avoit trouvé dans le retranchement fait en vertu des réserves coutumières, de quoi compléter sa légitime,

BIU Cujas

il ne pouvoit rien demander aux donataires. (Ricard, partie 3e., nº. 1117.) Or, bien certainement, ce n'est qu'en qualité d'héritier du père commun, que l'enfant légitime peut demander la réduction du don fait à l'enfant narurel, et en profiter; car il n'y auroit aucun droit, s'il eût renoncé. L'imputation doit donc avoir lieu. Voici donc comme je pense que l'on doit opérer d'après les principes posés ci-dessus (note (4) de la page 22). S'il n'y avoit pas d'enfant naturel, il reviendroit à l'enfant légitime vingt-quatre mille francs pour sa réserve, et le surplus appartiendroit aux donataires et légataires. Dans l'espèce, l'enfant naturel étant donataire entre-vifs, doit être préféré au légataire. Il doit donc avoir en totalité la part qui lui est assignée par l'article 757, ou huit mille francs; mais comme cette part est une délibation de la succession, une espèce de créance, elle doit diminuer d'autant la masse des biens, qui se trouvera par-là réduite à quarante mille francs, dont il revient moitié, ou vingt mille francs, à l'enfant légitime pour sa réserve. Or, ces vingt mille francs, il les trouve dans les seize mille francs de biens libres, réunis aux quatre mille francs provenant du retranchement fait à l'enfant naturel: le legs ne doit donc éprouver aucune réduction.

(2) *Ils ont donné des soins.* Il faut qu'ils aient donné des soins. De là je conclus que la disposition ne seroit pas applicable à l'apothicaire qui n'auroit fait que fournir les drogues ordonnées par les médecins. *Secùs* de celui qui auroit vendu les drogues, et donné des soins en même temps.

De même je pense qu'elle ne s'appliqueroit pas au médecin qui auroit été simplement appelé en consultation, et qui n'auroit point du reste suivi la maladie.

Mais il suffit que l'individu ait donné des soins, pour être compris dans la prohibition, quand même il ne professeroit pas la médecine, et quand il n'auroit aucun titre légal pour voir et soigner les malades, *putà*, les charlatans, les empyriques. Car si la prohibition s'applique à ceux qui ont un titre avoué par les lois, à plus forte raison doit elle s'étendre à ceux qui, comme dit Ricard, *des Donations*, sect. 1re., nº. 501, s'ingèrent dans le cours des maladies, sans avoir d'autre qualité qu'une hardiesse et une impudence téméraires.

Quid, à l'égard des maîtres et maîtresses de pension? La coutume de Paris contenoit à cet égard une disposition expresse. Dans l'art. 276, elle mettoit sur la même ligne les tuteurs, co-tuteurs, et les pédagogues. Il est vrai que le Code qui a maintenu la prohibition à l'égard des tuteurs, a gardé le silence à l'égard des pédagogues. On ne voit nulle part quel a pu être le motif de cette exception. Mais il me semble que l'on peut rappeler ici le principe qui dit que, *ubi eadem est decisionis ratio, ibi eadem esse debet decisio.* Or, il est certain que, comme dit Ricard, *des Donations*, sect. 1re., nº. 481 et 482, l'influence des instituteurs et institutrices sur l'esprit de leurs élèves, et sur-

BIU Cujas

tout de leurs pensionnaires, est souvent bien plus forte que celle des médecins, et qu'elle est même d'autant plus redoutable, que les parens eux-mêmes doivent raisonnablement chercher à l'augmenter pour faciliter les progrès des enfans. Je penserois donc volontiers qu'ils doivent être compris dans la prohibition, que j'étendrois par la même raison aux gardes-malades.

(3) *Pendant cette même maladie.* Ainsi, pour que la disposition soit nulle, il faut le concours de trois circonstances :

1°. Qu'elle ait été faite en maladie ;

2°. Qu'elle ait été faite pendant la maladie dont le donateur est décédé ;

3°. Que le donataire l'ait assisté pendant cette maladie ;

A défaut d'une seule de ces circonstances, la donation est valable.

Je pense qu'on a bien fait d'exiger le concours de ces trois circonstances pour la nullité des dispositions testamentaires faites en faveur des personnes mentionnées dans l'art. 909 ; mais que, pour ce qui concerne la donation entre-vifs, il eût peut-être dû suffire que le donateur fût malade, et eût été assisté du donataire au moment de la donation, quand même il ne seroit pas mort de cette maladie. En effet, il faut remarquer que les dispositions faites par testament étant révocables jusqu'à la mort du testateur, si celui qui a testé en maladie, revient en santé, et qu'on ait réellement profité de son état pour lui faire faire des dispositions inconvenantes, il peut les révoquer. S'il ne les révoque pas, on pensera avec raison que sa volonté a été libre, et qu'elle n'a été dirigée par aucune influence particulière. Ce raisonnement ne peut s'appliquer à la donation entre-vifs, qui est irrévocable. Il est possible que le malade, troublé par la crainte de la mort, pressé d'ailleurs par des personnes à qui l'on suppose, dans ce moment, un très-grand pouvoir sur son esprit, consente une pareille donation, et que, revenu en santé, il veuille, mais inutilement, la faire annuller. L'on peut dire, cependant, pour justifier la loi, qu'il y va de l'intérêt du malade, parce que l'officier de santé, donataire entre-vifs, sachant que sa donation sera nulle, si le malade meurt, fera tout ce qui dépendra de lui pour lui rendre la santé.

Remarquez qu'à quelque époque que la mort arrive, la donation est nulle, s'il est constant que la mort est la suite de la maladie dont le donateur étoit attaqué au moment de la donation.

Une femme, pulmonique déclarée, épouse son médecin, et l'institue ensuite son légataire universel : le legs est-il valable ? L'affirmative paroît avoir été jugée par un arrêt de la Cour d'appel de Lyon, du 18 août 1807, confirmé par arrêt de Cassation du 30 août 1808. (*Journ. de la Jurispr. du Code Civ.*, Tom. XI, pag. 257.) Cette décision pourroit être fondée sur le principe que nous avons posé dans la note (11) de la page précédente, et d'après lequel l'article 907 déclare valable le legs fait à un ascendant tuteur, quoique le compte n'ait été ni rendu, ni apuré.

BIU Cujas

Néanmoins, dans l'espèce proposée, je serois d'avis de la nullité, et j'établirois, entre ce cas et celui de l'article 907, cette différence, que, dans ce dernier article, la raison d'exception est entièrement indépendante de la volonté du donateur. Il ne dépend pas d'un individu d'avoir telle ou telle personne pour parente. Dans l'espèce proposée, au contraire, le choix du mari dépendoit entièrement de la femme donataire, et il étoit évident qu'elle n'avoit épousé son médecin, que dans l'intention d'éluder la disposition de l'article 909.

Quant à l'arrêt cité, il n'a pas décidé proprement la question; car les héritiers de la femme, au lieu de demander la nullité de la donation, s'étoient avisés d'attaquer le mariage comme simulé : ce qui n'étoit pas proposable, et ce qui a été, avec raison, rejeté. D'ailleurs, la Cour de Cassation paroît elle-même avoir consacré la doctrine que nous venons d'établir par son arrêt du 13 juillet 1813, rapporté ci-dessous, note (12), par lequel elle a cassé un arrêt de Grenoble qui avoit déclaré valable les dispositions faites en faveur de la femme du donateur, mais qui, avant le mariage, avoit vécu avec lui dans un commerce adultérin, dont il étoit né un enfant, lequel avoit survécu à son père. La Cour de Cassation a donc jugé que l'incapacité existant au moment du mariage, ne pouvoit être couverte par le mariage même.

Nota. La question s'est présentée depuis à la Cour Royale de Paris, et elle y a été jugée *in terminis*, conformément à l'opinion que nous venons d'établir, par arrêt du 24 février 1817. (Sirey, 1817; 2e. partie, pag. 354.)

(4) *De dispositions rémunératoires.* La disposition rémunératoire est celle qui est faite dans la vue de récompenser le donataire des services qu'il a rendus au donateur.

Est-il nécessaire qu'il soit dit dans l'acte de disposition, qu'elle est rémunératoire ? L'affirmative a été jugée à Montpellier le 19 mai 1813. (Sirey, 1814; 2e. part., pag. 90.) Je ne partage pas cette opinion. Je pense que c'est au juge à décider, d'après les services allégués et prouvés, et d'après le montant de la donation, comparée à la masse de la succession, si elle doit être regardée comme rémunératoire.

(5) *A titre particulier.* Une donation est *universelle*, quand elle comprend la totalité du disponible. Elle est *à titre universel*, quand elle est d'une quote du disponible, ou de tous les immeubles, ou de tout le mobilier, ou d'une quote des immeubles ou du mobilier. Toute autre donation est censée faite à titre particulier. (Art. 1010.)

Il est, au surplus, difficile d'apercevoir le motif pour lequel on exige que la donation soit faite à titre particulier. Il est très-possible qu'une donation de ce genre soit beaucoup plus considérable qu'une donation à titre universel. Il me semble qu'il eût mieux valu déterminer le rapport dans lequel la donation

BIU Cujas

devoit être à la masse des biens, en décidant, par exemple, qu'elle ne pourroit dans aucun cas excéder le quart, le tiers, etc.

(6) *En directe*, ascendante ou descendante; la loi ne distingue pas; et d'ailleurs il y a même raison dans l'un et l'autre cas. Cependant je penserois queles ascendans n e devroient être exceptés de la prohibition, qu'autant qu'il n'y auroit pas de descendans, ou que la disposition seroit purement alimentaire.

(7) *Ou à un degré plus proche. Quid*, s'ils sont alliés au même degré? Ils ne sont pas dans l'exception. Les alliés ne sont pas de la famille. (Arrêt de Cassation, du 12 octobre 1812; SIREY, 1813; 1re. partie, page 38.) Au surplus, ces exceptions sont fondées sur le principe établi dans la note (11) de la page précédente : c'est au parent, et non au médecin, que la donation est censée faite.

(8) *Sous la forme d'un contrat à titre onéreux.* Mais sera-ce au donataire à prouver qu'il y a vraiment contrat à titre onéreux, ou aux autres parties à prouver qu'il y a donation simulée? Je pense que, du moment que le contrat est passé avec un incapable, la donation est présumée, et que ce sera par conséquent au donataire à prouver. D'ailleurs, l'opinion contraire tendroit à obliger les adversaires de l'incapable à prouver un fait négatif; contre l'axiome : *factum negantis nulla est probatio.* En effet, s'il s'agit d'une vente, comment prouver que le prix n'a pas été compté?

(9) *De personnes interposées*; ce qui peut avoir lieu de deux manières : je puis donner ouvertement à une personne capable, pour que cela parvienne secrètement à l'incapable; ou je puis remettre secrètement au capable, qui donne ensuite, publiquement ou secrètement, à l'incapable. Dans les deux cas, la donation est nulle, si l'interposition est prouvée.

(10) *De droit.* J'ai ajouté ces mots, pour deux raisons : premièrement, parce que, dans ces divers cas, l'on n'a pas besoin de prouver l'interposition. Dès le moment que la donation est faite à une des personnes désignées dans l'article, elle est, sans autre preuve, présumée faite à l'incapable, et doit être déclarée nulle; et en deuxième lieu, parce que l'interposition peut avoir lieu à l'égard d'autres personnes; mais alors elle n'est pas de droit; il faut qu'elle soit prouvée. Cependant, s'il étoit prouvé en même temps que la personne, quand même elle seroit déclarée, par la loi, interposée de droit, a rendu réellement des services au donateur, et que la donation ne fût pas excessive, elle pourroit être déclarée valable, et ce, par argument de l'article 909. (Voir un arrêt d'Amiens, du 6 floréal an 12, rapporté dans SIREY, 1813; 2e. partie, page 336.)

Lorsque la donation est annullée comme faite à une personne interposée, les fruits sont-ils dus? Oui, à compter du jour de la donation. Il ne peut y avoir ici bonne foi. (Argument tiré de l'article 729.) : sauf peut-être la prescription de cinq ans établie par l'article 2277.

Remarquez que pour, qu'une donation soit déclarée faite à personne inter-

BIU Cujas

posée, et, comme telle annullée, il faut que l'incapable soit vivant au moment de la disposition; car s'il étoit dès-lors décédé, il est évident qu'il ne peut y avoir d'interposition. La personne interposée étant regardée par la loi comme chargée tacitement de faire passer à l'incapable l'objet de la libéralité, ce motif cesse entièrement, si l'incapable n'existoit plus. C'est l'avis de RICARD, *des Donations*; partie 1re., nº. 475.

(11) *Les père, mère.* Les autres ascendans seroient-ils personnes interposées de droit? Je le pense d'autant plus volontiers, que tous les descendans de l'incapable sont présumés personnes interposées à son égard. Or, le motif de cette décision s'applique, à bien plus forte raison, aux ascendans, quels qu'ils soient.

(12) *Et descendans de l'incapable. Quid*, si l'enfant de l'incapable est parent du donateur, quoique l'incapable ne le soit pas; *putà*, si ce dernier a épousé une parente du donateur? Je pense que l'on pourroit alors appliquer, par analogie, la disposition du troisième alinéa de l'article 909.

L'enfant naturel de l'incapable, légalement reconnu, seroit-il regardé comme personne interposée? Je pense qu'oui : il y a même raison de décider.

Un arrêt de Grenoble, du 15 juillet 1811, paroît avoir jugé que la mère de l'enfant adultérin ne doit pas être présumée incapable. (*Journ. de la Jurisp. du Code Civil*, Tom. XVII, page 252.) Cependant la même Cour a jugé, en janvier 1812, que des billets faits à une concubine, et qui n'avoient d'autre cause que le concubinage, étoient nuls. (*Ibid.*, Tom. XVIII, page 192.)

Il faut observer que, dans l'espèce du premier de ces arrêts, le père et la mère de l'enfant adultérin s'étoient mariés. Cette circonstance auroit pu ne pas suffire pour valider la donation; mais la Cour paroît s'être décidée particulièrement, parce que l'enfant adultérin ne pouvant succéder à sa mère, on ne pouvoit pas dire que la mère fût personne interposée. Mais l'époux n'est pas le successeur de son époux, ou du moins cela est fort rare; et cela n'empêche point que l'époux de l'incapable ne soit mis au nombre des personnes interposées. De même, la disposition qui répute les descendans personnes interposées, n'est nullement fondée sur ce qu'il est possible que les ascendans leur succèdent: car cette espèce de succession n'est pas fréquente; elle l'est même beaucoup moins que celle des frères et neveux, qui, cependant, ne sont point réputés personnes interposées. L'interposition doit se juger par d'autres principes. On doit regarder, en général, comme personnes interposées, toutes celles qui sont attachées à l'incapable par des liens assez forts, pour qu'on puisse présumer qu'elles ne reçoivent les donations que pour leur en transmettre le profit. Le mot *interposé* n'a pas même d'autre signification. Or, à l'égard de qui une pareille présomption sera-t-elle mieux fondée, qu'à l'égard de la mère de l'incapable?

Nota. Depuis que la première édition de cet ouvrage a paru, l'arrêt de

BIU Cujas

Grenoble a été cassé par arrêt du 13 juillet 1813. (*Bulletin* de la Cour de Cassation, n°. 77.)

Au surplus, ceci nous mène à examiner si les concubins sont capables de se faire respectivement des donations. Il paroîtra peut-être étonnant que j'élève encore cette question, la Jurisprudence paroissant fixée pour l'affirmative; mais j'ai déjà prouvé plusieurs fois, que les autorités, excepté celle de la loi, ne sont pas pour moi des argumens irréfragables. Il est de principe que l'abus ne se prescrit pas; et si je démontre que la Jurisprudence est contraire, en ce point, aux lois civiles et à la morale, je croirai avoir rempli le devoir que m'imposent ma conscience et les fonctions que je suis chargé de remplir.

On a prétendu que l'incapacité de donner ou de recevoir, entre concubins, n'existoit plus, parce qu'elle n'étoit point rappelée textuellement dans le Code, et qu'aux termes de l'article 902, toute personne peut recevoir, à moins que la loi ne l'en ait déclarée incapable. Mais d'abord, nous avons déjà démontré dans une de nos précédentes notes, qu'il existoit d'autres causes de nullité que celles qui sont rappelées dans le Code, telles que la captation, la suggestion, l'effet de l'action *ab irato*, etc.

En second lieu, le Code exige que l'incapacité soit déclarée par la loi; mais il n'exige pas qu'elle le soit textuellement; et si je prouve que cette incapacité résulte nécessairement d'autres articles du Code, et que d'ailleurs il faut supposer qu'elle existe, ou que la loi contient des dispositions absurdes ou immorales, je serai en droit de prétendre que cette incapacité est suffisamment déclarée, et que, par conséquent, l'article 902 est applicable aux concubins.

Je citerai d'abord, sur ce point, l'article 1131, portant que toute obligation sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet; et l'article 1133, qui décide que la cause est illicite, quand elle est contraire aux bonnes mœurs. Rien de plus contraire aux bonnes mœurs que le concubinage ou l'adultère. Ainsi, il est certain que toute obligation qui a une cause semblable, doit être déclarée nulle; et c'est sur ces motifs que la Cour d'Appel de Besançon a, par son arrêt du 25 mars 1808, déclaré nuls des billets souscrits au profit de la femme, avec lequel le signataire des billets vivoit en mauvais commerce. (*Journ. de la Jur. du Code Civil*, tom. XI, page 284.) L'interrogatoire de la prétendue créancière constatoit que ces billets n'avoient d'autre cause que le concubinage; et cette déclaration a suffi pour déterminer la Cour à annuller les billets, comme contenant une obligation fondée sur une cause illicite. La même chose vient d'être jugée à Grenoble, comme nous l'avons dit, par l'arrêt précité du mois de janvier 1812. Or, maintenant, supposons que le signataire des billets, au lieu de faire pour trente mille francs de billets au profit de sa concubine, se fût constitué, à titre de donation, débiteur envers elle, de ces mêmes trente mille francs, il auroit fallu, dans le système que nous combattons, déclarer la donation valable, et l'obligation qui en résultoit, efficace. Or, on le demande,

BIU Cujas

quand il s'agit de cause illicite, contraire aux bonnes mœurs, la décision de la question peut-elle dépendre de la forme extérieure de l'acte qui contient la disposition criminelle? Et ne seroit-ce pas prêter au Législateur une absurdité des plus complètes, que de prétendre qu'il a permis de contracter, sous la forme de donation, une obligation évidemment contraire aux bonnes mœurs, et qui seroit nulle, si elle eût été contractée sous la forme de prêt, ou autre semblable? D'ailleurs, dans l'espèce, les billets n'ont pu être annullés, que parce que les juges ont pensé que la valeur n'avoit pas été fournie. Ils les ont donc regardés comme contenant une donation; ils ont donc jugé qu'une donation faite à une concubine, devoit être annullée.

A ces argumens qui paroissent sans réplique, j'ajouterai que l'article 911 déclare nulles toutes dispositions faites au profit d'un incapable, sous le nom de personnes interposées, et que le même article répute de droit personnes interposées, les père et mère de l'incapable. Or, les articles 762 et 908 établissent l'incapacité, soit totale, soit partielle, des enfans nés hors mariage. Supposons maintenant qu'il est résulté un enfant du concubinage : toute disposition universelle faite en faveur de la mère, sera nulle. Les partisans du système que nous combattons, sont forcés d'en convenir. Or, prétendre, d'après cela, que la disposition seroit valable, précisément parce qu'il n'existeroit pas d'enfans du commerce, ce seroit non-seulement une absurdité que l'on prêteroit gratuitement au Législateur, mais encore une des plus dangereuses interprétations que l'on puisse mettre en avant.

Si l'on suppose, en effet, que la concubine est incapable de recevoir, lorsqu'elle a des enfans de son commerce, et que le défaut d'enfant lui rend toute sa capacité, ne voit-on pas que c'est l'inviter ouvertement au crime, la porter à détruire les malheureux fruits de son union coupable, soit avant, soit après leur naissance, ou au moins à les abandonner à la charité publique, en prenant en même temps toutes les précautions pour leur ôter la connoissance de leur état?

N'avons-nous pas déjà démontré, dans nos notes sur le premier Livre, que l'incapacité des enfans naturels n'a jamais pu être établie *in odium eorum*, mais bien en haine du crime qui a présidé à leur naissance, et, par conséquent, en haine des père et mère qui l'ont commis? Et ne voit-on pas que, si la loi, par respect pour le mariage, a cru devoir frapper d'une incapacité totale ou partielle, suivant les circonstances, les fruits d'une union illégitime, ce seroit faire au Législateur l'injure la plus grave, que de supposer qu'en même temps qu'il punit le fruit innocent du crime, il a voulu que le complice de ce même crime, que le vrai coupable, jouît en paix de tous les avantages de la débauche, et de tous les dons qu'une passion, souvent d'autant plus aveugle qu'elle est plus criminelle, pourroit arracher?

Oui, je le répète, l'incapacité des enfans naturels emporte de plein droit

BIU Cujas

celle de leurs père et mère. S'il étoit vrai, d'ailleurs, que le Code eût gardé le silence sur cette dernière, il seroit encore du devoir des tribunaux, ne fût-ce que pour l'honneur du Législateur lui-même, de saisir le plus léger moyen de l'établir. Mais le Législateur s'est prononcé sur cette incapacité. Nous venons de le démontrer par la combinaison des articles 911, 1131 et 1133. Il s'est prononcé d'une manière bien plus formelle encore par la bouche de l'Orateur du Gouvernement, dans un discours déjà cité. « Les circonstances peuvent « être telles, y est-il dit, que la volonté du disposant n'ait pas été libre, ou « qu'il ait été entièrement dominé par une passion injuste. C'est la sagesse des « tribunaux qui pourra seule apprécier ces faits, et tenir la balance entre la foi « due aux actes et l'intérêt des familles : ils empêcheront qu'elles ne soient dé- « pouillées par les gens avides qui subjuguent les mourans, etc. »

Or, on le demande, une disposition excessive, faite au profit de celle qui a vécu en concubinage ou en adultère avec le disposant, ne réunit-elle pas au plus haut point tous les caractères que l'Orateur du Gouvernement semble désirer, pour annoncer l'existence d'une passion destructive de toute liberté, surtout si le mauvais commerce a duré jusqu'à la mort? et ne diroit-on pas que c'est précisément une pareille disposition qu'il a signalée d'avance à la sagesse et à la sévérité des tribunaux? » Je ne puis concevoir, dit RICARD, *des Donations*, partie 1re. n°. 412, comment on interdit les donations d'un malade à « son médecin, et d'un pénitent à son confesseur (et elles sont également pro- « hibées dans notre droit), à cause de l'autorité qui se rencontre daus les per- « sonnes des uns sur les autres, en conséquence de leur emploi ou de leur mi- « nistère, et qu'on les souffre entre un concubinaire et sa concubine, dont l'on « sait que le crédit est beaucoup plus puissant l'un sur l'autre. »

Nous avons dit *une disposition excessive*, parce que nous ne pensons pas que l'incapacité doive s'étendre jusqu'à des dons modiques, proportionnés à la fortune du disposant et aux besoins de la donataire. Ces dons peuvent être considérés comme des alimens, et, comme tels, maintenus. L'on peut alors attribuer la libéralité à des sentimens de pitié de la part du disposant; ce qui détruit l'argument péremptoire que nous avons tiré des articles 1131 et 1133.

On a dit encore : Prononcer l'incapacité des concubinaires, c'est rétablir les recherches odieuses que le Législateur a voulu prévenir. On verra tous les jours des collatéraux avides attaquer la mémoire de leurs parens pour empêcher l'effet de leur bienfaisance; et il suffira qu'il y ait diversité de sexe entre le donateur et le donataire, pour que l'on vienne demander la nullité de la disposition.

Nous répondrons, d'abord, que ce raisonnement est le même, lorsqu'il s'agit d'obligations, et qu'il n'a pas empêché les Cours de Grenoble et de Besançon de prononcer la nullité de celle qui leur étoit soumise. *Voir* également les considérant d'un arrêt d'Angers, du 19 janvier 1814. (SIREY, 1815; 2e. partie, page 55.)

BIU Cujas

En second lieu, qu'il s'en faut bien, comme nous l'avons déjà fait observer au premier Vol. (note (6) de la page 89), que ces recherches soient aussi dangereuses qu'on a voulu le faire entendre; qu'il arrive bien rarement, ou, pour mieux dire, qu'il n'arrive jamais, que la mémoire de l'homme qui a toujours été vraiment pur, soit attaquée après son décès; que l'opinion publique se trompe difficilement sur le compte des morts; que la crainte des dommages-intérêts, qui devroient être considérables dans le cas où l'accusation seroit jugée calomnieuse, est un motif suffisant pour réprimer l'avidité des collatéraux.

Troisièmement, que notre système est infiniment plus moral. Il en résultera, en effet, que la crainte de ce qui pourra arriver après la mort, la pensée qu'une conduite honteuse, mais cachée, sera livrée à l'opinion publique, ou empêchera le mauvais commerce, ou préviendra au moins les dispositions excessives que l'on voudroit faire en faveur de l'objet d'une passion coupable; que, dans les deux cas, les mœurs publiques ne peuvent qu'y gagner; et que, sous ce rapport, l'opinion que nous défendons est certainement bien moins odieuse que favorable.

Quatrièmement, enfin, que le Législateur a décidé lui-même que de pareilles recherches étoient permises, au moins en matière criminelle. Ne voyons-nous pas, en effet, que l'article 338 du Code Pénal a établi une peine contre le complice de la femme adultère, en même temps qu'il détermine le genre de preuves qui peuvent être admises, et qui, dans ce cas, doivent être d'autant plus fortes, qu'il ne s'agit point là de la perte de quelques dons, mais d'une véritable accusation criminelle. Le Législateur a donc pensé que l'adultère pouvoit être prouvé; et remarquez maintenant quelles seroient les conséquences du système qui regarde comme abrogée toute incapacité résultant du libertinage. Un mari intente une accusation d'adultère contre sa femme et le complice de celle-ci : l'adultère est prouvé; et ils sont condamnés tous deux aux peines portées par les articles 337 et 338 du Code Pénal. L'un des deux meurt peu de temps après, et institue l'autre son légataire universel; et la loi devra entourer une pareille disposition de toute sa faveur, de toute sa protection! Car que l'on ne s'y trompe pas; il ne s'agit pas de savoir dans la présente discussion, si l'on admettra tel ou tel genre de preuve, mais si l'on pourra être admis seulement à alléguer l'incapacité : et l'on soutient que la nullité de la donation ne peut pas être demandée; en un mot, que l'incapacité n'existe pas. Ainsi, dans l'espèce proposée, quoique la preuve soit acquise, quoiqu'il n'y ait aucune recherche à faire, le legs universel n'en sera pas moins valable, et l'adultère jouira tranquillement de la récompense de son crime! Non, un pareil sytème n'est pas admissible; il ne peut qu'augmenter la corruption des mœurs, que les lois doivent tendre, au contraire, à diminuer autant qu'il est possible.

Que les tribunaux soient très-circonspects dans l'admission de la preuve;

BIU Cujas

qu'ils n'admettent que celles qui ne peuvent laisser aucun doute moral sur la certitude du crime ; qu'ils se montrent extrêmement sévères contre ceux qui auroient intenté légèrement ou calomnieusement une pareille accusation ; rien de plus naturel et de plus convenable. Mais il y a loin de là à établir en principe, qu'ils ne doivent pas même admettre l'allégation d'une pareille incapacité.

PAGE 61.

(1) *Anciennement légitime :* Mais remarquez que cette réserve ou légitime appartient à ceux qui ont droit de la réclamer, *jure proprietatis, non crediti.* C'est comme propriétaires, et non comme créanciers que les légitimaires la réclament ; d'où il résulte,

1°. Que la légitime doit en général être fournie en corps héréditaires, sauf quelques exceptions que nous verrons ci-après ;

2°. Que l'héritier, même pur et simple, ne peut jamais être tenu des légitimes *ultrà vires hereditatis*, ni par conséquent sur ses propres biens, à moins qu'il n'ait dissipé ou laissé perdre par sa faute les biens de la succession.

L'on jugeoit anciennement au Parlement de Provence que, lorsqu'un mari avoit institué sa femme son héritiere, que les enfans communs avoient pris leur légitime sur les biens du père, et qu'ils se présentoient ensuite pour prendre leur légitime sur les biens de la mère, on devoit défalquer de la succession de cette dernière, les biens qu'elle avoit recueillis de l'hoirie du père. (MONTVALLON, *Traité des Successions*, chap. 2, art. 4.) Le motif de cette décision étoit que les mêmes biens ne devoient pas fournir deux légitimes à la même personne. Cette doctrine ne seroit certainement pas admise. Les biens du père, une fois confondus avec ceux de la mère, font partie des biens de cette dernière : *Hereditas adita non est hereditas, sed patrimonium heredis.* Donc, lorsque la mère vient à mourir, les légitimes doivent être prises sur sa succession entière, de quelques biens qu'elle soit composée.

(2) *En raison de la qualité du donataire.* Nous verrons, en effet, que la quotité de la réserve est différente, si le donataire est le conjoint du défunt.

(3) *Quand il n'y a ni ascendans ni descendans.* Ainsi point de réserve en faveur des collatéraux, même des frères et sœurs.

(4) *A la moitié des biens.* Par ce mot, *biens*, doit-on entendre la succession totale, ou seulement la moitié des biens auxquels les ascendans auroient eu droit, s'il n'y avoit pas eu de disposition ? La question est indifférente, quand il n'y a ni frères ni sœurs, ni descendans d'eux ; dans ce cas, de quelque manière qu'on entende l'article, les ascendans n'auront jamais que la

BIU Cujas

moitié de ce qu'ils auroient eu, s'il n'y avoit pas eu de disposition : mais il en est autrement, quand il y a des frères ou sœurs, ou descendans d'eux ; car alors, les ascendans, c'est-à-dire, les père et mère (les autres ascendans sont exclus dans ce cas ; Art. 750.), n'ayant droit *ab intestat* qu'à la moitié des biens, ou au quart, si l'un d'eux est décédé, il est important de décider si la réserve doit être, dans ce cas, de la totalité, ou seulement de la moitié de cette portion. J'avoue que je pencherois pour cette dernière opinion, par les raisons suivantes.

1°. Elle me paroît conforme à l'idée que donne le mot de *réserve*, qui semble supposer une partie moindre que le tout, ainsi qu'à la définition que les anciennes lois nous donnent de la légitime, qui est la même chose que la réserve, et qui étoit définie, *pars portionis ab intestato contingentis.* (*L.* 8, §. 6. ff. *de inoff. Testam.*) Or, la partie la plus grande d'un tout, est la moitié.

2°. Les ascendans sont certainement bien moins favorables que les descendans, puisqu'ils sont exclus par eux. Or, jamais la réserve des descendans n'est égale à leur portion héréditaire *ab intestat.*

Je sais bien qu'outre le texte de l'article 915, l'on m'opposera encore l'article 61 de l'Ordonnance de 1735, concernant les testamens. Cet article fixoit la légitime des ascendans, dans tous les cas, et pour les lieux où elle étoit due, au tiers de la succession ; et voici la singularité qui résultoit de cette disposition : Si le défunt étoit mort *ab intestat*, laissant un père et quatre frères, aux termes de la Novelle 118, chap. 2, le père concouroit avec les frères, pour une part virile. Il n'avoit donc que le cinquième de la succession. Supposons maintenant, dans la même espèce, que le défunt eût fait un testament dans lequel il ait institué son père héritier pour une somme très-modique, et donné le surplus de ses biens à un étranger. Le père demandoit sa légitime : il avoit alors, aux termes de l'Ordonnance, le tiers de tous les biens ; tandis que, s'il n'y eût pas eu de testament, il n'auroit eu que le cinquième.

Mais je répondrai d'abord que cette disposition est, comme dit l'Annotateur de Ricard, une de ces bizarreries qui avoient besoin de tout le poids de l'autorité du Législateur pour être respectées, et que, par conséquent, dans une Législation nouvelle, il seroit difficile d'en tirer argument ; que le Chancelier d'Aguesseau avoit tâché, en général, en rédigeant ses Ordonnances, de ménager l'opinion des diverses provinces ; que l'article cité ne règle la légitime des ascendans que pour les lieux où elle leur étoit due ; qu'ils n'avoient pas de légitime en pays coutumier ; et qu'en pays de droit écrit, elle étoit, au moment où l'Ordonnance a paru, presque généralement fixée au tiers des biens. On jugeoit ainsi aux Parlemens de Bordeaux, Grenoble, Provence et Bourgogne, et même, dans quelques cas, aux Parlemens de Paris et de

BIU Cujas

Toulouse. C'étoit donc à-peu-près le sentiment général que M. D'AGUESSEAU, peut-être un peu timide pour un Législateur, n'avoit pas voulu fronder.

J'ajouterai qu'il résulte de la discussion du Conseil-d'Etat, et notamment de celle qui a eu lieu au Tribunat, que l'on a entendu la moitié de la portion héréditaire; que l'Orateur du Conseil-d'Etat, en présentant la loi au Corps-Législatif, a énoncé formellement la même opinion, en disant: « Que la « réserve des ascendans ne peut jamais porter sur la portion à laquelle ils n'au- « roient aucun droit par succession. » D'où il suit que, quand il y a des frères et sœurs venant à la succession, les ascendans, autres que les père et mère, étant exclus par eux, n'ont pas de réserve à prétendre; que, dans le même cas, les père et mère eux-mêmes ne peuvent exercer leur droit de réserve que sur la portion à laquelle ils ont droit par succession, c'est-à-dire, sur la moitié, s'ils vivent tous deux; ou sur le quart, si un seul est vivant; que le mot *de réserve* excluant nécessairement, comme nous l'avons déjà dit, l'idée de la totalité, il semble plus naturel de penser que cette réserve ne peut jamais être qu'une portion de la part héréditaire, et non pas de la masse totale.

Tels sont les motifs qui m'ont fait balancer à admettre l'interprétation commune donnée à l'article 915.

(5) *Dans l'ordre où ils sont appelés ab intestat.* Cela veut dire deux choses: la première, qu'ils n'ont droit à une réserve que quand ils ont droit de succéder *ab intestat*: si donc, comme nous l'avons déjà fait observer, il y a des frères, les ascendans, autres que les père et mère, sont exclus; et la seconde, que cette réserve est recueillie par eux, comme le seroit une succession *ab intestat*, c'est-à-dire, que le plus proche exclut le plus éloigné dans chaque ligne.

Il suit de là, que l'article 915, combiné avec le 750, présentera toujours cette singularité frappante, que, d'un côté, l'article 915 accorde une réserve aux ascendans, même autres que le père et la mère, et que l'article 916 refuse toute réserve aux frères et sœurs, qui, cependant, aux termes de l'article 750, excluent les ascendans au-delà du premier degré. Ainsi, au Titre *des Successions*, les frères et sœurs sont préférés aux ascendans. Au Titre *des Donations*, les ascendans sont préférés, puisqu'ils ont un droit de réserve qui est refusé aux frères et sœurs; en sorte que, si la succession est dévolue *ab intestat*, l'aïeul n'a rien à prétendre, quand il y a des frères et sœurs; mais s'il y a un légataire universel, les frères et sœurs n'ont pas même le droit de venir à la succession, et l'ascendant qui auroit été exclu par eux, s'il n'y avoit pas eu de testament, viendra prendre sa réserve sur le legs universel.

Tels sont les résultats de ces différens articles. Mais comme ils sont tous très-clairs, et sans aucune espèce d'ambiguité, il faut en suivre les dispositions, telles qu'elles sont, sans entendre les concilier.

BIU Cujas

(6) *A laquelle elle est fixée.* Ceci est relatif au cas où il resteroit dans la succession plus qu'il ne faut pour compléter la réserve, mais où ce reste, partagé suivant les règles ordinaires, ne donneroit pas aux ascendans une part égale au montant de leur réserve. La loi veut que, dans ce cas, cette réserve soit complétée sur la part des autres héritiers. *Exemple :*

Pierre meurt, laissant cent mille francs de biens, et pour héritiers, un aïeul paternel et des cousins germains maternels. Il a disposé par testament de soixante mille francs. La réserve de l'aïeul doit être du quart des biens, ou de vingt-cinq mille francs. Si les quarante mille francs de biens dont le testateur n'a pas disposé, étoient partagés comme il a été dit au Titre précédent, l'ascendant en auroit moitié, c'est-à-dire, vingt mille francs, et le surplus seroit dévolu aux parens maternels. Mais comme alors la réserve de l'ascendant ne seroit pas complète, il prendra le déficit sur la part des parens maternels, qui se trouveront par là réduits à quinze mille francs.

Page 62.

(1) *Des trois quarts.* Les enfans renonçant comptent-ils pour la computation de la légitime ? Anciennement on distinguoit :

Si l'enfant avoit renoncé simplement et gratuitement, il ne comptoit pas.

Si l'enfant renonçoit pour s'en tenir à son don, il comptoit, et sa part dans la légitime accroissoit aux donataires et aux légataires. (Ricard, *des Donations*, Part. 3, chap. 8, sect. 7; Lebrun, *des Successions*, Liv. 2, chap. 3, sect. 6. *Voir* aussi la loi 8, §. 8, ff. *de inoff. Testam.*)

« Cela est fondé, dit Ricard, n°. 1064, sur ce que le père n'étant tenu de « la légitime envers ses enfans, qu'en proportion du nombre qu'il en a, l'action « que les enfans ont à ce sujet, doit suivre la même règle, et doit cesser du « moment qu'ils tirent des biens du père la portion que nature leur destine, eu égard au nombre de frères et sœurs qu'ils sont; n'ayant pas droit « de se prévaloir, si les autres ne demandent pas leurs parts en la légitime, « attendu que chacun a son droit pour ce regard, et qu'il suffit que le père ait « satisfait les autres, et les ait pourvus, de sorte qu'ils aient eu sujet de se « contenter; et celui qui demande sa légitime, doit être content, pourvu qu'il « ait sa part, eu égard à ses autres frères et sœurs, que la nature a considérés « aussi bien que lui, et qui ont leur part des biens de leur père. »

La même décision s'applique au cas où l'un des légitimaires auroit renoncé, même gratuitement, mais au profit de l'un de ses cohéritiers. Il comptoit pour la légitime, et sa part appartenoit à celui au profit de qui il avoit renoncé.

Je ne vois rien dans le droit actuel qui s'oppose à ce que ces différentes décisions, très-équitables en elles-mêmes, soient suivies encore aujourd'hui, en les appliquant aux dispositions relatives à la fixation de la légitime.

Supposons donc un père laissant trois enfans, un légataire universel, et une

BIU Cujas

succession de valeur de trente mille francs. L'un des enfans renonce gratuitement : dans ce cas, la réserve sera des deux tiers, et chacun des autres enfans aura dix mille francs. S'il y a quatre enfans, la renonciation de l'un des enfans devient une circonstance indifférente pour le légataire, puisque la réserve est la même, soit qu'il y ait trois enfans, ou davantage.

S'il y a trois enfans, et que l'un d'eux renonce pour s'en tenir aux avantages qu'il a reçus entre-vifs, et que nous porterons à dix-huit mille francs, il en résultera une masse de quarante-huit mille francs, savoir : trente mille francs existans au décès, et dix-huit mille francs donnés. L'enfant renonçant devant être compté, la réserve est des trois quarts, ou trente-six mille francs ; ce qui fait douze mille francs par chaque enfant. Les deux enfans venant à la succession, prendront donc vingt-quatre mille francs sur les biens laissés au décès, et les six mille francs restans composeront le legs universel.

Si la donation faite à l'enfant étoit de vingt-quatre mille francs, et le nombre des enfans de six, alors la masse des biens existans, réunis aux biens donnés, étant de cinquante-quatre mille francs, la réserve, ou les trois quarts, est de quarante mille cinq cents francs, dont il revient aux cinq enfans acceptans, les cinq sixièmes, ou trente-trois mille sept cent cinquante francs ; et comme nous supposons que les biens laissés au décès ne montent qu'à trente mille francs, il est évident que le legs universel est nul, et que la donation faite au fils doit essuyer une réduction de trois mille sept cent cinquante francs. Il lui restera donc vingt mille deux cent cinquante francs, dont treize mille cinq cents francs pour le quart disponible, et six mille sept cent cinquante francs pour sa part dans la réserve ; ce qui est conforme aux dispositions des articles 845 et 924.

Quid, si la donation faite à l'enfant renonçant étoit à titre de préciput ? Dans ma première édition, j'avais fait une distinction à cet égard ; j'avois pensé qu'une pareille donation devoit être imputée sur le disponible, à l'égard des donataires postérieurs et des légataires, mais non à l'égard des donataires antérieurs, qui, étant déjà saisis du disponible, n'avoient pu en être dépouillés par une disposition postérieure du donateur.

En examinant plus profondément la question, je me suis convaincu qu'il n'y avoit aucune distinction à faire, et que, dans tous les cas, une pareille donation devoit être imputée d'abord sur la légitime. Je me fonde sur ce qu'il ne peut y avoir de préciput, comme le mot même l'annonce, qu'entre co-partageans ; *præcipere*, prendre avant partage : la clause de préciput ne peut donc avoir d'effet que pour le cas où le donataire, en faveur de qui elle est stipulée, viendra à la succession du donateur avec d'autres cohéritiers. Si donc il renoncecette clause doi t être regardée comme non avenue ; et les choses restent sous l'empire du droit commun, d'après lequel toute donation faite à un légitimaire est censée faite d'abord par imputation sur sa légitime. Un exemple va

BIU Cujas

d'ailleurs démontrer que la distinction dont il s'agit, auroit des résultats inadmissibles, et contraires aux principes du droit.

Supposons en effet un père ayant 60,000 francs de biens, et quatre enfans: il donne à l'un d'eux 25,000 francs, par préciput; et fait une autre donation particulière, montant à 10,000 francs? Si la distinction ci-dessus avoit lieu, il en résulteroit que dans l'espèce, le disponible (15,000 francs) se trouvant absorbé, et au-delà, par la donation faite au fils, la donation postérieure devroit être réduite à zéro; ce qui, comme on va le voir, seroit contraire au principe que les donations ne peuvent être réduites que pour fournir la légitime, et seulement, jusqu'à concurrence de ce qui est nécessaire pour la compléter. Car dans l'hypothèse, la réserve est de 45,000 francs. L'enfant renonçant devant faire part, d'après ce qui a été dit précédemment, la part de chacun dans la réserve est de 11250 francs; donc, pour fournir la légitime aux trois enfans qui n'ont rien reçu, il ne faut que 33750 francs; mais en défalquant le montant des deux donations, il reste dans la succession 25,000 francs. Donc le donataire postérieur n'aura à fournir que 8,750 francs, pour compléter les légitimes; et il lui restera 1250 francs; ce qui prouve que le disponible n'étoit pas épuisé, et que par conséquent la clause de préciput ne doit pas avoir l'effet que je lui avois d'abord attribué.

L'indigne compte-t-il pour la portion disponible? Non. Il doit être assimilé à celui qui a renoncé gratuitement. Il en est de même de celui dont l'existence n'étoit pas reconnue au moment de l'ouverture, sauf, s'il revient, à faire un nouveau réglement pour la fixation de la légitime.

Quelques auteurs avoient imaginé un système différent. Ils prétendoient que tous les enfans existans devoient compter pour la fixation de la légitime; que cette légitime, ainsi calculée, formoit la masse héréditaire de la succession *ab intestat*, qui appartenoit à tous les héritiers, c'est-à-dire aux légitimaires en masse, et qu'en conséquence la part des indignes ou des renonçans devoit, dans tous les cas, appartenir aux acceptans, d'après l'art. 786, et par droit d'accroissement. Ils se fondoient sur ce que l'art. 913 se sert de ces expressions: *les libéralités ne peuvent excéder, etc., si le disposant ne laisse qu'un enfant légitime*, sans ajouter, *venant à la succession*. Donc, disoient-ils, on ne doit considérer que le nombre des enfans existans au décès, sans s'embarrassser s'ils viennent ou non à la succession. Mais d'abord, il est de principe que l'héritier qui ne vient pas à la succession, est censé mort quant à la succession, sauf qu'il remplit son degré, ce que ne fait pas le prédécédé. Nous avons d'ailleurs démontré que, dans plusieurs circonstances, le Code se sert de ces mots: *laisse, etc.*, dans le sens de, *laisse pour héritiers, venant à sa succession*. (Art. 757, 758.) Prétendra-t-on, par exemple, que l'enfant naturel ne doit pas avoir la totalité des biens, lorsque le défunt laisse un parent au degré successible, qui ne vient pas à la succession? A qui, dans ce cas,

BIU Cujas

appartiendroit l'excédant ? Enfin, il résulteroit de ce système, que la réserve pourroit être demandée par les collatéraux. Car si l'on suppose un père n'ayant qu'un fils renonçant ou indigne, il n'aura toujours pu disposer que de la moitié de ses biens : en effet, si les partisans de ce système argumentent de l'art. 786, pour donner aux acceptans la part des renonçans, par droit d'accroissement, les collatéraux argumenteront du même article, lorsque le renonçant sera seul de son degré, pour soutenir que sa part doit leur appartenir.

Concluons donc avec RICARD et LEBRUN, et conformément à la loi 8, §. 8, ff. *de inoffic. Test.*, que la légitime n'est pas due en masse à tous les légitimaires, mais à chacun d'eux pour sa part, et que celui qui a tout ce qui doit lui revenir dans la légitime, ne peut attaquer ni faire réduire les libéralités.

Nota. J'appelle *légitimaire, brevitatis causâ*, celui auquel la loi assure une réserve ou légitime.

(2) *Dont ils descendent.* L'article dit, *qu'ils représentent*, d'où l'on a voulu conclure que quand les petits-enfans ne viennent pas par représentation à la succession de leur aïeul, ce qui a lieu quand leur père étoit fils unique, alors ils doivent être comptés par têtes pour l'évaluation de la légitime; en sorte que, suivant cette opinion, celui qui, ayant un fils unique et trois petits-enfans de ce fils, pouvoit disposer de la moitié de ses biens, ne peut plus disposer que du quart, si son fils vient à mourir. Cet exemple peut déjà donner une idée de la singularité de ce système; un second va la rendre encore plus frappante.

Un homme a deux fils, ayant, l'un cinq enfans, et l'autre six. Si l'on suppose que ces treize enfans et petits-enfans vivent encore au moment de son décès, il a pu disposer du tiers de ses biens. Il en est de même si ses deux fils sont morts, et que les onze enfans soient vivans, parce qu'ils viennent alors par représentation. Mais si l'on suppose qu'après la mort des deux fils, les cinq enfans de l'un sont également décédés, ainsi que trois enfans de l'autre; alors, comme les trois restans sont du même père, ils viennent de leur chef, et la réserve se trouve portée aux trois quarts; en sorte que cette réserve, qui doit naturellement augmenter ou diminuer en raison directe du nombre des enfans, se trouve augmenter en raison inverse de ce même nombre. Tels sont les motifs qui m'ont déterminé à rendre la disposition telle qu'elle est exprimée, et à entendre le mot, *qu'ils représentent*, dans le sens que je lui donne ici. Cette opinion s'accorde d'ailleurs avec ce que dit l'Orateur du Gouvernement, en présentant le titre *des Successions*, que la loi doit être telle, que les enfans ne puissent perdre ni gagner à la mort de leur père. D'ailleurs, l'opinion contraire pourroit donner lieu à des fraudes. Un fils unique, qui auroit trois enfans, renonceroit à la succession de son père, afin de porter aux trois quarts la réserve, qui n'eût été que de moitié, s'il fût venu lui-même à la succession.

Il paroît qu'anciennement on pensoit le contraire en pays de droit écrit

BIU Cujas

(SERRES, *sur les Instit.*, Liv. II, Tit. XVIII); mais c'étoit une pure subtilité: et cette opinion, qui est avec raison blâmée par LEBRUN, *des Successions*, Liv. II, chap. III, sect. III, n°. 4, n'étoit pas même invariable sur ce point, puisqu'au Parlement de Toulouse l'on jugeoit que, dans le cas de l'édit *des Secondes Noces*, qui étoit cependant bien plus favorable, les trois petits-enfans d'un seul fils ne devoient compter que pour une tête.

(3) *Qui compose cette même réserve.* Il est assez étonnant que l'on ait réduit, dans ce cas, la réserve des ascendans à une nue propriété, dont l'usufruit appartient à une personne qui doit naturellement être, et qui sera, le plus souvent, beaucoup plus jeune.

(4) *En quelque nombre qu'ils soient.* Pourvu qu'ils ne soient pas d'un mariage précédent; car alors la donation ne pourroit être que d'une part d'enfant, et ne pourroit, dans aucun cas, excéder le quart des biens. (Art. 1098.)

(5) *En nue propriété seulement.* L'article dit, *un quart en propriété*, et *un quart en usufruit*, ou *la moitié en usufruit*. Ces derniers mots paroissent assez inutiles; car qui peut donner plus, peut donner moins. Or, il y a plus dans le quart en propriété et le quart en usufruit, que dans la moitié en usufruit; cependant l'on peut dire que ces mots ont été ajoutés dans la prévoyance du cas où l'époux donataire étant fort âgé, l'on auroit pu prétendre que la donation des trois quarts en usufruit, par exemple, n'excédoit pas celle du quart en propriété, et du quart en usufruit; et l'on n'a pas voulu que la donation, même simplement en usufruit, excédât jamais la moitié de la succession, quel que fût d'ailleurs l'âge de l'époux donataire. Au surplus, cette addition peut donner lieu à une difficulté. Si le défunt avoit laissé à son conjoint tout ce dont il lui est permis de disposer en sa faveur, que seroit-il dû au légataire? Seroit-ce le quart en propriété et le quart en usufruit, ou la moitié en usufruit seulement? On peut dire, pour ce dernier parti, que c'est ici une obligation alternative, et que, dans ce cas, c'est aux héritiers, comme débiteurs, à choisir. Cependant j'avoue qu'il me paroît difficile d'appliquer ici ce principe. Quand le testateur donne tout ce dont il lui est permis de disposer, il semble qu'il annonce bien l'intention d'aller aussi loin que la loi lui permet d'aller, et par conséquent de donner le *maximum* du disponible. Or, dans l'espèce, le *maximum* est bien certainement le quart en propriété et le quart en usufruit. D'ailleurs, dans une obligation, on doit présumer que le débiteur a entendu s'engager le moins possible; il n'en est pas de même dans les testamens; *pleniùs interpretandæ sunt defunctorum voluntates*. Enfin, l'on voit par l'art. 1096, que la donation faite par un époux à son conjoint, n'est pas révoquée par la survenance d'enfans; ce qui ne peut être fondé que sur ce que l'on présume que le donateur a pu préférer son conjoint à ses enfans, et à plus forte raison, à tous autres héritiers. Donc, dans l'espèce proposée, la donation doit être portée au *maximum* prévu par l'art. 1094.

BIU Cujas

(6) *En faveur de son époux.* Ce cas est celui où le donateur n'auroit qu'un enfant : la quotité disponible est alors de la moitié des biens en toute propriété ; et cependant il ne peut donner à son conjoint qu'un quart en toute propriété, et un quart en usufruit ; il reste donc un quart en nue propriété, dont il peut disposer en faveur d'un étranger. Le motif de cette disposition, qui peut paroître singulière au premier coup-d'œil, a été que l'on a pensé qu'un père se porteroit plus difficilement à dépouiller ses enfans en faveur d'un étranger, qu'en faveur de sa femme. Or, comme dit VINNIUS, *Instit.*, Lib. 2, Tit. VIII, *Lex arctiùs prohibet quod faciliùs fieri putat.*

Quid, si la donation faite à l'époux concourt avec des dispositions faites en faveur d'un étranger ? La question présente d'autant plus de difficulté, qu'elle peut se compliquer davantage.

D'abord, je ne pense pas qu'il puisse y avoir de difficulté à décider en principe, que la disponibilité établie par l'art. 1094, ne peut concourir avec celle établie par l'art. 913, dans le sens, par exemple, que celui qui a un enfant, et qui a disposé de la moitié de ses biens en faveur d'un étranger, puisse encore donner à son époux le quart en propriété et un autre quart en usufruit, tellement qu'il ne restât à l'enfant, pour tout droit de légitime, qu'un quart en nue propriété. Ce système ne me paroît pas même susceptible d'une réfutation sérieuse. (*Sic* jugé en Cassation le 21 juillet 1813. (SIREY, 1813 ; 1re. part., pag. 441.) Je pense donc que les donations doivent être réduites alors d'après la disponibilité la plus étendue, mais cependant, à l'égard de chaque donataire, d'après la portion disponible déterminée pour chacun d'eux.

Nous disons, *d'après la portion disponible déterminée pour chacun d'eux ;* parce qu'il peut arriver que le donateur n'ait pas épuisé son plus fort disponible, et qu'il y ait lieu cependant à réduction, s'il a donné à son conjoint ou à l'étranger, plus qu'il ne pouvoit leur donner à chacun en particulier. Espèce :

Un homme, ayant trois enfans, ou davantage, a donné à un étranger cinq seizièmes de son bien, dont un quart en propriété, et un seizième en usufruit, et à son époux deux seizièmes en usufruit seulement. Certainement il n'a pas épuisé son plus fort disponible, puisqu'il pouvoit donner à son époux un quart en propriété, et un quart en usufruit ; et que, dans le fait, il n'a donné en tout qu'un quart en propriété, et trois seizièmes en usufruit. Cependant, comme dans l'espèce, le disponible, à l'égard de l'étranger, ne pouvoit excéder un quart, la donation qui lui a été faite, sera réduite à cette quotité.

Maintenant, si l'on suppose qu'il n'a qu'un enfant, et qu'il a donné à son époux trois huitièmes en propriété, et un huitième seulement à l'étranger, il n'a pas encore excédé son disponible, puisqu'il pouvoit disposer d'une moitié de son bien en faveur de l'étranger ; mais cependant, comme le disponible à l'égard de l'époux, ne peut excéder le quart en propriété, et le quart en usufruit, la donation qui lui a été faite, sera réduite dans le sens qu'il ne pourra

BIU Cujas

réclamer que l'usufruit du huitième, qui lui a été donné en excédant du quart en propriété.

Cela posé, je vais parcourir les différens cas dans lesquels peut avoir lieu le concours des dispositions faites en faveur de l'époux, avec celles qui seroient faites en faveur d'un étranger.

Si la donation faite à l'étranger est antérieure, et de plus irrévocable; *putà*, si elle est faite entre-vifs, ou par contrat de mariage, il n'y a pas de doute qu'elle ne doive être exécutée de préférence à celle de l'époux, mais néanmoins avec les distinctions suivantes:

Si le défunt a laissé trois enfans ou plus, comme alors le disponible à l'égard de l'étranger est fixé au quart seulement, et que le même disponible, en faveur de l'époux, embrasse le quart en propriété et le quart en usufruit, il est certain que la donation faite à l'étranger n'a pu porter sur le quart en usufruit, dont le donateur peut alors disposer en faveur de son conjoint.

Si le défunt a laissé deux enfans, comme alors le disponible en faveur de l'étranger est du tiers $= \frac{1}{4} + \frac{1}{12}$ en propriété, il est certain que pour le quart en propriété, qui est commun aux deux disponibles, l'étranger doit être préféré. Mais quant au surplus, il se présente deux manières de résoudre la question: la première consiste à calculer, d'après l'âge de l'époux, si le quart en usufruit est inférieur, égal, ou supérieur, au douzième donné à l'étranger en sus du quart en propriété. S'il est égal ou inférieur, il ne reste rien de disponible en faveur du conjoint; s'il est supérieur, le donateur pourra disposer de la différence en faveur de son époux.

La seconde manière d'opérer seroit de donner à l'époux, en usufruit seulement, ce dont la disposition faite en faveur de l'étranger est moindre que la moitié des biens, c'est-à-dire, dans l'espèce, un sixième. Ce dernier mode me paroît préférable. Il a l'avantage de faire disparoître ces calculs approximatifs sur la probabilité de la vie, que la loi a voulu éviter autant que possible. (Article 917.) Il ne préjudicie, pour ainsi dire, point aux enfans, puisqu'ils ont toujours la propriété de la portion dévolue à l'époux, et dont l'usufruit doit s'éteindre un jour par sa mort. Enfin, il ne paroît pas contraire aux dispositions de la loi, puisque l'époux peut dire: tant que la moitié de la succession n'est pas épuisée, j'ai droit à l'usufruit de la différence. A la vérité, si la disposition totale étoit en ma faveur, je ne pourrois réclamer en toute propriété qu'un quart, tandis que l'étranger peut exiger le tiers. Mais cette considération m'est absolument étrangère. D'ailleurs, c'est la loi elle-même qui a établi une différence entre le disponible en faveur de l'époux, et le disponible en faveur de l'étranger; différence qui ne peut nuire au droit que j'ai de profiter, au moins en usufruit, de toutes les dispositions faites à mon profit, et qui n'excèdent pas la moitié de la succession.

Si le défunt n'a laissé qu'un enfant, et qu'il ait donné le disponible à l'étran-

BIU Cujas

ger, comme le disponible est de moitié en toute propriété, excédant par conséquent le disponible en faveur de l'époux, d'un quart en nue propriété, il est clair qu'il ne peut plus disposer de rien en faveur de son époux.

Si le donateur a laissé un ou plusieurs ascendans, la donation faite à l'étranger ne pourra porter que sur le disponible, tel qu'il est fixé par l'art. 915, et le donateur pourra disposer en faveur de son conjoint, de tout l'usufruit de l'indisponible.

Si la donation faite à l'époux est antérieure et irrévocable, *putà*, si elle est faite par contrat de mariage, elle doit être exécutée de préférence à toute autre qui seroit postérieure. Si donc le donateur a trois enfans, et qu'il ait donné à son époux tout ce dont il pouvoit disposer, comme le disponible en faveur de l'époux excède le disponible en faveur de l'étranger, toutes les donations postérieures sont nulles. Il en est de même, si l'époux n'a pas d'enfans, mais bien un ou plusieurs ascendans, ou s'il n'a ni descendans, ni ascendans.

Si le donateur a deux enfans, il faudra faire, en sens inverse, ce que nous avons établi pour le cas où le donateur, ayant également deux enfans, la donation faite à l'étranger seroit antérieure et irrévocable. Si l'on suivoit la première opinion, il faudroit calculer si le quart en usufruit, à raison de l'âge de l'époux, est égal, supérieur, ou inférieur, au douzième en propriété. S'il étoit égal ou supérieur, tout le disponible seroit regardé comme épuisé, et toutes les donations postérieures seroient encore nulles : s'il étoit inférieur, le donateur pourroit disposer de l'excédant en faveur d'un étranger. Ou bien, en adoptant le second mode, qui me paroît préférable, comme je l'ai dit, l'on pourroit donner, dans tous les cas, à l'étranger, le douzième en nue propriété, dont l'époux n'a pu disposer en faveur de son conjoint.

Si le donateur n'a qu'un enfant, le donataire postérieur aura le quart en nue propriété, dont le défunt n'a pu disposer en faveur de son conjoint.

Mais *quid*, si la donation faite à l'époux est antérieure, mais faite pendant le mariage, et par conséquent révocable (art. 1096), et que la donation faite à l'étranger soit postérieure, mais irrévocable ? Je pense que si les deux donations sont d'un objet particulier, et du même objet, la deuxième donation, faite à l'étranger, emporte révocation de la première, et doit en conséquence lui être préférée. (*L.* 12, Cod. *de Donat. inter vir. et uxor.*) Mais si elles sont toutes deux d'une quantité, ou en général du disponible, je pense que la décision doit dépendre des circonstances, et que les Tribunaux auront à examiner, d'après l'intention du donateur, manifestée, soit dans le second acte de la donation, soit indirectement par d'autres circonstances, s'il a entendu révoquer la première donation. Toutes choses égales, l'on pourroit admettre cette distinction : Si le donateur a disposé en faveur de

BIU Cujas

l'étranger, d'une quantité déterminée, alors la donation faite à l'époux seroit censée révoquée, jusqu'à la concurrence de ce dont sa valeur, jointe à celle de la disposition faite en faveur de l'étranger, excéderoit le plus fort disponible. Si, par exemple, ce disponible est de cent, et qu'il ait été donné soixante à l'époux, et cinquante à l'étranger, la donation faite à l'époux sera réduite à cinquante. Mais si la donation faite à l'étranger est en général du disponible, il faudra distinguer : Si la donation faite à l'époux n'épuisoit pas le disponible, on pourra présumer que le défunt n'a entendu disposer en faveur de l'étranger que de ce qui lui restoit disponible, après la donation faite à l'époux, laquelle alors sera exécutée dans son entier, et le surplus du disponible sera adjugé à l'étranger ; mais si la donation faite à l'époux épuisoit le disponible, comme on ne peut présumer que le défunt ait voulu faire en faveur de l'étranger une disposition illusoire, *actus interpretandus est potiùs ut valeat quàm ut pereat*, la donation faite à l'époux sera censée révoquée jusqu'à concurrence de celle faite à l'étranger : le tout, en observant les proportions déterminées ci-dessus, relativement à la différence du disponible, à l'egard de l'époux et à l'égard de l'étranger.

Quid, si les dispositions sont faites toutes deux par un acte révocable ? Il faut distinguer : Si elles sont faites par deux actes séparés, *putà*, si la donation faite à l'époux est entre-vifs et pendant le mariage, et que celle qui est faite à l'étranger soit testamentaire, la première doit être préférée, si elle est postérieure. *Secùs* si elle est antérieure, sauf les présomptions établies dans l'alinéa précédent. En effet, de deux dispositions également révocables, et qui ne peuvent subsister l'une avec l'autre, il est de principe que *posterior derogat priori*. Si les deux donations sont faites par le même acte, *putà*, par un même testament, il me semble qu'alors le principe le plus juste et le plus général, est de regarder les deux donataires comme conjoints, et comme concourant entr'eux, jusqu'à concurrence de la quotité disponible qui leur est commune. Quant au surplus, il appartient à celui en faveur duquel la plus grande disponibilité est établie. D'après cela, il faudroit distinguer :

Si le donateur a un enfant, le donataire étranger aura à lui seul un quart en nue propriété, et il partagera avec le conjoint le surplus du disponible, par portion égale.

Si le donateur a deux enfans, ou l'on estimera ce que peut valoir le quart en usufruit, et s'il est égal, supérieur ou inférieur au douzième en propriété. S'il est égal, les deux donataires concourront par égale portion ; s'il est supérieur, le conjoint aura l'excédant à lui seul, et prendra la moitié du surplus ; s'il est inférieur, le donataire étranger aura au contraire l'excédant, et partagera le surplus : ou bien, l'on donnera à l'étranger un douzième en nue propriété, à l'époux un sixième en usufruit, et ils partageront le surplus du disponible, consistant en un quart en propriété, et un douzième en usufruit.

BIU Cujas

(*Nota.* En général, toutes choses égales, l'usufruit s'évalue à la moitié en propriété. Ainsi un quart en usufruit équivaut à un huitième en propriété.)

Si le donateur a trois enfans ou davantage, l'époux aura à lui seul le quart en usufruit, et partagera le quart en propriété.

Si le donateur a un ou plusieurs ascendans, l'époux aura à lui seul l'usufruit de la portion indisponible, et partagera le surplus.

Enfin, s'il n'a ni ascendans ni descendans, les deux donataires partageront par moitié toute la succession.

(7) *Ou autres termes équivalens.* Nous avons examiné précédemment (note (3) de la page 39), la question de savoir si, dans ce cas, le disponible doit se calculer seulement sur les biens existans lors du décès, ou sur la masse desdits biens réunis aux biens donnés aux autres successibles.

(8) *Entre-vifs ou testamentaires.* Ces formalités sont exigées, parce que la dispense du rapport est une véritable donation ajoutée à la première. De là il suit, que la dispense du rapport contenue dans un acte postérieur, ne peut avoir lieu, au préjudice d'une donation faite dans le temps intermédiaire, à titre de préciput. Ainsi, un père ayant trois enfans, et quarante mille francs de biens, a donné à l'un d'eux dix mille francs, sans dispense du rapport; il a donné à un second cinq mille francs avec dispense du rapport : il dispense ensuite le premier du rapport. Si cette dernière dispense avoit tout son effet, comme elle comprendroit tout le disponible, le second donataire seroit obligé de renoncer à la succession, ou de rapporter; mais comme, au moyen de la dispense de rapport prononcée en sa faveur, il s'est trouvé saisi irrévocablement du droit de prendre sur le disponible le montant de la donation à lui faite, et cela avant que son frère ait été lui-même dispensé du rapport, cette dernière dispense sera nulle, mais dans l'intérêt du second donataire seulement, c'est-à-dire, que le premier donataire venant à la succession, sera tenu seulement de rapporter cinq mille francs.

(9) *Des successibles en ligne directe.* Cette disposition s'appliqueroit-elle aux successibles en ligne directe ascendante? Je ne le pense pas. Il n'y a pas la plus légère parité. On peut bien présumer un avantage indirect dans la vente faite à fonds perdu, ou avec réserve d'usufruit, par un ascendant à son descendant; mais la même présomption n'existe pas, quand la vente a lieu de la part d'un descendant à un ascendant.

(10) *Une disposition particulière.* Cette disposition a été prise de l'article 26 de la loi du 17 nivose an 2.

(11) *Ou avec réserve d'usufruit.* Par conséquent, si la vente a été faite à tout autre titre, on n'appliquera pas cette disposition, qui est effectivement exorbitante du droit commun, en ce qu'elle paroît présumer la simulation. Ce n'est pas qu'une vente à forfait, comme tout autre acte passé entre un défunt et un de ses successibles, ne puisse être attaquée, s'il y a lieu, comme simulée, et

BIU Cujas

contenant un avantage déguisé. Mais c'est alors aux demandeurs à prouver la fraude ou la simulation; au lieu que, dans l'espèce de l'article 918, l'acte est nul de plein droit comme vente, ou plutôt la loi le répute, de plein droit, donation avec dispense de rapport.

(12) *Est rapporté à la masse.* Donc il est vrai de dire que ces sortes de ventes sont en effet présumées, d'après la loi, renfermer une donation, mais à titre de préciput et avec dispense de rapport; et ce qui le prouve, c'est que l'article n'exige que le rapport de ce qui excède le disponible.

Au surplus, cette obligation du rapport prouve qu'il s'agit ici du cas où l'enfant acquéreur vient à la succession; car le rapport n'est dû que par le cohéritier venant à la succession. Par la même raison il faut décider que, si l'enfant acquéreur renonce a la succession, il pourra retenir l'objet vendu, jusqu'à concurrence du disponible, et de sa part dans la réserve; car il auroit ce droit, quand même il seroit réellement donataire. De là il suit encore que, si le disponible est épuisé par des donations irrévocables, antérieures à la vente, la totalité de l'objet vendu doit être rapportée.

Mais ne devra-t-on pas tenir compte à l'acquéreur en viager, de ce qu'il a payé tous les ans, au-delà du revenu de la chose aliénée, et à l'acquéreur de la nue propriété, de ce qu'il a payé pour l'achat de cette nue propriété? La loi du 17 nivose décidoit l'affirmative d'une manière expresse; mais il faut remarquer que cette loi s'appliquoit même aux ventes qui avoient eu lieu avant sa promulgation, à l'égard desquelles l'acquéreur avoit bien pu être de bonne foi, et qui étoient cependant annullées comme les autres. On avoit donc cru devoir adoucir la rigueur de l'effet rétroactif donné à cette loi, en décidant que, lorsqu'il auroit lieu, il seroit tenu compte à l'acquéreur, de ce qu'il auroit payé en sus du revenu de l'immeuble. Mais aujourd hui qu'il n'y a plus d'effet rétroactif, que le successible sait à quoi il s'expose, en acquérant de cette manière, on n'a dû assujettir les cohéritiers à aucune restitution. D'ailleurs, l'acquéreur est indemnisé par l'abandon gratuit de la portion disponible.

Page 63.

(1) *Par les collatéraux.* C'est-à-dire qu'elle ne peut être invoquée de collatéral à collatéral. Les collatéraux ne concourant jamais avec les descendans, ne peuvent être dans le cas d'exiger d'eux le rapport: et nous pensons, ainsi que nous l'avons déjà fait observer, que l'article 918 ne s'applique pas à l'ascendant acquéreur. Mais, si la vente, quoique qualifiée à fonds perdu, n'étoit pas telle dans le fait, mais étoit réellement une donation, le rapport pourroit être demandé par tout héritier, même collatéral, conformément à l'article 843. *Sic* jugé, et avec raison, à Bruxelles, le 30 mai 1812. (Sirey, 1813; 2e. partie, page 46.)

(2) *Ou au placement.* Ce consentement donné pendant la vie du disposant,

BIU Cujas

est bien un pacte sur une succession future. Aussi avons-nous fait remarquer cet article, comme contenant une dérogation à la règle générale établie à ce sujet.

Mais si les successibles au moment du décès, ne se trouvent pas être les mêmes que ceux qui l'étoient au moment de l'acte, et qui y aient consenti, pourront-ils argumenter du défaut de leur propre consentement, pour demander l'application de l'article 918? Je pense qu'oui. L'article dit que l'imputation ne peut être demandée par les successibles qui ont consenti : donc elle peut l'être par ceux qui n'ont pas consenti. D'ailleurs, le cas sera très-rare ; car l'article 918 n'ayant lieu qu'en ligne directe descendante, il arrivera presque toujours que les héritiers seront les représentans de ceux qui auront consenti; et, comme tels, ils ne pourront avoir plus de droit que leurs auteurs.

(3) *Toutes dispositions*, à titre gratuit, directes ou indirectes, même celles qui sont faites en faveur des époux et par contrat de mariage. (Art. 1090.)

Quant aux dispositions à titre onéreux, il est évident qu'elles ne peuvent être sujettes à l'action des légitimaires ; car la légitime n'étant due qu'à titre de succession, et ne pouvant être prise que sur les biens existans au moment du décès, il est clair qu'il faut en déduire les dettes, et tout ce qui est nécessaire pour l'acquittement des obligations contractées par le défunt : *Bona non intelliguntur, nisi deducto ære alieno.*

Quid, si la donation est d'une somme d'argent non payée comptant, et que, pour sûreté du payement, le donateur ait consenti une hypothèque spéciale, le donataire, en cas de réduction pour la prestation de la légitime, pourra-t-il agir contre l'acquéreur du bien hypothéqué, pour la totalité de la créance? Non sans doute; mais seulement pour ce qui lui restera dû d'après la réduction opérée. On pourroit dire d'abord en faveur de cette opinion, que si l'on décidoit autrement, la réduction deviendroit inutile au légitimaire, puisque l'acquéreur qui a payé par suite de l'action hypothécaire, ayant un recours contre le débiteur originaire, ou sa succession, il arriveroit que le légitimaire seroit obligé de rendre à l'acquéreur ce qu'il auroit reçu par suite de la réduction. Mais cette raison ne suffiroit pas, puisqu'elle ne pourroit s'appliquer au cas où le légitimaire auroit accepté sous bénéfice d'inventaire. Le véritable moyen légal consiste en ce que l'hypothèque est un contrat accessoire : or, il est de l'essence de ces sortes de contrats, de subir, par une conséquence inévitable, toutes les modifications du contrat principal. Si celui-ci s'anéantit, l'hypothèque s'anéantit également. Si l'obligation résultant du contrat principal vient à diminuer, l'hypothèque est également réduite, non quant à son étendue, et à son action sur les immeubles qui y sont soumis, mais quant à la quotité de la somme pour laquelle elle peut être exercée. Ainsi dans l'espèce, lorsque le légitimaire aura, par suite de la réduction, fait réduire la créance du donataire, son hypothèque se trouvera par cela même réduite à la même somme à laquelle l'aura été la créance principale ; et il ne pourra demander davantage à l'acquéreur.

BIU Cujas

La question se compliqueroit davantage, si la succession étant mauvaise, et ayant été acceptée par le légitimaire sous bénéfice d'inventaire, ce dernier usoit de la faculté accordée par l'article 802, et abandonnoit aux créanciers tous les biens de la succession, pour se décharger de leur administration. Car alors, n'ayant pas d'intérêt de demander la réduction de la donation, il ne la demanderoit pas, et l'acquéreur ne pourroit pas opposer au donataire le moyen tiré de la diminution de l'obligation principale. Je pense que, dans cette circonstance assez embarrassante, l'on peut dire que les créanciers de la succession bénéficiaire, sont toujours les créanciers de l'héritier. Ils ne peuvent à la vérité, le poursuivre que jusqu'à concurrence des biens de la succession. Mais ils n'en sont pas moins ses créanciers, comme les créanciers de la dot étoient chez les Romains les créanciers du mari, quoique celui-ci pût leur opposer le bénéfice de compétence. Les créanciers de la succession bénéficiaire sont même tellement les créanciers de l'héritier, qu'ils peuvent le poursuivre sur ses biens personnels, sauf, par lui, à leur rendre compte de tous les biens dont la succession étoit composée. D'un autre côté, nous avons établi précédemment, que l'héritier, même après l'abandon autorisé par l'article 802, n'en restoit pas moins toujours héritier. Cela posé, l'acquéreur dans l'espèce, poursuivi par l'action hypothécaire, devient par cela seul créancier de la succession, à raison de la garantie qu'il a droit d'exercer contre elle. Il devient donc également créancier de l'héritier : il peut donc exercer le droit de ce dernier, conformément à l'article 1166, et par conséquent demander la réduction de la donation; ce qui rentre alors dans le cas prévu dans l'alinéa précédent.

(4) *Soit à cause de mort.* Il faut entendre, par là, les donations de biens à venir, et celles qui sont faites par testament.

(5) *Qui composent sa succession.* Ainsi, pour décider s'il y a lieu à réduction, ou non, ce n'est pas la valeur des biens qu'avoit le disposant quand il a fait la donation, qu'il faut considérer, mais celle des biens qu'il laisse à son décès.

Si donc le donateur a fait, par acte entre-vifs, un partage anticipé de ses biens, entre ses descendans, l'action en réduction contre les donataires étrangers ne pourra toujours être intentée avant son décès : car jusques-là, il est incertain s'il y aura lieu à réduction. Il peut acquérir de nouveaux biens qui pourront suffire pour compléter la légitime. Le nombre des légitimaires peut diminuer, et même s'anéantir tout-à-fait. Ce sont autant de chances en faveur des donataires, et dont ils n'ont pu être privés par le partage anticipé, qui est, à leur égard, *res inter alios acta.*

Au surplus, la réduction des dispositions à titre gratuit, pour compléter la légitime des héritiers auxquels la loi assure une réserve, a beaucoup de rapports avec la Falcidie des Romains. Il ne sera donc pas étonnant que nous puisions quelquefois dans le Titre des Pandectes *ad Legem Falcidiam*, des

BIU Cujas

moyens de résoudre les questions qui s'élèveront sur la prestation des légitimes.

(6) *Ou ayant-cause.* Ainsi, les créanciers du légitimaire peuvent, de son chef, demander la réduction des donations.

Faut-il être héritier pour demander la réserve, soit à l'égard des légataires, soit à l'égard des donataires? L'affirmative ne me paroît pas douteuse, soit d'après les principes du droit ancien, soit d'après ceux du Code.

En pays de droit écrit, l'on sait que, d'après la Novelle 115, chap. 3, *in princip.*, la légitime devoit être laissée expressément à titre d'institution : *non licere penitùs patri vel matri, filium aut filiam prœterire, aut exheredes facere, nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcumque modum, eis dederit legibus debitam portionem.* La qualité de légitimaire et celle d'héritier étoient donc inséparables. D'ailleurs, l'on sait que l'enfant émancipé qui vouloit attaquer le testament de son père, comme inofficieux, devoit commencer par demander la possession des biens, qui étoit l'hérédité prétorienne.

En pays coutumier, les auteurs étoient d'accord sur ce point, et les motifs qu'ils donnoient sont les mêmes dans le droit actuel. Voici comme s'exprime Ricard, *des Donations*, partie 3e., nº. 978 :

« La renonciation que font les enfans à la succession de leur père, emporte « avec soi l'exclusion de la légitime; car, comme elle ne peut s'acquérir que « par la querelle d'inofficiosité, il est nécessaire qu'ils aient la qualité d'héri- « tiers pour intenter cette action : attendu que les biens du père ne pouvant « passer en leurs personnes qu'à titre de succession, ce seroit à tort qu'ils se « plaindroient de ce qui a été fait par leur père, puisque, d'après leur renon- « ciation, ils ne pourroient toujours rien prétendre à ses biens, quand même « il n'en auroit pas disposé. »

Lebrun partage cette opinion, dans son *Traité des Successions*, Liv. II, chap. 3, sect. 1, nº. 9 et suivans : et M. Espiard, son annotateur, confirme cette doctrine.

« La légitime est une quote de l'hérédité, *quota hereditatis.* » dit Boucheul, *des Conventions de succéder*, chap. 10, nº. 19. Or, on ne peut appréhender *ab intestat*, une quote de l'hérédité, autrement qu'à titre d'héritier.

Quant au droit actuel, non-seulement il n'est rien dans le Code qui paroisse contraire à cette décision; mais même elle paroît résulter de plusieurs articles.

D'abord l'article 1004 : « Lorsqu'au décès du testateur, y est-il dit, il y a « des héritiers auxquels une quotité de ses biens est réservée par la loi, ces « héritiers sont saisis, de plein droit, par sa mort, de tous les biens de la suc- « cession. »

Lorsqu'il y a des héritiers. Il faut donc être *héritier*, pour avoir droit à la réserve; et pour que l'on ne crût pas que le Législateur avoit pu prendre le

BIU Cujas

mot *héritier* dans le sens qu'on lui attribue quelquefois, pour *habile à se porter héritier*, il ajoute de suite le caractère le plus distinctif et le plus essentiel de l'héritier proprement dit, c'est-à-dire, de l'héritier acceptant : *Ils sont saisis de plein droit de tous les biens de la succession.* Or, à quel titre peuvent-ils être saisis, si ce n'est à titre d'héritiers ? Et ce qui prouve qu'il n'y a nulle différence à établir à cet égard entre l'action du légitimaire contre les donataires entre-vifs, et celle qu'il a contre les légataires, c'est qu'il est dit par l'article 928, que le légitimaire qui forme l'action en retranchement contre les donataires entre-vifs, dans l'année du décès, peut réclamer les fruits à compter du décès. Or, il ne peut réclamer ces fruits, que parce qu'il a la saisine ; il ne peut avoir la saisine que comme héritier : donc il doit être héritier pour attaquer les donations entre-vifs.

2°. L'article 924 : « Si la donation entre-vifs, réductible, y est-il dit, a été « faite à l'un des successibles, il pourra retenir, sur les biens donnés, la valeur « de la portion qui lui appartiendroit, *comme héritier*, dans les biens non « disponibles, s'ils sont de la même nature. » Or, il résulte bien évidemment de cet article, deux choses : la première, qu'il faut être héritier pour obtenir la réserve par voie d'action ; et la seconde, qu'on n'a pas besoin de l'être, pour la retenir par voie d'exception. En effet, l'article dit, *qui lui appartiendroit comme héritier*, c'est-à-dire, *s'il étoit héritier.* Donc il faudroit qu'il le fût pour demander la réserve. Mais il n'a pas besoin de l'être pour la retenir par voie d'exception.

3°. L'article 930 : « L'action en réduction, y est-il dit, pourra être exercée « *par les héritiers* contre les tiers détenteurs des immeubles, etc. » : donc il faut être *héritier* pour exercer cette action.

4°. L'article 921 lui-même me paroît décisif. En effet, le Législateur a cru qu'il étoit nécessaire d'établir par une disposition formelle, que les créanciers du défunt ne pourroient profiter de la réduction des donations entre-vifs. Il a donc pensé que, sans cette disposition, ils en auroient profité. Or, à quel titre les créanciers de la succession auroient-ils pu poursuivre les biens provenant de cette réduction, dans les mains du légitimaire, s'il n'étoit pas héritier ? Mais, d'un autre côté, l'article ne peut considérer le légitimaire comme héritier pur et simple ; car alors rien n'empêcheroit les créanciers du défunt, devenus alors créanciers personnels de l'héritier, de poursuivre les biens provenant de la réduction, comme tous les autres biens personnels de l'héritier. L'article suppose donc deux choses : et que le légitimaire est héritier, et qu'il est héritier bénéficiaire.

Enfin, l'espèce suivante va démontrer quels inconvéniens résulteroient du système contraire.

Un enfant, fils unique, renonce à la succession de son père. Cependant il

BIU Cujas

demande, et obtient sa légitime sur les biens donnés entre-vifs. Un collatéral plus hardi, ou mieux instruit de l'état des affaires du défunt, accepte la succession. Un navire que l'on croyoit perdu, revient avec une riche cargaison : certainement les donataires prétendront, avec raison, que leurs donations n'ont pu être attaquées qu'à défaut de biens existans, et qu'en conséquence, comme il y a dans la succession du père plus qu'il ne faut pour payer la légitime, ce qui leur a été retranché doit leur être restitué. D'un autre côté, le fils ne pourra attaquer les biens existans, parce qu'au moyen de sa renonciation, ils sont dévolus irrévocablement au collatéral qui a accepté; et s'il oppose cette raison aux donataires, ils lui répondront avec avantage, que c'est par son fait qu'il est privé de ces biens; que s'il n'eût pas renoncé, il eût eu amplement de quoi compléter sa légitime, et qu'il est en conséquence non-recevable à leur opposer un préjudice qu'il ne souffre que par l'effet de sa seule volonté.

Certainement le raisonnement des donataires est sans replique, et prouve d'une manière invincible que l'on ne peut former l'action en retranchement sans se porter héritier.

La légitime étant un droit, il est certain que le légitimaire peut y renoncer. Mais, pour que cette renonciation soit valable, il faut que le droit soit ouvert, c'est-à-dire, que la personne sur la succession de laquelle la légitime est dûe, soit décédée. Car la légitime, ne pouvant être prise que *jure hereditario*, est une véritable succession ; et toute renonciation à une succession future, est nulle. Par la même raison, toute renonciation à succession devant être expresse, il en résulte que les légitimaires ne pourroient renoncer tacitement à leur droit, qui est d'ailleurs extrêmement favorable, et qu'ils ne pourroient même y renoncer expressément, au préjudice de leurs créanciers. (Art. 788.)

L'héritier a-t-il besoin de prendre le bénéfice d'inventaire pour pouvoir demander la réduction ? Non, sans doute ; nulle disposition ne l'y oblige. Mais est-il au moins tenu de faire inventaire ? Je pense qu'oui, et même que le défaut d'inventaire pourroit bien le faire débouter de sa demande. En effet, il ne peut faire réduire les donations qu'en prouvant qu'il n'a pas trouvé dans les biens existans de quoi compléter sa réserve. Or, il ne peut faire cette preuve que par un inventaire. Ricard qui rejette cet avis (*des Donations*, part. 3, n°. 994 et suivans), prétend que c'est le cas d'admettre les légataires et donataires à faire faire cet inventaire par commune renommée : mais l'on peut répondre que, dans le droit actuel, la loi n'autorise ce genre d'inventaire qu'en faveur du demandeur qui a besoin de cette pièce pour fonder sa demande, et qui n'a pas été en mesure de se procurer celle qui résulte d'un inventaire légal. Mais toutes les fois qu'il a pu se procurer cette dernière, la première lui est interdite. L'article 1415 est formel sur ce point. Or, dans l'espèce, le légitimaire est demandeur, soit en action, soit en exception. Car pour se refuser au payement des legs, ou pour demander le retranchement des donations,

BIU Cujas

il faut qu'il allègue l'insuffisance de la succession : c'est donc à lui à prouver cette insuffisance ; et il ne peut la prouver que par un inventaire légal.

(7) *Quant aux donataires, légataires :* Mais si les donataires, légataires, ne peuvent profiter de la réduction, ils peuvent au moins, comme nous l'avons vu, forcer le légitimaire, qui est en même temps donataire, à imputer sur sa part dans la réserve, ce qu'il a reçu du défunt, directement ou indirectement. (*Voyez*, ci-dessus, la note (3) de la page 39.)

Nous disons *indirectement*. Car je pense que l'on seroit plus sévère dans notre droit que dans le droit Romain, qui n'obligeoit pas l'héritier d'imputer sur la Falcidie, ce qu'il recevoit d'un tiers, *conditionis implendæ causâ*. Si, par exemple, le défunt avoit légué sa maison de campagne à Titius, à condition qu'il donneroit cent à un de ses héritiers, celui-ci n'étoit pas tenu d'imputer cette somme sur la Falcidie. L. 76, ff. *ad. Leg. Falcid.* Je crois qu'il n'en seroit pas de même dans notre droit, et qu'il suffit que ce que l'héritier a reçu, lui ait été adjugé *ex judicio defuncti*, pour qu'il doive l'imputer sur sa légitime ; pourvu cependant que cela ne lui ait pas été donné par préciput. Nous avons démontré précédemment que cette clause contient de la part du défunt, l'intention formelle que ce qu'il donne soit imputé sur le disponible, et non sur la légitime.

De même, dans le droit Romain, les donations entre-vifs faites à l'héritier, n'étoient pas imputées sur la Falcidie. (*Pauli sentent.* Lib. 3, Tit. 8, §. 3.) L'imputation auroit bien certainement lieu chez nous ; sauf également le cas de la clause de préciput ; et l'on pourroit même prétendre, d'après la loi 56, §. ult. ff. *ad Leg. Falcid.*, que l'opinion contraire à celle de Paul, avoit fini par prévaloir chez les Romains eux-mêmes.

Ainsi, en définitif, il faut tenir comme principe général, en matière d'imputation, que le légitimaire est tenu d'imputer sur sa réserve, tout ce qu'il seroit tenu de rapporter à ses cohéritiers, s'il en avoit ; se reporter en conséquence à ce qui est dit ci-dessus note (2) de la pag 40. Il doit donc imputer 1°. tout ce qu'il prend *jure hereditario* ; et 2°. tout ce qu'il tient *ex judicio defuncti*, quand même cela ne proviendroit pas précisément *ex re hereditariâ*, si toutefois l'avantage qui lui en revient, étoit de nature à pouvoir être partagé entre tous ses cohéritiers, ou a pu causer une diminution quelconque dans la masse partageable.

On opposera peut-être à ce principe ce que nous disons ci-après, note (6) de la page suivante, que les fruits perçus depuis le décès ne sont pas imputés sur la légitime. Or, dira-t-on, ces fruits proviennent *ex rebus hereditariis* ; et par conséquent, ils appartiennent à l'héritier *jure hereditario*. Donc il n'est pas exact de dire que tout ce que l'héritier prend *jure hereditario*, doit être imputé sur la légitime.

Je réponds, qu'en matière de succession, et pour fixer les droits des parties,

BIU Cujas

l'on ne considère qu'un seul instant, celui de l'ouverture de la succession : que c'est d'après la valeur de la succession à cette seule époque, que l'on doit déterminer si les légitimes sont complètes ou non ; que, s'il y a dans les biens existans alors de quoi les compléter, les légitimaires ne peuvent rien réclamer, quelque diminution que ces biens puissent éprouver depuis ; que, par la même raison, si ces mêmes biens ne suffisoient pas, à l'époque de l'ouverture de la succession, pour compléter les légitimes, la réduction des dispositions à titre gratuit doit avoir lieu, quelqu'augmentation que puisse éprouver depuis la valeur des biens héréditaires : que ces augmentations appartiennent à l'héritier, non *quatenùs heres, sed quatenùs dominus ;* qu'il en est de même des fruits échus ou perçus depuis le décès : que l'héritier n'est censé prendre *jure hereditario* que ce qui a appartenu au défunt ; que ces fruits ne lui ont jamais appartenu ; que, si l'on forçoit l'héritier d'imputer ces fruits sur sa légitime, il faudroit également faire entrer dans la masse de la succession, pour le calcul des légitimes, les fruits perçus par les donataires depuis le décès, sur les choses données entre-vifs ; ce qui est contraire à tous les principes. Donc, etc.

Quid, si le père est grevé de restitution envers ses enfans, les biens que ceux-ci prennent par suite de la restitution, sont-ils imputés sur la légitime ? Non, sans doute. Car ils ne les prennent pas *jure hereditario*, puisqu'ils peuvent les réclamer sans être héritiers de leur père. Ils ne les prennent pas non plus *ex judicio defuncti*, puisque leur père ne pourroit les en priver. Donc, etc. (Ricard, *des Donations*, part. 3, n°. 1156.)

Si un fils a été institué légataire par son père, conjointement avec un tiers, et sans mention de préciput, et que le tiers vienne à défaillir, ce qui adviendra au fils par suite du droit d'accroissement, devra-t-il être imputé sur la légitime ? Je suis d'avis de l'affirmative, parce que, cet accroissement même, il le reçoit *ex judicio defuncti*, puisqu'il ne l'auroit pas, s'il n'avoit pas été institué légataire par le défunt. On peut tirer argument, en faveur de cette opinion, de la loi 78, ff. *ad Legem Falcidiam*, qui décide que l'héritier institué pour partie, ne peut retenir la Falcidie, quoique sa part soit épuisée, si, par l'effet du droit d'accroissement, elle se trouve augmentée, de manière à ce qu'il soit rempli de la quarte.

Le légitimaire est-il tenu d'imputer sur sa légitime, ce qu'il reçoit du rapport fait par ses cohéritiers ? Espèce :

Un père, ayant trois enfans, donne vingt mille francs à chacun des deux aînés. Il meurt, laissant un testament, contenant des legs particuliers, montant à huit mille francs. Les biens existans au moment de son décès, montent à douze mille francs. Les trois enfans se portent héritiers. Le troisième enfant, qui n'a rien reçu, réclame sa légitime, qui, dans l'espèce, et eu égard au nombre des enfans, doit être de treize mille francs ; et, comme il ne se

BIU Cujas

trouve que douze mille francs dans la succession, il prétend que tous les legs sont caducs. Les légataires soutiennent de leur côté que les deux autres enfans ayant accepté la succession, sont, en cette qualité, tenus au rapport; que d'après cela, les quarante mille francs donnés devant être partagés entre les trois enfans, ainsi que les quatre mille francs restans sur les biens existans, après le payement de tous les legs, la part du troisième enfant dans ces deux sommes réunies sera de quatorze mille six cent soixante-sept francs, somme supérieure au montant de sa part dans la réserve; et que, par conséquent, il n'y a pas lieu à réduire les dispositions testamentaires.

Si, au contraire, le système du troisième enfant étoit admis, il s'ensuivroit qu'il prendroit les douze mille francs existans dans la succession; qu'il les rapporteroit ensuite à ses frères; que ce rapport, joint à celui qui seroit fait par ses deux frères, produiroit une masse de cinquante-deux mille francs, et donneroit à chacun d'eux, pour sa part, dix-sept mille trois cent trente-trois francs.

L'on peut dire en faveur de ce dernier système, que le rapport n'a lieu qu'entre cohéritiers, et n'a d'effet qu'à leur égard; qu'à l'égard des légataires, il est *res inter alios acta :* qu'il est de principe que l'héritier bénéficiaire qui, conformément à l'article 801, abandonne tous les biens de la succession aux créanciers et aux légataires, n'est pas tenu de comprendre dans cet abandon, ce qu'il prend dans les objets rapportés par ses cohéritiers; que la loi regarde donc cette part comme absolument étrangère aux légataires, et que, par conséquent, à leur égard, il n'est pas tenu de l'imputer sur sa légitime.

Ces raisons sont, sans doute, très-fortes. Cependant, j'aurois de la peine à adopter cette opinion. Je sais bien que le rapport est entièrement étranger aux légataires, dans le sens qu'ils ne peuvent jamais, comme légataires, prendre part dans les objets rapportés. Mais ici, il ne s'agit pas de les y faire participer, mais d'empêcher l'héritier de s'emparer, à leur préjudice, des biens extans dans la succession. Je conçois que, si un héritier bénéficiaire abandonne tous les biens extans aux légataires, ceux-ci, quand même ils ne seroient pas remplis de leurs legs, ne pourront demander à venir les compléter, sur le montant des objets provenant du rapport. Le rapport n'a lieu que pour maintenir l'égalité, et nullement pour servir de gage aux légataires. Mais peut-on conclure de là que ce même héritier puisse, lorsqu'il veut dépouiller les légataires, même des biens extans dans la succession, se dispenser d'imputer sur sa légitime, ce qu'il a reçu par l'effet du rapport. Il ne reçoit dans ce cas, qu'en qualité d'héritier, et par conséquent *jure hereditario* : or, n'est-il pas de principe que tout ce que l'héritier prend *jure hereditario*, doit être imputé sur la légitime? D'ailleurs, dans le premier cas, celui de l'abandon des biens extans, l'heritier ne prend rien sur ces biens; il veut seulement conserver ce qu'il prend sur les objets rapportés : *Certat igitur de damno vitando.* Mais

BIU Cujas

dans le second cas, non-seulement il veut conserver ces mêmes objets, mais encore dépouiller les légataires des biens extans, et prendre, à leur préjudice, une part supérieure à sa légitime. Enfin il paroîtra toujours contraire aux principes de l'équité, et à ceux qui sont reçus en matière de légitime, que l'héritier qui n'a droit qu'à une réserve de treize mille francs, et qui en reçoit plus de quatorze mille à titre d'héritier, puisse venir encore dépouiller les légataires. Je pense donc en définitif que le légitimaire est tenu d'imputer sur sa légitime ce qu'il reçoit du rapport fait par ses cohéritiers.

(8) *Les donations entre-vifs*, et non les legs. En effet, comme les legs ne peuvent être pris que sur les biens, et que *bona non intelliguntur, nisi deducto ære alieno*, il s'ensuit que les légataires ne peuvent exiger le payement de leurs legs, qu'après le payement de tous les créanciers de la succession.

Mais la disposition portant que les créanciers de la succession ne peuvent profiter de la réduction des donations entre-vifs, n'est-elle pas injuste ? La légitime ou réserve, dira-t-on, est une portion de la succession. Or, il est de principe, comme on vient de le dire, qu'il n'y a de biens, de succession, que ce qui reste après le payement des dettes : *Bona non intelliguntur*, etc. D'ailleurs, le légitimaire devant être, comme nous l'avons vu, héritier pour réclamer la légitime, il est tenu, en cette qualité, des dettes de la succession. Ces raisons sont spécieuses, sans doute ; mais il est aisé d'y répondre. En effet, ou il s'agit de créanciers auxquels étoient hypothéqués les biens compris dans la donation ; et alors ils n'ont pas besoin de la réduction : ils poursuivront leur payement par l'action hypothécaire ; ou bien il s'agit de créanciers sans hypothèque, et dans ce cas il faut encore distinguer : Si la donation est postérieure à leur créance, ils pourront l'attaquer par la Paulienne, s'ils peuvent prouver qu'elle a été faite au préjudice de leurs droits. (Art. 1167.) Si elle est antérieure, ils ne peuvent pas dire qu'ils ont contracté avec le défunt, dans la vue de biens qui n'étoient déjà plus dans ses mains au moment où ils ont traité. Leur débiteur étoit dessaisi de tout droit sur ces biens, quand ils sont devenus ses créanciers ; ils ne peuvent donc en prétendre aucun sur ces mêmes biens. Comment l'action en réduction, intentée par le légitimaire, action qui est, à leur égard, *res inter alios acta*, pourroit-elle leur donner un droit qu'ils n'ont jamais eu ? La loi veut bien porter atteinte au droit de propriété résidant en la personne du donataire, quand il s'agit de la dette sacrée de la légitime ; mais si cette légitime, au lieu de profiter à ceux pour lesquels la loi l'a établie, doit devenir la proie des créanciers, il n'y a pas de raison de priver le donataire du droit qu'il a acquis ; et à quel titre, en effet, de simples créanciers prétendroient-ils être préférés à celui qui étoit propriétaire, avant qu'ils ne fussent créanciers ? Mais, ajoute-t-on, le légitimaire est héritier, et en cette qualité il est tenu des dettes,

BIU Cujas

puisque, par son acceptation, les créanciers de la succession sont devenus ses créanciers personnels; ils pourront donc poursuivre les biens provenant de la réduction, sinon comme biens de la succession, au moins comme faisant partie du patrimoine de l'héritier, qui est devenu leur débiteur. Je réponds qu'il est vrai que le légitimaire doit être héritier pour réclamer sa légitime; mais s'il craint les poursuites des créanciers, il prendra le bénéfice d'inventaire, comme il a été dit ci-dessus, note (6); il évitera par là de confondre avec les biens de la succession, les siens propres, du nombre desquels sont ceux qui proviennent de la réduction des donations entre-vifs, auxquels les créanciers n'ont aucun droit. Telle est l'opinion de Ricard et de Lebrun; et je pense que tel doit être aussi le droit actuel.

Page 64.

(1) *Les biens existans au décès du testateur. Quid* à l'égard des créances actives? Si elles sont d'une rentrée facile et certaine, on les compte, pour leur valeur intrinsèque, et elles sont, ou laissées en commun, ou partagées entre le légitimaire et les légataires, suivant leurs conventions particulières. Si elles sont mauvaises ou douteuses, elles ne sont pas comptées, sauf à partager ce qu'on pourra retirer par la suite. L. 63, §. 1, ff. *ad Leg. Falcid.* La loi 82, *ibid.*, rapporte cependant un cas dans lequel une créance mauvaise doit être comptée en totalité; c'est quand cette créance a été léguée au débiteur même. Ainsi soit l'espèce suivante:

Un homme ayant un enfant, fait pour cinq mille quatre cents francs de legs particuliers, et lègue en outre à Titius son débiteur six cents francs qu'il lui doit. Il ordonne de plus que ce dernier legs soit payé de préférence à tous les autres. Ses biens effectifs, au moment de son décès, indépendamment de la créance sur Titius, sont d'une valeur de huit mille quatre cents francs: au même moment, les affaires de Titius sont en mauvais état, de manière que ses créanciers courent risque de tout perdre. La légitime sera-t-elle de quatre mille deux cents francs, faisant la moitié des biens liquides trouvés au décès, ou bien de quatre mille cinq cents francs, moitié des mêmes biens, réunis aux six cents francs dus par Titius? La loi précitée 82 décide qu'elle doit être de quatre mille cinq cents francs, parce que, dit-elle, on ne peut regarder comme insolvable celui qui se paye à lui-même; *ipse sibi solvendo videtur; et, quod ad se attinet, dives est.*

Mais si la clause de préférence n'existoit pas, et que, par suite des arrangemens faits avec ses créanciers, Titius leur fît essuyer une perte quelconque, par exemple de soixante-quinze pour cent, la part du légitimaire dans la créance sur Titius, sera-t-elle prise exclusivement sur le quart revenant à la succession dans cette créance, ou éprouvera-t-il sur cette même part une

BIU Cujas

perte proportionnée à celle des autres créanciers ? Ainsi, dans l'espèce, les legs doivent éprouver une réduction d'un quart pour le complément de la légitime. D'un autre côté, si l'on suppose que la remise faite à Titius par ses créanciers, est de soixante-quinze pour cent, le légitimaire prendra-t-il les vingt-cinq restans, pour le remplir du quart dont le legs de Titius doit être réduit, ou devra-t-il éprouver sur ce quart une diminution de soixante-quinze pour cent ? On peut dire en faveur de cette dernière opinion, qu'au moyen du legs fait à Titius, sa dette se trouve éteinte par la compensation, jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle le legs est valable, et qu'elle ne subsiste que pour le surplus ; que, dans l'espèce, le legs est valable pour les trois quarts ; que la créance ne subsiste donc plus que pour un quart ; que la succession du testateur n'est donc plus créancière de Titius, que pour une somme de cent cinquante francs ; que c'est donc à raison de cette somme seulement qu'elle doit figurer dans la masse, et dans les répartitions ; que le legs de libération équivaut au payement ; et que, certainement, si, dans l'espèce, Titius avoit fait, à son créancier, un payement valable de quatre cents cinquante francs, celui-ci eût essuyé sur les cent cinquante francs restans une perte de soixante-quinze pour cent. J'avoue que je ne vois aucune réponse, même spécieuse, à faire à ces raisonnemens ; et je penserois, d'après cela, que la succession ne doit figurer dans la masse et dans les répartitions que pour cent cinquante francs ; mais aussi que, dans ce cas, la créance sur Titius ne doit être portée dans la masse de la succession du testateur, que pour ce qui peut en être retiré, c'est-à-dire, d'abord pour les trois quarts qui sont censés payés par la compensation, et pour le quart du surplus, c'est-à-dire, en tout pour quatre cent quatre-vingt-sept francs cinquante centimes.

Quid juris à l'égard des objets divertis ou recélés par l'héritier ? Ils ne sont pas compris dans la masse, dans le sens que l'héritier ne peut y prendre sa part de réserve, et qu'ils augmentent d'autant la portion revenant aux légataires. L. 24, ff. *ad Leg. Falcid.* Si donc nous supposons la succession égale à douze mille francs, y compris trois mille francs divertis et recélés par l'héritier, mais réunis depuis à la masse, neuf mille francs de legs, et un enfant coupable du recel, la succession sera censée, à l'égard du légitimaire, égale seulement à neuf mille francs, sur lesquels il prendra sa légitime, égale à quatre mille cinq cents francs. Les quatre mille cinq cents francs restans, avec les trois mille francs, montant des objets recélés, appartiendront aux légataires, qui, s'il n'y eût pas eu de recel, n'eussent eu que six mille francs.

(2) *On en déduit les dettes*, au nombre desquelles on doit compter toutes les créances de l'héritier contre la succession, quoiqu'éteintes par la confusion. L. 87, §. 2, ff. *ad Leg. Falcid.*

A qui doivent être remis les fonds nécessaires pour le payement des dettes qui ne peuvent ou ne doivent pas être payées de suite ? Au légitimaire qui est

BIU Cujas

tenu, et seul tenu de toutes les dettes de la succession, comme saisi de tous les biens, et représentant la personne du défunt.

Quid, à l'égard des dettes de la succession qui peuvent être contestées? Deux partis à prendre: ou l'on n'en fera pas déduction, et les légataires donneront des sûretés au légitimaire, pour lui garantir le remboursement de ce qu'ils devront restituer, si le payement de ces dettes est ordonné: ou il en sera fait déduction, et l'héritier donnera à son tour des sûretés aux légataires, pour leur garantir la restitution de ce qui leur reviendra, dans le cas où, par l'effet de la contestation, il aura été décidé que les dettes n'existent pas.

Quid, si l'héritier a payé les legs sans retranchement, dans le cas où il devoit avoir lieu? Il faut distinguer: Si c'est par erreur de fait, parce qu'il croyoit qu'il resteroit de quoi compléter sa légitime, il peut répéter. *Secùs*, il ne le peut pas. Mais, dans le doute, je pense que l'erreur de fait doit être présumée: *Nemo facilè donare præsumitur.*

Remarquez qu'il faut toujours déduire des biens existans le montant total des dettes, quand même l'héritier, par suite d'arrangemens particuliers, auroit obtenu une remise des créanciers, *quia eam pecuniam*, dit Paul, L. 3, §. 1, *ad Leg. Falcid., non ex hereditate, sed ex decisione habet.*

Quid, si le défunt étoit débiteur solidaire? L'on déduit toujours la dette entière, sauf, dans le cas où la succession ne payeroit en définitif que sa part, à tenir compte du surplus par l'héritier aux légataires.

Quid, si au nombre des dettes, il y a des rentes viagères? L'on fera déduction d'un capital suffisant, pour produire, au taux légal, un revenu égal au montant des rentes viagères, en donnant par l'héritier des sûretés pour la restitution aux légataires de ce qui leur reviendra dans ce capital, au fur et à mesure des extinctions. L. 95, §. 1, ff. *ad Leg. Falcid.* Mais, dans ce cas, comment sera fixée la légitime? Je pense qu'il faut opérer comme il a été dit pour les créances douteuses au commencement de la note précédente, et que l'on doit en conséquence évaluer la légitime à raison des biens extans, défalcation faite des capitaux laissés pour le service des rentes viagères, et qu'à chaque extinction, il y aura une opération particulière à faire pour remettre au légitimaire et aux légataires ce qui leur reviendra respectivement.

(3) *Et les legs particuliers*, soit de corps certains, soit de sommes d'argent. *Quid*, si les legs étoient portés dans plusieurs testamens de différentes dates? Ils sont censés, quant à leurs effets, n'avoir qu'une seule date, celle du décès.

On pensoit anciennement que le légataire universel devoit acquitter seul toutes les charges de la succession, et par conséquent les légitimes, qui n'étoient prises sur les legs particuliers, que subsidiairement, et en cas d'insuffisance seulement des biens compris dans le legs universel. Cela étoit peut-

BIU Cujas

être plus conforme aux principes rigoureux du droit. Le légataire universel étoit tenu de toutes les dettes ; les légataires particuliers étoient, et sont encore dispensés d'y contribuer. Le légataire universel ne pouvoit, et ne peut encore réclamer que ce qui reste après le payement de tous les legs particuliers : de là on concluoit que le testateur avoit entendu préférer ceux-ci, et que, par conséquent, toutes les charges de la succession, du nombre desquelles est la légitime, devoient être acquittées par le légataire universel, comme il étoit tenu d'acquitter toutes les dettes. Cependant je pense que la disposition de notre droit est plus conforme à l'équité. S'il est vrai, dans le droit, que le légataire particulier est préféré au légataire universel, puisque celui-ci est tenu de payer tous les legs particuliers, il n'en est pas moins vrai que, dans le fait, le legs universel est en général regardé comme une marque de bienveillance plus grande, de la part du testateur, que le legs particulier. Il seroit donc contraire à l'équité de grever entièrement du payement des légitimes, celui que le testateur a eu intention de gratifier davantage.

Au reste, pour évaluer comment, et dans quelle proportion le legs universel doit être réduit, il faut commencer par déterminer le montant de ce qu'il auroit produit, s'il n'y eût pas eu de légitimaire ; ce qui se fait, en déduisant de la masse de la succession la totalité des dettes, charges, legs, etc. Le reliquat forme le montant réel et effectif du legs universel ; et c'est à raison de ce montant qu'il doit contribuer. *Exemple :*

Pierre a institué un légataire universel, et fait pour quarante mille francs de legs particuliers. Il laisse cent mille francs de biens, dix mille francs de dettes et un enfant légitime. La réserve est donc de moitié des biens, déduction faite des dettes, c'est-à-dire, dans l'espèce, de quarante-cinq mille francs. Pour connoître la somme pour laquelle le légataire universel doit y contribuer, on déduira de la masse, qui est, comme nous l'avons dit, de cent mille francs, le montant des dettes et des legs, qui est de cinquante mille francs ; il reste cinquante mille francs, qui doivent être considérés comme le montant du legs universel. Or, cinquante mille francs sont à quatre-vingt-dix mille francs, montant de la masse, déduction faite des dettes, comme cinq est à neuf. Le légataire universel payera donc les cinq neuvièmes de la légitime, ou vingt-cinq mille francs, et les vingt mille francs restans seront acquittés par les légataires particuliers, chacun au prorata de son legs respectif.

Mais remarquez que, s'il y a des legs de corps certains, l'héritier à réserve ne peut prendre sa légitime sur la masse de la succession, en abandonnant le surplus aux légataires, pour se le partager comme ils l'entendront. Chaque legs conserve toujours sa nature particulière. Le légataire d'une maison a droit de demander la maison, etc. ; seulement, l'héritier a le droit, de son côté, de faire subir à chaque légataire une réduction proportionnelle sur l'objet légué.

Quid, s'il y a des legs conditionnels ? L'on doit opérer comme s'ils n'exis-

BIU Cujas

toient pas ; et les légataires purs et simples doivent donner caution de restituer ce qu'ils auront reçu de trop, si les conditions viennent à se réaliser.

Quid, à l'égard des legs de choses indivisibles? Ils doivent être délivrés en entier, sauf aux légataires à payer en argent la valeur, d'après estimation, de la portion qui auroit dû être retranchée. Mais remarquez que, sous ce rapport, l'on doit regarder comme indivisibles, les choses qui ne sont divisibles qu'intellectuellement. Voyez ci-après au Titre *des Obligations conventionnelles en général.*

(4) *S'il n'a été fait que des donations entre-vifs.* L'on doit entendre par là, toutes les dispositions, directes ou indirectes, qui ont eu pour objet de faire passer à des tiers une partie des biens de celui qui doit la légitime, avant le décès de ce dernier.

Quid, dans l'espèce suivante?

Un père, en mariant son fils, le déclare franc et quitte de toutes dettes. Le fils avoit des dettes au moment du mariage. Elles ont été payées pendant sa vie: au moment de son décès, sa succession étant insolvable, la veuve a recours contre son beau-père, pour être indemnisée de tout le préjudice que lui a causé le payement des dettes dont son mari étoit grevé au moment de la célébration. (Art. 1513.) Ce que le père a payé à la veuve par suite de cette action, doit-il être regardé comme donné, et entrer en conséquence dans le comput des biens pour fixer la légitime? D'abord, il est certain qu'à l'égard de la veuve, ce n'est pas une disposition à titre gratuit, puisque le payement qui lui a été fait, n'étoit que l'acquit de l'engagement contracté par le père à son profit, et l'indemnité du préjudice qu'elle avoit essuyé. Mais à l'égard du fils, il est certain que la disposition est à titre gratuit, comme le seroit un cautionnement souscrit par le père, et par suite duquel il auroit été obligé de payer la dette de son fils. D'un autre côté, nous supposons que le fils a laissé une succession insolvable. Dans cet état de choses, il faut voir si le fils a laissé des enfans qui aient droit de réclamer une légitime du chef de leur père, sur les biens de leur aïeul ; et, dans ce cas, comme il y a lieu à compensation, et que celui-là n'est pas insolvable, qui peut compenser, la somme payée par le père à la veuve sera portée dans la masse, jusqu'à concurrence de ce que les représentans du fils pourront réclamer pour sa légitime. S'ils n'ont rien à réclamer, on appliquera ce qui va être dit, note (3) de la page suivante, pour le cas d'insolvabilité du donataire dont la donation est réductible.

(5) *Comme dans le cas précédent.* L'art. 922 semble dire que les dettes doivent être déduites sur la masse des biens laissés au décès, réunis aux biens donnés. Cela n'est pas exact : elles doivent être déduites seulement des biens existans au décès. Le résultat est bien le même, quand l'actif excède le passif; mais il n'en seroit pas de même dans le cas contraire. En effet, si nous supposons qu'un père a donné trente mille francs, qu'il laisse un actif égal à

BIU Cujas

quarante mille francs, et vingt mille francs de dettes, et un fils unique, il est fort indifférent que l'on déduise d'abord les dettes de l'actif, et que l'on réunisse l'excédant aux biens donnés, ou que l'on commence par réunir les biens laissés aux biens donnés, et que du tout l'on déduise les dettes; il restera toujours une somme de cinquante mille francs, dont la moitié appartiendra à l'enfant. Mais supposons l'espèce suivante :

Un père a donné cinquante mille francs pendant sa vie; il laisse cinquante mille francs de biens, cent mille francs de dettes, et un fils unique. Si l'on suivoit judaïquement ce qui est prescrit par l'art. 922, il faudroit réunir les biens extans aux biens donnés; total, cent mille francs : de quoi défalquant les dettes montant à cent mille francs, il resteroit zéro; et par conséquent l'enfant n'auroit point de légitime : ce qui seroit absolument contraire à l'art. 913, qui porte que les libéralités ne peuvent excéder la moitié des biens du disposant, lorsqu'il laisse un enfant légitime. Il faudra donc, dans l'espèce, regarder les biens laissés comme zéro, et les biens donnés comme faisant à eux seuls la masse, dont l'enfant prendra la moitié. Sa réserve sera donc de vingt-cinq mille francs.

(6) *Et leur valeur au temps du décès.* Cette phrase a besoin d'explication. En général, lorsqu'il s'agit de réduire les donations, on considère les biens donnés comme s'ils n'étoient pas sortis des mains du donateur. Dans cette hypothèse, et s'ils étoient encore dans sa succession, ils y seroient pour leur valeur au moment du décès. C'est donc cette valeur seule que l'on doit calculer. Quant à leur état, il faut, dit-on, ne considérer que celui qu'ils avoient à l'époque des donations, c'est-à-dire, qu'il faut faire abstraction de toutes les améliorations ou dégradations qu'ils ont pu éprouver, depuis l'époque de la donation, par le fait du donataire ou de ses ayant-cause. *Exemple:*

Un père a donné entre-vifs une maison. Le donataire y a fait, depuis, des augmentations considérables. S'il y a lieu à calculer la réserve, la maison ne sera évaluée qu'eu égard à ce qu'elle étoit au moment où elle a été donnée, indépendamment de toutes les augmentations faites depuis; mais, quant à sa valeur, on considérera le temps du décès, c'est-à-dire, que, si cette maison, placée au bord d'une route, au moment de la donation, valoit alors, à raison de ce, cinquante mille francs, et que, par suite du changement de la route, les biens situés dans la même position soient diminués de moitié de leur valeur, elle ne sera portée, dans l'évaluation, qu'à raison de vingt-cinq mille francs, parce qu'effectivement elle n'auroit que cette valeur, si elle étoit restée dans la succession. Il en seroit de même, en sens inverse, si la valeur étoit augmentée dans l'intervalle.

La même disposition doit avoir lieu, soit que le donataire possède encore la maison, soit qu'il l'ait aliénée; et quel que soit, dans ce dernier cas, le prix qu'il en ait reçu; et par la même raison, si la maison a péri par cas fortuit depuis

BIU Cujas

l'aliénation, elle sera censée périe pour la succession, et elle n'entrera, dans le calcul de la légitime, ni pour sa valeur, ni pour le prix qu'en a reçu le donataire. (Argument tiré de l'art. 855.)

Quid, si le donataire est lui-même légitimaire? Je pense que si la chose a péri par cas fortuit, on ne pourra lui en imputer le montant sur sa légitime. Nous avons vu plus haut, qu'il n'y a lieu à imputer que ce qui seroit sujet à rapport. Or, d'après l'art. précité 855, la maison, dans ce cas, ne seroit pas sujette à rapport. Mais aussi la valeur de cette même maison ne sera pas comptée pour composer la masse, et conséquemment pour fixer le montant des légitimes. Ainsi, soit une maison, valant trente mille francs, donnée par un père à son fils. La maison périt par cas fortuit. Le père meurt, laissant trente mille francs dans sa succession, et un légataire universel; la succession sera censée composée uniquement des trente mille francs extans, sur lesquels le fils pourra réclamer quinze mille francs, à titre de légitime. C'est toujours d'après le même principe. Si la maison n'eût pas été donnée, si elle fût restée dans la main du donateur, elle fût périe également pour lui, et la succession n'eût été composée que des trente mille francs, montant des autres biens, etc.

Par la même raison, quand même le donataire auroit aliéné la maison avant la perte, on ne pourroit le forcer d'imputer sur sa légitime le prix qu'il auroit reçu pour l'aliénation.

Ces mots, *au temps du décès*, indiquent encore qu'il ne faut avoir aucun égard à l'augmentation ou à la diminution, même intrinsèque, que les biens donnés ont éprouvée depuis le décès du donateur, parce que le légitimaire étant saisi du moment de la mort, c'est de ce moment même qu'il faut partir pour évaluer sa légitime. Si donc, à ce moment, il y avoit dans la succession de quoi la compléter, il n'a point d'action contre les donataires, quelqu'augmentation que les biens donnés, ou quelque diminution que les biens extans aient éprouvée depuis. *Exemple*:

Un père a donné entre-vifs une maison de valeur de trente mille francs. Il laisse un fils unique, et une succession montant à trente mille francs. Depuis l'ouverture de la succession, par l'effet de circonstances purement accidentelles, et indépendantes du fait du donataire, la valeur de la maison est augmentée de dix mille francs; le légitimaire ne pourra néanmoins faire subir aucune réduction à la donation, parce qu'il avoit sa réserve complète au moment du décès. Par la même raison, si les trente mille francs de biens extans se trouvent réduits à vingt mille francs, par l'effet d'événemens survenus depuis le décès, la donation n'en sera pas moins à l'abri de toute demande en réduction, parce qu'en général toutes les augmentations ou diminutions survenues, depuis le décès, sur les biens extans et destinés au fournissement de la légitime, sont pour le compte de l'héritier. L. 30, ff. *ad leg. Falcid.*

Il y a cependant un cas dans lequel l'augmentation ou la diminution intrin-

BIU Cujas

sèque, survenue depuis le décès, profite ou préjudicie au légitimaire : c'est quand il y a lieu au retranchement, et qu'il doit porter sur l'objet augmenté ou diminué ; car la réserve devant être fournie en corps héréditaires, c'est-à-dire, le donataire étant obligé de restituer en nature au légitimaire tout ou partie des objets qu'il a reçus, il s'ensuivra que ce dernier profitera, pour la part qui lui revient, de l'augmentation que l'objet a éprouvée, comme il sera obligé de supporter la diminution dans la même proportion. Ainsi, en continuant l'espèce précédente, si nous supposons que le père, au lieu de laisser trente mille francs à son décès, n'en a laissé que vingt mille, la donation devra être réduite d'un sixième. Le fils deviendra donc propriétaire d'un sixième de la maison donnée ; et par conséquent l'augmentation qu'elle aura pu éprouver depuis le décès, lui profitera pour un sixième, comme il supportera la diminution également pour un sixième. Mais si la maison avoit été vendue par le donataire, et que celui-ci fût solvable, comme alors le légitimaire ne peut réclamer une part dans la maison, mais seulement dans la valeur qu'elle avoit au moment du décès, il en résulte que l'augmentation ou la diminution, survenue depuis le décès, ne pourra lui profiter, ni lui préjudicier.

Quid, à l'égard des augmentations survenues depuis le décès, mais *ex causâ antiquâ*, c'est-à-dire, provenant d'une cause antérieure au décès ; *putà*, si un débiteur insolvable est devenu solvable, si la condition apposée à une obligation contractée au profit de la succession, vient à se réaliser, etc. ? Dans ces cas et autres semblables, *augmenti causa et origo sunt in hereditate* ; l'augmentation qui en résulte, doit donc faire partie de la succession. L. 56, §. 1, ff. *ad leg. Falcid.*

Quid, à l'égard des fruits perçus depuis le décès ? Ils appartiennent à l'héritier, et ne sont pas comptés dans la masse de l'hérédité : L. 30 ff. *eod.* C'est le temps du décès qu'il faut considérer seul, pour déterminer la quotité et la valeur des biens extans. Il faut cependant excepter les fruits provenant des choses léguées à terme ou sous condition, et perçus, depuis le décès jusqu'à l'événement du terme ou de la condition, *quia ex judicio defuncti percepti videntur.* L. 22, §. 2, ff. *ad Senat. Trebell.*

Quant aux fruits pendans par racines au moment du décès, ils augmentent la masse de la succession, dans le sens qu'une terre couverte a dû être évaluée plus haut qu'une terre entièrement nue. L. 9, ff. *ad leg. Falcid.*

Remarquez que la disposition aux termes de laquelle les objets donnés doivent, pour la supputation de la légitime, être évalués d'après le prix qu'ils valent au temps du décès, est générale, et s'applique aux donations de meubles, comme aux donations d'immeubles ; ce qui est difficile à concilier avec l'art. 868, qui veut qu'en matière de rapport les meubles donnés soient évalués d'après leur prix au moment de la donation. J'ai déjà fait cette observation, ci-dessus, (note (7) de la page 42). On peut donner pour raison

BIU Cujas

de différence, que l'action en retranchement pouvant avoir pour effet de réduire des dispositions entre-vifs, et par conséquent de révoquer des propriétés peut-être déjà anciennes, l'on a cru devoir appliquer dans toute son étendue la fiction d'après laquelle on suppose les objets réunis à la masse de la succession. Or, dans ce cas, ils n'auroient augmenté cette masse que de la valeur qu'ils avoient au moment du décès. Dans l'art. 868, au contraire, il s'agit de l'obligation du rapport, dont le motif, très-favorable sans doute, est de maintenir l'égalité entre les cohéritiers, et qui, d'ailleurs, n'a pas d'effet contre les tiers. On a donc pu appliquer sans crainte le principe d'après lequel, en fait de meubles, la possession vaut titre, et décider, en conséquence, que le donataire des meubles a été propriétaire incommutable du moment de la donation, et par suite, que tous les risques, depuis cette époque, ont dû être pour son compte.

Mais la disposition de l'article 922 s'appliqueroit-elle aux donations de choses fongibles, si, par exemple, il avoit été donné cent setiers de bled à une époque où le bled valoit vingt-six francs le setier, et qu'il en valût quarante au moment du décès, la donation seroit-elle comptée pour deux mille quatre cents francs, ou pour quatre mille francs? Je pense qu'elle doit être comptée pour deux mille quatre cents francs; et cela d'après le principe qui nous a guidés jusqu'à présent. Lorsqu'il s'agit d'une chose non fongible, on peut supposer que, si elle n'eût pas été donnée, elle seroit restée dans les mains du donateur, et qu'elle s'y seroit trouvée en conséquence au moment du décès pour la valeur qu'elle avoit alors : or, on ne peut faire cette fiction à l'égard d'une chose fongible, nécessairement destinée à être consommée ou vendue, et qu'on ne peut supposer avoir dû rester dans la main du donateur.

(7) *Aux plus anciennes.* Remarquez qu'ici la réduction ne se fait pas au marc le franc, comme sur les legs, et ce, pour deux raisons : la première, parce que ce sont réellement les dernières donations qui ont entamé la légitime; et la seconde, parce que ce seroit fournir au donateur un moyen de révoquer les premières donations, en en faisant de postérieures; ce qui est contraire au système d'irrévocabilité, établi à l'égard des donations entre-vifs, comme nous le verrons dans le chapitre suivant. On ne peut en dire autant des legs, qui ont tous la même date, celle du décès, et qui doivent en conséquence contribuer proportionnellement.

Les biens donnés par le père pour la formation d'un majorat, seroient-ils sujets à la réduction? Oui. (Art. 40 du décret du 1^er^. mars 1808, *Bulletin*, n°. 3207.) Mais je pense que, dans ce cas, la constitution du majorat doit être regardée comme une donation entre-vifs, et qu'elle ne doit être réduite qu'à son rang d'ancienneté.

Il paroît, au surplus, d'après le texte dudit article, que la réduction ne pour-

BIU Cujas

roit porter sur les biens qui auroient été donnés par le Roi, pour la dotation du titre.

PAGE 65.

(1) *Pour le second cas.* Remarquez que, relativement à l'action en retranchement, l'on doit assimiler entièrement aux donations entre-vifs, proprement dites, les institutions contractuelles, les donations de biens à venir par contrat de mariage; en un mot, toutes les dispositions faites par actes irrévocables. Ainsi, 1°. elles ne peuvent être attaquées, qu'après que toutes les dispositions testamentaires sont épuisées; 2°. on doit suivre à leur égard l'ordre d'ancienneté.

Quid, s'il y avoit donation de biens à venir, et donation de biens présens postérieure? La raison de douter est que cette dernière saisit le donataire des biens qui en sont l'objet : la première, au contraire, ne lui donne que le droit de réclamer les biens qui existeront au jour du décès. Il sembleroit donc que la donation de biens présens, quoique postérieure, dût être préférée. Mais la raison de décider est, qu'aux termes de l'article 1083, la donation de biens à venir peut être entamée, à la vérité, par des dispositions à titre onéreux, mais nullement par des dispositions à titre gratuit, à moins qu'elles ne soient modiques, à titre de récompense ou autrement. Si donc la donation postérieure ne peut être rangée dans cette dernière classe, elle n'a pu être faite au préjudice de la première; et celle-ci doit, en conséquence, lui être préférée.

Quant aux donations entre-vifs, mais révocables, comme celles qui sont faites entre époux pendant le mariage, je pense qu'il faut appliquer ce qui est dit ci-dessus note (6) de la page 62, *in fine*, et décider 1°. que, si elle se trouvent en concurrence avec d'autres donations irrévocables, celles-ci doivent être préférées, sans nul doute, si elles sont antérieures; 2°. qu'il en doit être de même, quand elles seroient postérieures, à moins qu'il ne résulte des circonstances la preuve qu'en faisant ces donations, l'époux n'a pas entendu révoquer celle qu'il avoit faite précédemment à son conjoint; 3°. qu'il faut suivre l'inverse, si la donation faite à l'époux concourt avec des dispositions testamentaires. Si celles-ci sont antérieures, la donation doit être préférée : *secùs*, si elles sont postérieures, et sauf la présomption établie pour le cas précédent. Il est de principe en effet que de deux dispositions également révocables, *posterior derogat priori.*

(2) *Qui doivent composer sa réserve.* Et ce qui le prouve, c'est qu'il a les fruits, du jour du décès.

(3) *Au complément de la réserve. Quid*, si la dernière donation est d'argent comptant, mais que le donataire soit insolvable, la perte sera-t-elle pour le légitimaire? Je ne le pense pas. Les autres donataires seront donc subsi-

BIU Cujas

diairement tenus; mais aussi les biens donnés à l'insolvable ne seront pas comptés pour le calcul de la légitime. Cela est fondé sur ce qu'en général le donataire est censé tenir la place du donateur, et le représenter. Si le donateur eût dissipé les biens, ils n'existeroient pas dans sa succession; ils ne seroient donc pas comptés, et la légitime se prendroit sur les donations précédentes, qui seroient alors les dernières.

Lebrun est d'un autre avis (*des Success.*, Liv. II, chapitre 3, sect. 8, n°. 25), il prétend que l'on doit compter les biens donnés à l'insolvable, et que la légitime, calculée en conséquence, doit être prise en entier sur les donataires antérieurs, sauf leur recours contre le donataire insolvable. Mais cet auteur n'a pas pris garde qu'il falloit bien distinguer le cas où la donation consiste en immeubles, et celui où elle est composée uniquement d'effets mobiliers ou d'argent comptant. Dans le premier cas, ce sont réellement les objets donnés que l'on réunit à la masse des biens extans, puisqu'en cas de besoin le légitimaire auroit même l'action réelle contre les tiers détenteurs; mais quand la donation est d'argent comptant, la succession, ou les légitimaires qui la représentent, n'ayant, dans tous les cas, qu'une action personnelle contre le donataire, c'est cette action seule que l'on peut réunir aux biens extans; donc, quand cette action est nulle par l'insolvabilité du débiteur, on n'a rien à réunir; et la légitime ne doit être calculée, qu'abstraction faite des biens donnés à l'insolvable.

Mais *quid*, si c'est le premier donataire qui est insolvable, faudra-t-il faire entrer dans la masse la donation qui lui a été faite, et calculer en conséquence la réduction à faire éprouver au second donataire? Je pense qu'oui: la raison de différence avec le cas précédent, c'est qu'ici la remise de la première donation à la masse, n'est que fictive, et uniquement pour établir le montant de la réserve. Comme nous supposons que cette première donation n'est pas dans le cas d'être réduite, la succession n'a pas d'action contre le premier donataire. L'on ne peut donc appliquer le raisonnement contenu dans l'alinéa précédent, et l'insolvabilité de ce premier donataire est une chose absolument indifférente. Au contraire, dans le cas d'insolvabilité du donataire sujet à réduction, c'est comme si la succession étoit propriétaire d'une créance contre lui; comme si, en un mot, au lieu d'être donataire, il étoit débiteur: or, les créances ne doivent être comptées dans la masse que par ce qu'elles valent réellement.

(4) *Créées par ce dernier. Secùs*, de celles qui auroient été créées par le donateur, et qui pourroient subsister encore. Il est évident qu'elles ne sont point annullées.

Au surplus, la disposition qui annulle les hypothèques créées par le donataire, et même subsidiairement les aliénations faites par lui, est fondée sur ce que toute donation est censée faite sous la condition de fournir, s'il est nécessaire, la légitime aux enfans du donateur. Or, cette condition affecte les biens

BIU Cujas

dans quelques mains qu'ils passent. Le donataire n'a pu donner plus de droit qu'il n'en avoit lui-même.

PAGE 66.

(1) *Sur les objets restés dans la main du donataire.* Cette disposition est prise de la loi 3, §. 3. ff. *ad Senat. Trebell.* Elle est d'ailleurs conforme à l'esprit général du Code qui favorise, autant que possible, la circulation des biens.

(2) *Suivant l'ordre de date des aliénations.* Parce que ce sont les dernières aliénations qui ont empêché qu'il ne restât dans les mains du donataire de quoi compléter la réserve.

(3) *Des biens dudit donataire.* Par quel temps l'action en réduction peut-elle être prescrite? Par trente ans, même à l'égard des tiers-détenteurs. Il ne s'agit point ici de prescrire la propriété, mais d'éteindre l'action révocatoire qui appartient aux légitimaires. (Argument tiré de l'article 966, et voir ci-après, la note (2) de la page 78.) Ces trente ans courent du jour du décès, et sans préjudice des interruptions et suspensions de droit; c'est-à-dire, que si les légitimaires sont mineurs, les trente ans ne courront que du jour de leur majorité, etc.

De ce que le légitimaire est obligé de se contenter de la valeur de sa légitime, ou du complément en argent, quand les biens ne sont plus dans la main du donataire, il me semble que l'on peut en conclure qu'en cas d'aliénation des mêmes biens par ceux qui les ont acquis du donataire, et si celui-ci se trouve insolvable, les premiers acquéreurs peuvent empêcher l'éviction des seconds, en offrant le complément de la légitime en numéraire. Il y a absolument même raison de décider.

(4) *De ce qui excède la portion disponible.* Et ce, quand même le donataire ignoreroit le décès de celui sur les biens duquel la légitime est due. C'est une exception au principe d'après lequel le possesseur de bonne foi gagne les fruits. Comme il falloit concilier ce principe avec celui d'après lequel le légitimaire est saisi du moment du décès, l'on a dû faire céder l'intérêt du donataire à celui du légitimaire, qui est bien plus sacré, d'autant plus qu'il n'en peut résulter que la restitution d'une année de fruits, au plus, puisque, si la demande n'est formée qu'après l'année, les fruits ne sont dus que du jour de la demande.

(5) *Du jour de la demande.* Lorsque la demande en réduction n'a pas été formée dans l'année, le donataire a dû croire que le légitimaire avoit trouvé, soit dans la succession, soit ailleurs, de quoi compléter sa légitime. Alors le principe qui fait gagner les fruits au possesseur de bonne foi, reprend toute sa force et son application.

Quid, si les biens ont été aliénés, et que la demande en réduction soit for-

BIU Cujas

mée contre le tiers-détenteur, de quand devra-t-il les fruits? La question auroit pu présenter beaucoup plus d'intérêt anciennement, que l'on ne connoissoit pas la distinction établie par le Code, entre le cas où la demande a été formée dans l'année, et celui où elle a été formée après l'année. Maintenant que cette distinction est admise, la question n'est pas, à beaucoup près, aussi importante. Quelques auteurs pensent que, dans l'espèce proposée, le tiers ne doit les fruits que du jour de la demande, même quand elle a été formée dans l'année du décès, sauf le recours du légitimaire contre le donataire lui-même, pour les fruits échus depuis le décès jusqu'au jour de la demande. Il me semble que cette opinion ne peut se concilier avec le principe qui veut que l'action en réduction, même contre les tiers, ne se prescrive que par trente ans. En effet, cette décision est fondée sur ce que la donation est censée faite sous une condition résolutoire, et que cette condition suit les biens, dans quelques mains qu'ils passent, sans distinction. Lors donc que la condition arrive, elle doit avoir le même effet, quelle que soit la personne qui détienne l'objet. Les fruits doivent donc être restitués par le tiers-détenteur, comme ils le seroient par le donataire.

Quid, si, par l'effet de la réduction, la donation se trouve annullée seulement pour partie? Alors il y a lieu à partage entre le donataire et le légitimaire, d'après les règles établies pour les partages ordinaires, ainsi qu'à l'action en garantie entr'eux. Masi il faut remarquer, à l'égard de la garantie, qu'elle ne doit point être exercée pour la valeur totale de l'objet évincé; car, puisque la chose a été évincée, il est évident qu'elle ne faisoit point partie de la succession, et que, par conséquent, la légitime a été calculée trop haut. Il doit donc être fait, sur la valeur de l'objet évincé, déduction d'une partie proportionnée à la part héréditaire du légitimaire. Si, par exemple, le légitimaire est un fils unique, ayant, par conséquent, droit à une réserve de moitié des biens, et qu'il soit évincé d'un objet d'une valeur de quatre mille francs, il ne pourra réclamer que deux mille francs : car, dès qu'il y a eu éviction, c'est que l'objet n'appartenoit pas au défunt; il n'a donc pas dû être compris dans la masse des biens ni entrer dans le calcul de la légitime. La masse devoit donc être moindre de quatre mille francs; et, par la même raison, la réserve devoit être moindre de deux mille francs, dont le légitimaire doit tenir compte; mais comme, d'un autre côté, il a éprouvé une perte de quatre mille francs, il suit qu'il peut réclamer seulement du donataire une somme de deux mille francs.

La même chose doit avoir lieu à l'égard du donataire évincé, contre le légitimaire.

(6) *En toute propriété.* Il est de principe que la légitime ne peut être grevée d'aucune charge. De là on concluoit anciennement que, si le défunt avoit disposé de l'usufruit d'une portion excédant le disponible, la disposition devoit être réduite à l'usufruit du disponible. La légitime, disoit-on, doit être franche de toute charge : d'un autre côté, ajoutoit-on, on ne peut suppléer à la volonté

BIU Cujas

du donateur, qui n'a voulu laisser qu'un usufruit. Le don doit donc être réduit à l'usufruit du disponible. On disoit du donateur : *non fecit quod potuit*, il pouvoit laisser le disponible en propriété, il ne l'a pas fait : *fecit quod non potuit ;* il ne pouvoit grever la légitime, il l'a grevée. La disposition de notre article est plus conforme à l'équité ; car il est certain qu'il peut arriver que le légitimaire soit amplement récompensé, par la nue propriété du disponible, de la perte qu'il éprouve de tout ou partie de l'usufruit de l'indisponible. D'ailleurs, c'est au légitimaire seul à juger s'il est lésé, et s'il doit profiter du choix qui lui est donné par l'article 917.

Quid, s'ils sont plusieurs légitimaires, et qu'ils ne soient pas d'accord ? Je pense que chacun pourra prendre, pour sa part, le parti qui lui conviendra le mieux.

L'article 917 a pour but d'éviter les difficultés que présente l'évaluation d'une rente viagère ou d'un usufruit. Mais il faut remarquer que cet article ne reçoit son application entière, que lorsque la donation de la rente ou de l'usufruit est unique ; mais lorsqu'il y en a d'autres, il faut, à mon avis, distinguer.

Si la donation en usufruit est la dernière, alors l'article peut être facilement appliqué. En effet, ou les donations antérieures sont égales à la portion disponible, ou elles l'excèdent, ou elles lui sont inférieures. Si elles l'égalent ou l'excèdent, point de difficulté : la donation en usufruit est totalement annullée. Si elles sont inférieures à la portion disponible, alors les légitimaires auront le choix, ou d'exécuter la disposition en usufruit, ou d'abandonner en propriété le restant de la portion disponible.

Mais si la donation en viager ou en usufruit n'est pas la dernière, et que les donations antérieures n'absorbent pas la quotité disponible, alors il faudra bien recourir à une évaluation pour déterminer le sort des donataires postérieurs. En effet, soit une donation de cinq mille francs en propriété, une deuxième de huit cents francs de rente viagère, et une troisième de deux mille francs en propriété. Le défunt laisse deux enfans, et une succession de vingt-six mille francs. En réunissant les biens donnés en propriété aux biens extans, il en résulte une masse de trente-trois mille francs, dont le tiers disponible est de onze mille francs. Il est donc certain que la première donation ne peut être attaquée. Mais pour savoir si la seconde ou la troisième peuvent l'être, il faudra bien évaluer la seconde. Cependant il y auroit peut-être encore un moyen d'éviter l'évaluation ; ce seroit de faire l'abandon au troisième donataire, des quatre mille francs, faisant avec les deux mille francs qui lui ont été donnés, le restant du disponible, déduction faite du montant de la première donation, à la charge par lui de servir la rente viagère pendant la vie du rentier ; s'il refusoit, alors il avoueroit par là que la rente viagère de huit cents francs excède ce restant, et que, par conséquent, la donation qui lui a été faite, doit être

BIU Cujas

annullée. Il seroit donc tenu de remettre à la succession les deux mille francs qui lui ont été donnés; et le légitimaire auroit, conformément à l'article 917, l'option, ou de servir la rente, ou d'abandonner les six mille francs au rentier.

Enfin, si la donation en usufruit, ou en viager, a été faite par testament, conjointement avec d'autres dispositions en propriété, il faudra bien évaluer la première, pour savoir d'abord si le tout excède la portion disponible, et, dans le cas de l'affirmative, quel est le montant de l'excédant. Je sais bien que, s'il n'y a pas de legs de corps certains, le légitimaire a la faculté d'abandonner aux légataires, en masse, la totalité du disponible, sauf à eux à s'arranger comme ils le jugeront convenable; mais, entr'eux la difficulté subsistera toujours, et il faudra bien, en dernière analyse, recourir à l'évaluation de la rente ou de l'usufruit.

(7) *Tout ce qu'il tient.* Nous avons déjà établi que l'on doit suivre, pour l'imputation, les mêmes règles que pour le rapport, c'est-à-dire, que le légitimaire est tenu d'imputer sur sa légitime tout ce qu'il seroit obligé de rapporter, s'il venoit à partager avec d'autres cohéritiers. (*Voyez* la note (2) de la page 40.)

(8) *Autrement qu'à titre de préciput ou hors part.* Nous avons vu en effet, (ci-dessus, notes (2) et (3) de la page 39), que les donations faites à un légitimaire, à titre de préciput ou hors part, devoient être imputées, d'abord sur la portion disponible, et le surplus seulement sur la légitime; mais il faut pour cela que le disponible ne soit pas épuisé par des donations antérieures; car le donateur n'a pu faire l'imputation sur une quotité qui n'existoit plus. La donation seroit donc, dans ce cas, imputée sur la légitime. (*Voyez* la note suiv.)

(9) *Des autres légitimaires.* Autrement, il se trouveroit plus avantagé que ses co-légitimaires.

Au surplus, dans cet art. 924, le Législateur a voulu établir trois choses:

La première, que, s'il faut être héritier pour demander la réserve par voie d'action, on n'a pas besoin de l'être pour la retenir par voie d'exception. Cela s'infère de ces mots, *qui lui appartiendroit comme héritier.* L'article ne dit pas: *qui lui appartient comme héritier*, mais *qui lui appartiendroit.* Ce conditionnel prouve que la chose n'existe pas: c'est comme s'il y avoit, *qui lui appartiendroit, s'il étoit héritier.* Donc il ne l'est pas. C'étoit aussi l'avis des anciens auteurs. (Voir Ricard, *des Donations*, part. 3, chap. 8, sect. 5, n^os^. 978 et 979.) Le droit Romain étoit également conforme à cette doctrine. (Voir la Novelle 92.) Cependant il a été jugé dans un sens contraire par la Cour de Bordeaux, qui, par son arrêt du 30 janvier 1816, a décidé que l'enfant donataire, renonçant à la succession, ne pouvoit retenir que le disponible, et étoit privé de toute part dans la réserve. On s'est pourvu contre cet arrêt; le pourvoi a été rejeté le 18 février 1818 (*Bulletin*, n°. 16); et l'arrêt de rejet contient même à cet égard, de très-nombreux considérant (il y en a vingt-cinq), qui

BIU Cujas

se bornent, en résumé, à dire que la doctrine contraire à celle de l'arrêt de Bordeaux existoit à la vérité dans l'ancien droit, mais qu'elle ne peut se concilier avec le système général du Code actuel. Mais comme la Cour de Bordeaux et celle de Cassation n'ont apporté aucune autorité pour justifier cette dernière assertion; que toutes celles qu'elles ont alléguées prouvent qu'il faut être héritier pour demander la réserve, ce dont nous sommes parfaitement d'accord avec elles; qu'elles n'ont répondu en aucune manière à l'argument péremptoire tiré de ces mots de l'art. 924, *qui lui appartiendroit comme héritier*; que, d'après tous les grammairiens, ce mot, *appartiendroit*, désigne le conditionnel présent, c'est-à-dire, un temps qui indique qu'une chose, QUI N'EST PAS, seroit si telle autre chose existoit; que ces mots, *qui lui appartiendroit comme héritier*, signifient donc et ne peuvent signifier autre chose, sinon, *qui lui appartiendroit, s'il étoit héritier*; ce qui suppose évidemment que, dans l'espèce de l'article, le successible donataire n'est pas héritier; et que cependant l'article lui donne le droit de retirer sa part dans les biens non disponibles, ou, ce qui est la même chose, dans la réserve: j'avoue que ces deux arrêts n'ont pu me faire changer d'opinion sur la question proposée; et que je n'en persiste pas moins à soutenir la doctrine énoncée précédemment, qu'il faut être héritier pour réclamer la réserve ou la légitime par voie d'action; mais qu'il n'est pas nécessaire de l'être pour la retenir par voie d'exception: qu'il est beaucoup d'autres cas dans lesquels l'exception est accordée à celui qui n'auroit pas l'action (art. 1235, 1304, 1965, 1967, etc.); que d'ailleurs, et en général, dans toutes les matières de l'ancien droit, qui se trouvent réglées par le Code, l'on doit présumer, à moins que le contraire ne soit évidemment prouvé, que les rédacteurs du Code ont entendu les dispositions des nouvelles lois dans le sens des anciennes; parce qu'ayant l'ancien droit sous les yeux, ils n'auroient pas manqué, s'ils eussent voulu l'abroger, d'en manifester l'intention formelle, comme ils l'ont fait en plusieurs circonstances; que dans les nombreux motifs de l'arrêt de la Cour de Cassation, il n'existe aucune preuve quelconque de cette intention des rédacteurs, et, en conséquence, rien qui puisse me déterminer à changer d'opinion sur ce point.

Le second principe établi dans l'article 924, c'est que le légitimaire, qui est, en même temps, donataire et renonçant, peut retenir d'abord sa part dans la réserve, et que le surplus, s'il y en a, doit être imputé sur le disponible, ainsi que nous l'avons établi sur l'article 845. Si la portion disponible est épuisée par les donations antérieures, alors il ne peut retenir que sa part dans la réserve.

Troisièmement, enfin, le Législateur a voulu, dans cet art. 924, prévenir l'inconvénient qui auroit lieu, si on réduisoit la donation faite au légitimaire, pour l'obliger à recourir ensuite contre les donataires précédens, pour sa part dans la réserve. Il étoit beaucoup plus simple de le laisser jouir tranquille-

BIU Cujas

ment, sauf aux légitimaires qui n'ont pas la réserve complète, à attaquer les donataires antérieurs.

Quid, si la donation antérieure est d'argent comptant, ou d'effets mobiliers, et que le donataire soit insolvable? Appliquez ce que nous avons dit dans la note (3) de la page précédente. L'on ne comptera pas le montant de la donation; et l'action en retranchement sera donnée contre le donataire antérieur à l'insolvable, s'il en existe, sinon contre le légitimaire lui-même.

Quid, si la donation faite au légitimaire ne suffit pas pour compléter sa part dans la légitime? Il faut distinguer. S'il a renoncé à la succession, il ne peut rien réclamer au delà de ce qu'il a reçu, d'après le principe établi ci-dessus, note (6) de la page 63. Mais s'il n'a pas encore pris qualité, il devra accepter la succession. Comme acceptant, ou il rapportera ce qui lui a été donné, et réclamera la totalité de la légitime; ou il imputera, et réclamera seulement l'excédant.

Page 67.

(1) *Un acte solennel.* Pour bien comprendre ce que c'est qu'un acte solennel, il est nécessaire de faire connoître une distinction que les lois établissent en général entre les formalités établies seulement *probationis*, et celles qui sont établies *solemnitatis causâ*. Une formalité est établie *probationis causâ*, quand elle n'a d'autre but, d'autre motif, que de prouver l'existence du fait. Elle est établie *solemnitatis causâ*, quand elle n'est pas exigée seulement pour la preuve du fait, mais parce que le Législateur, à raison de l'importance de l'acte, a voulu l'entourer d'une plus grande solennité, soit pour en rendre la supposition ou la suppression plus difficile, soit pour toute autre raison. Il y a, entre ces deux espèces de formalités, cette différence essentielle, que celles qui sont exigées *probationis causâ*, peuvent être suppléées, pourvu que la preuve qui résulte de l'acte supplétif, soit aussi complète que celle qui résulteroit de la formalité même. Ainsi, il est évident qu'un acte sous seing-privé, pouvant être facilement mis à une date différente de celle où il a été réellement passé, ne peut faire foi de sa date contre ceux qui n'y ont pas été parties. L'acte authentique, au contraire, fait foi de sa date à l'égard de tous; mais lorsque l'authenticité n'est exigée que pour prouver la date, *probationis causâ*, elle peut être suppléée par tout acte, ou tout fait, tel, qu'il ne laisse aucun doute sur la validité de la date. Si, par exemple, l'acte sous seing-privé a été enregistré, s'il a été relaté dans un acte authentique, si un de ceux qui l'ont signé, est mort; comme il est constant que cet acte existoit au moment de l'enregistrement, de la mention, ou du décès du signataire, il aura, même à l'égard des tiers, la date de l'une de ces trois époques. (Art. 1328.)

BIU Cujas

Mais quand la formalité est de solennité, comme ce n'est pas seulement la preuve de l'existence de l'acte que le Législateur a eu en vue, alors l'acte auquel il manqueroit une seule des formalités requises, n'en seroit pas moins nul, quand même il n'y auroit d'ailleurs aucun doute sur sa sincérité. Ainsi la loi veut, non-seulement que le testament soit écrit par le notaire même, mais encore que le notaire déclare qu'il l'a écrit. En conséquence, quand même la minute du testament seroit représentée, quand même ceux qui ont intérêt de l'attaquer, avoueroient qu'elle est réellement écrite par le notaire; néanmoins, si la déclaration exigée ne s'y trouve pas expressément portée, le juge ne peut se dispenser d'en prononcer la nullité. De même, dans les actes ordinaires, il n'est pas nécessaire que le consentement des parties soit exprès; il peut résulter de certains faits qui le font présumer, tels que leur présence à l'acte, leur signature, etc. Rien de tout cela ne suffiroit pour la donation: il faut que l'acceptation du donataire soit expresse; sinon l'acte est nul, comme nous allons le voir, etc.

Dans le présent Titre, toutes les formalités des donations entre-vifs et des testamens sont de solennité. En conséquence, elle ne peuvent être suppléées par aucune autre, et l'omission d'une seule entraîneroit la nullité du tout. Voilà pourquoi nous avons défini la donation, *un acte solennel.*

Ces dispositions sont de toute sagesse à l'égard des testamens. Ce n'est pas au théâtre seulement qu'on a vu des testamens, faits à l'insu, et même après la mort du prétendu testateur. L'on a donc dû les entourer de toutes les solennités susceptibles de garantir à la société, qu'ils renferment l'expression vraie et sincère de la volonté du disposant. La même raison n'existe pas pour les donations entre-vifs. Dans l'ancien droit, il y en avoit une particulière, c'est que la disponibilité par testament étoit bien moins étendue que par donation entre-vifs. Par testament, en pays coutumier, on ne pouvoit donner, en général, que les biens acquis, et une partie des propres, c'est-à-dire, des immeubles recueillis par succession. On pouvoit donner entre-vifs, même la totalité des propres. Il n'étoit donc pas étonnant que le Législateur eût cherché à entraver, d'un autre côté, une disposition qui pouvoit s'exercer avec autant de latitude. Dans le droit actuel, la disponibilité n'est pas plus étendue entre-vifs que par testament. Cependant les formalités sont absolument les mêmes que celles qui étoient exigées par l'Ordonnance de 1731. Pour justifier cette disposition, il faut d'abord observer que, dans notre droit, bien contraire en cela au droit Romain, les dispositions à titre gratuit ne sont pas en général favorisées. Il faut, en deuxième lieu, rappeler ici, pour ce qui concerne les donations entre-vifs, un principe général déjà établi par Ricard, *des Donations*, part. 1re., nº. 846; consacré d'ailleurs dans le discours de l'Orateur du Gouvernement et par une disposition même du Code, principe dont l'application pourra servir à résoudre plusieurs questions qui peuvent s'élever sur cette matière, et sans lequel il

BIU Cujas

seroit impossible de donner une raison, même probable, de la plupart des formalités exigées par le Code pour les donations entre-vifs.

Ce principe est, que l'acte de donation doit être dans une forme telle, qu'il ne soit pas plus au pouvoir du donataire que du donateur, d'anéantir la donation; qu'elle soit, en un mot, irrévocable, tant d'une part que de l'autre. « Il est de la nature des donations entre-vifs, dit RICARD, *loco citato*, « qu'elles soient fixes, permanentes et irrévocables, tant de la part du dona- « taire que du donateur. »

« Il ne doit être au pouvoir de l'une ni de l'autre des parties, dit l'Orateur « du Gouvernement, d'anéantir la donation, en supprimant l'acte qui en con- « tient la preuve. » C'est bien là le principe de RICARD.

Ajoutez qu'il est de l'essence des actes dits *solennels*, d'être nuls ou valables *ab initio*. *Omnis actus legitimus*, dit CUJAS, sur la loi 77, ff. *de Regulis juris*, *momento temporis perficitur*. Et ce principe est consacré, pour les donations, par l'article 1339 du Code, portant que le donateur ne peut réparer, par aucun acte confirmatif, les vices de forme qui peuvent se trouver dans une donation entre-vifs.

A l'aide de ces principes, tout s'explique. Au contraire, en ne les admettant pas, il est impossible, comme nous l'avons dit, de rendre raison d'une infinité de dispositions de la loi. En effet, pourquoi la loi, qui permet de faire un acte de vente, quelqu'important qu'il soit, sous seing-privé, ne permet-elle pas de faire une donation de la même manière? Dira-t-on que la présence de l'officier public garantit davantage la liberté du donateur? Mais alors, pourquoi exige-t-on également que la procuration du donataire soit passée devant notaires? Et en outre, pourquoi exige-t-on que tous ces actes soient avec minute? Pourquoi l'acceptation ne se présume-t-elle pas? Pourquoi faut-il qu'elle soit expresse? Pourquoi, si elle est faite par acte séparé, cet acte doit-il être également passé devant notaires et avec minute? Pourquoi une procuration générale du donataire n'est-elle pas suffisante? Je le répète, je ne vois aucune raison valable à donner de toutes ces dispositions. Admettons le principe de RICARD, et tout s'explique parfaitement. Si la donation étoit en brevet, il seroit au pouvoir des parties d'en supprimer l'acte. Si la procuration du donataire étoit en brevet, elle pourroit être également supprimée, et la donation seroit nulle par défaut d'acceptation. Si elle n'étoit pas spéciale, ou générale à l'effet d'accepter toutes donations, le donataire pourroit désavouer le mandataire. Si l'acceptation n'étoit pas expresse, le donataire pourroit la contester, etc., etc.

Nous aurons encore occasion de faire, par la suite, l'application de ce même principe à des questions importantes.

(2) *Dans la forme ordinaire des contrats.* (*Voyez* la sect. II du Titre Ier. de la Loi sur l'organisation du Notariat, du 25 ventose an 11.)

Deux personnes pourroient-elles se faire une donation mutuelle par le même

BIU Cujas

acte ? L'affirmative n'est pas douteuse. Argument tiré de l'article 968, qui défend seulement les testamens faits de cette manière, et de l'article 1097, qui prohibe ces sortes de donations, seulement entre époux : donc elles sont valables entre toutes autres personnes.

(3) *A peine de nullité*, absolue, laquelle peut être invoquée par le donateur lui-même, et qui ne peut, comme nous l'avons dit, être couverte par aucune confirmation ou ratification de sa part, ni même par l'exécution volontaire qu'il auroit pu faire de la donation. L'exécution ne peut être regardée que comme un acte confirmatif ; et l'article 1339 décide formellement que le donateur ne peut réparer, par aucun acte confirmatif, les vices d'une donation nulle en la forme. *Nec obstat* ce qui est dit ci-après, que les donations de meubles, accompagnées de la tradition réelle, n'ont pas besoin d'acte. La raison de différence résulte de ce qu'*en fait de meubles, la possession vaut titre*. (Art. 2279.) En conséquence, le possesseur d'un meuble n'a pas besoin de justifier d'un titre pour prouver qu'il est propriétaire. Au contraire, le même principe ne s'appliquant pas aux immeubles, il s'ensuit que, si le donateur revendique l'immeuble, et justifie qu'il en étoit propriétaire, le donataire, pour justifier sa propriété actuelle, devra représenter l'acte de donation. Or, cet acte étant supposé nul, ne peut servir de base à une exception.

La nullité de l'acte de donation empêcheroit-elle la prescription, dans la personne du donataire, si le donateur n'étoit pas propriétaire de l'objet donné ? Oui, quant à celle de dix ou vingt ans (art. 2267) ; mais non quant à celle de trente ans, pour laquelle on n'a pas besoin de titre. Nous verrons la raison de cette différence, au Titre *de la Prescription*.

Remarquez, au surplus, que l'article ne dit pas : *Toute donation doit être faite par acte devant notaires*, etc. ; mais *tout acte de donation sera passé devant notaires*. D'où je conclus, que si la donation peut avoir lieu sans acte, l'article 931 ne doit point être appliqué ; *putà*, s'il s'agit d'une donation d'argent comptant, ou d'effets mobiliers, accompagnée de la tradition réelle. *En fait de meubles, la possession vaut titre*, dit l'article 2279. *Secùs*, si l'objet donné étoit un immeuble, ou des objets mobiliers qui seroient restés en la possession du donateur. Dans le premier cas, il faut un acte pour prouver la translation de la propriété. Dans le second, il en faut un pour mettre le donataire à portée de se faire délivrer les objets à l'époque convenue par la donation. Dans ces deux cas donc, et dans tous ceux où il aura été nécessaire de passer un acte, l'on devra se conformer rigoureusement aux dispositions des articles 931 et suivans. Cette distinction étoit également admise dans l'ancien droit. (Ricard, *des Donations*, partie 1re., nº. 890 et suivans.) Et c'est d'après ces principes, qu'il a été jugé à Besançon, le 23 septembre 1812, et en Cassation, le 12 décembre 1815, que la remise d'effets de commerce, endossés en blanc,

BIU Cujas

à un notaire, pour être par lui délivrés à des personnes désignées, renfermoit une donation valable. (SIREY, 1816; 1re. partie, pag. 322.)

Il a été également, jugé à Paris, le 6 mai 1815, que la donation d'un effet de commerce étoit valablement faite, par l'endossement causé *pour don*. (SIREY, 1816; 2e. partie, pag. 67.)

(4) *D'effets mobiliers*, corporels. Il est évident que cela ne peut s'appliquer aux donations de rentes ou créances qui portent avec elles leur estimation.

Quid, si la donation est d'effets mobiliers par leur nature, mais censés immeubles par destination? D'abord, s'ils sont donnés séparément de l'immeuble, alors ils sont donnés comme meubles; et, s'il n'y a pas eu de tradition réelle, il n'est pas douteux que l'état estimatif ne soit nécessaire, à peine de nullité. Il n'y a pas la même raison, s'ils ont été donnés avec l'immeuble. Mais, cependant, je pense que, dans le même cas de non-tradition réelle, l'état doit être exigé: autrement il dépendroit du donateur de soustraire ces objets, et par conséquent, d'anéantir, quant à ce, la donation; ce qui est entièrement contraire aux principes de la matière.

(5) *Et qu'il en ait été passé acte*. L'acte est nécessaire, comme nous l'avons dit, lorsque la donation n'est pas accompagnée d'une tradition réelle; par exemple, si elle est faite à terme, ou sous condition; si le donateur se réserve l'usufruit des effets donnés.

(6) *Un état estimatif*. Cet état est nécessaire, afin que la valeur des objets donnés se trouve fixée au moment même de la donation, de manière qu'il ne soit pas au pouvoir du donateur d'en atténuer l'effet.

On oppose à cette disposition l'article 868, qui suppose qu'une donation d'effets mobiliers peut avoir lieu sans état estimatif. Mais d'abord il est évident qu'une pareille donation a pu exister de fait; qu'en la supposant même nulle *ab initio*, le donateur a pu n'en pas demander la nullité, et qu'il falloit bien déterminer comment le rapport devoit en être effectué. En deuxième lieu, l'article 868 ne peut-il pas être entendu du cas où la donation avoit été accompagnée de la tradition réelle, et où, conséquemment, il étoit inutile d'en passer acte?

Quid, dans cette espèce? Une personne malade dépose entre les mains d'un tiers une somme d'argent, ou un effet mobilier, avec ordre de le lui remettre, si elle revient en santé, ou si elle le lui redemande avant sa mort, ou, dans le cas contraire, de le retenir à son profit. Cette disposition est-elle valable? Je pense qu'oui, non pas comme donation entre-vifs, car il n'y a pas dessaisissement de la part du donateur, mais comme disposition à cause de mort. (C'est le sentiment de BLACKSTONE, *Commentaire sur les Lois Anglaises*, tome 3, *in fine*, chap. 32.) Le donataire sera donc sujet à l'action des créanciers. *Sic* jugé *in terminis* par un arrêt du Parlement de Paris, du 15 décembre 1664, rapporté au Journal des Audiences, et cité par RICARD,

BIU Cujas

des Donations, partie 1re., nº. 1498, *in fine*. Mais, dira-t-on, cette donation n'est pas revêtue des formes testamentaires. Cela est vrai : mais de même que l'on doit décider que la donation entre-vifs d'un objet mobilier est valable sans acte, et par conséquent sans aucune espèce de formalité, quand il y a tradition réelle ; de même, dans l'espèce, la disposition doit valoir par la même raison. Il faut un acte pour fonder l'action du donataire ou du légataire. Ici, le dépositaire n'a point d'action à intenter, puisqu'il détient la chose. Il n'a donc pas besoin d'acte. *Voir* cependant un arrêt de la Cour de Paris, du 4 mai 1816, relatif aux manuscrits de Chenier. (Sirey, 1816; 2e. partie, pag. 195.) Mais les motifs de cet arrêt, rendu dans des circonstances particulières, ne m'ont pas paru suffisans pour me déterminer à changer d'opinion.

(7) *Signé du donateur et du donataire.* Cet acte pourroit-il être sous seing-privé? Je pense que cela est indifférent, puisqu'il doit être annexé à la minute de la donation. Mais alors il faut qu'il soit réellement signé des deux parties. Car, si l'une d'elles ne savoit ou ne pouvoit signer, il faudroit que l'acte estimatif lui-même fût notarié, ou qu'il fût incorporé dans l'acte de donation qui doit lui-même être notarié.

Nota. Il n'est pas nécessaire que cet état soit inscrit sur le répertoire du notaire, et il n'est passible à l'enregistrement, que du droit fixe d'un franc. (Décision du Ministre des Finances, énoncée en l'instruction de la Régie, du 19 octobre 1807, rapportée dans Sirey, 1813; 2e. partie, pag. 333.)

Page 68.

(1) *Ou ayant-cause*, c'est-à-dire, de tous ceux qui auroient intérêt de contester la donation.

(2) *Après son décès. Quid*, si l'acte avoit été fait avant le décès du donateur? Ce seroit un pacte sur la succession d'une personne vivante, et par conséquent nul. D'ailleurs, ces sortes de consentemens donnés par l'héritier, pendant la vie de l'auteur, à des actes qui seroient attaquables après le décès, sont toujours censés arrachés par la crainte, *ne pejus faciat*, et ne doivent être en conséquence d'aucune considération : *Consensus heredis legitimi, vel successoris ab intestato*, dit Dumoulin, sur l'article 53 de la Coutume d'Auvergne, *vivo testatore, videtur extortus, et non valet.* C'est aussi l'avis de Ricard, partie 5e., nº. 1552. *Voir* cependant ci-dessus la note (2) de la page 63.

(3) *Elle doit être expresse.* Ainsi la présence du donataire à l'acte, sa signature, tout cela, suivi même de sa mise en possession des objets donnés, ne pourroit empêcher qu'il n'y eût nullité. Il faut qu'il soit dit expressément que le donataire accepte. Cela tient, comme nous l'avons dit, au caractère de solennité que doit avoir la donation; rien ne peut donc s'y faire par équipollent.

De cette nécessité d'une acceptation expresse, l'on doit conclure que la donation entre-vifs ne peut avoir lieu directement au profit d'une personne incre-

BIU Cujas

taine. *Secùs*, des dispositions testamentaires, comme nous le verrons plus bas. Nous disons *directement*, parce que la donation entre-vifs étant susceptible de charges et de conditions, rien n'empêche que le donataire ne soit chargé par l'acte de donation, de remettre une chose ou une somme d'argent à une personne incertaine (art. 1121), pourvu toutefois qu'il n'y ait pas charge de conserver, et de rendre après un certain temps, dans le sens de l'art. 896.

(4) *Soit encore vivant.* Si le donateur étoit mort avant l'acceptation du donataire, les deux volontés ne pourroient plus concourir. Il en seroit de même, si le donateur, quoique vivant, étoit néanmoins dans l'impossibilité de manifester sa volonté; *putà*, s'il étoit mort civilement, furieux, fou, ou imbécille. Il n'y auroit pas davantage concours des deux volontés. *Nec obstat*, que l'interdit peut être représenté par son tuteur; car, le pouvoir du tuteur, même autorisé, ne va pas jusqu'à consentir une donation des biens de l'interdit, sauf le cas de l'article 511.

Par la même raison, il faut que l'acceptation soit faite du vivant du donataire. Elle ne pourroit donc être faite par ses héritiers. D'ailleurs, la donation est un acte de bienfaisance comme le legs. Or, il est de l'essence de ces sortes d'actes qu'ils soient toujours censés faits en vue des personnes expressément désignées dans l'acte, *intuitu personœ*: donc le décès du donataire emporte nécessairement changement ou révocation de volonté de la part du donateur; donc les deux volontés ne concourent plus au moment de l'acceptation: et si le donateur vouloit gratifier les héritiers du donataire, il faudroit qu'il leur fît à eux-mêmes une donation directe.

Mais *quid*, si le donataire, encore vivant, se trouvoit dans l'impossibilité de manifester sa volonté? Je pense qu'il faudroit distinguer: Si l'impossibilité étoit légale, *putà*, s'il étoit mort civilement, nul doute que la donation ne pourroit être acceptée, ni par lui, ni en son nom. Mais si l'impossibilité étoit seulement morale, *putà*, s'il étoit fou, furieux, ou imbécille, je pense que la donation pourroit être acceptée par son tuteur. (Argument tiré de l'article 935.) La raison de différence avec le cas où c'est le donateur qui se trouve dans la même position, c'est que, comme il est dit dans l'avant-dernier alinéa, le tuteur ne peut consentir la donation des biens de l'interdit, au lieu qu'il peut accepter la donation qui lui est faite. Dans le premier cas, les deux volontés ne peuvent donc pas concourir; *secùs*, dans le second.

(5) *Et qu'il en reste minute.* S'il étoit en brevet, on pourroit supprimer l'acceptation, et anéantir par là la donation. Or, remarquez que, dans ce cas la suppression de l'acte d'acceptation ne pourroit naturellement avoir lieu que de la part du donataire: donc le Code a consacré le principe que la donation doit être irrévocable, aussi bien de la part du donataire, que de la part du donateur.

Quid, si un tiers s'est porté fort pour le donataire, celui-ci pourra-t-il, en

BIU Cujas

ratifiant, valider la donation? Je pense qu'oui; mais je crois en même temps que cette ratification doit être regardée comme la véritable acceptation, et qu'il faut en conséquence, lui appliquer tout ce qui a été ou sera dit de l'acceptation, relativement au concours des deux volontés, à la notification au donateur, etc.

(6) *Devient irrévocable à son égard.* Ainsi les aliénations faites jusque-là par le donateur, ainsi que les hypothèques consenties par lui sur les biens donnés, sont valables.

Aux termes de l'Ordonnance de 1731, art. 5, l'acceptation du donataire obligeoit le donateur, à compter du moment ou elle avoit eu lieu. Notre article est plus conforme aux principes. Cette acceptation pouvant, quand elle a lieu par acte séparé, être faite par le donataire seul, sans l'intervention du donateur, ne doit avoir d'effet, à l'égard de ce dernier, que du moment où elle lui a été notifiée.

Observez que l'on pourroit se dispenser de la notification, même quand l'acceptation seroit postérieure, en faisant intervenir le donateur dans l'acte d'acceptation.

L'article dit que la donation n'a d'effet, à l'égard du donateur, que du jour où l'acte d'acceptation, fait par acte séparé, lui a été notifié. *Quid*, à l'égard du donataire, *putà*, dans l'espèce suivante?

Deux époux se marient, et stipulent une communauté universelle, mais seulement des biens qu'ils acquerront à l'avenir. Le mari accepte, après le mariage, la donation d'un immeuble qui lui avoit été faite auparavant: cet immeuble tombe-t-il dans la communauté? Oui, sans doute: la donation n'est rien à l'égard de qui que soit, tant qu'elle n'est pas acceptée. Seulement la différence qui existe, à cet égard, entre le donateur et le donataire, c'est qu'elle vaut à l'égard du dernier, du jour de l'acceptation; mais qu'à l'égard du donateur, elle n'a d'effet qu'à compter de la notification de cette même acceptation.

Quid, si le donateur vient à décéder après l'acceptation, mais avant la notification? Je penserois volontiers, que, dans l'esprit de la loi actuelle, l'acceptation, non notifiée, est à l'égard du donateur, comme si elle n'existoit pas; et que, comme l'acceptation ne pourroit avoir lieu après la mort du donateur, de même, la notification ne pourroit être faite à la même époque. D'ailleurs, il est bien constant que, si, dans l'espèce proposée, le donateur avoit disposé des biens donnés, soit entre-vifs, soit par testament, la disposition seroit valable; donc, ces biens étoient disponibles dans sa main au moment de son décès; donc, par la même raison, ils ont dû passer à ses héritiers légitimes, à l'égard desquels la donation doit être regardée comme non-avenue.

La même décision devroit être appliquée, et d'après les mêmes principes, au cas où le donataire viendroit à mourir après l'acceptation, mais avant la notification. Jusques-là, le donataire pouvoit révoquer son acceptation.

BIU Cujas

PAGE 69.

(1) *Expédition.* Il paroît résulter de ce mot que la procuration doit être passée avec minute; cependant, si elle étoit en brevet, et qu'elle fût annexée en cet état à la minute de la donation ou de l'acceptation, le brevet deviendroit, par cela seul, minute; et il me semble que le but de la loi seroit rempli.

(2) *A une femme mariée.* Sous quelque régime que ce soit, communauté, séparation de biens, régime dotal, même quand tous les biens seroient paraphernaux; dans tous les cas, le mari a intérêt de connoître les motifs de la donation, la personne du donateur, etc.; et d'ailleurs, la puissance maritale s'oppose à ce que la femme puisse accepter une donation sans être autorisée.

(3) *En cas de refus de ce dernier*, ou, en cas d'impossibilité, de sa part, de manifester sa volonté, *putà*, s'il est absent, interdit, etc., sauf aux tribunaux à examiner, dans tous les cas, les motifs de la donation, et à n'accorder l'autorisation qu'en pleine connoissance de cause.

(4) *Avec l'assistance de son curateur.* C'est ici le lieu d'examiner une question déjà controversée dans l'ancien droit, et sur laquelle le Code ne s'est pas prononcé, au moins expressément; c'est celle de savoir si la donation faite au mineur ou à la femme, et acceptée par eux sans les autorisations requises, est valable dans leur intérêt, ou si la nullité peut en être demandée contre eux.

Il faut d'abord commencer par écarter une raison de décider, que l'on prétend tirer de l'article 1125, qui porte que la personne capable de s'engager, qui a traité avec un mineur, un interdit ou une femme mariée, ne peut leur opposer leur incapacité; d'où l'on a voulu conclure que, dans l'espèce proposée, le mineur, etc., peut demander la nullité de la donation, mais qu'elle ne peut être demandée contre lui. Nous disons que cette raison n'est pas fondée; car cette même doctrine avoit lieu anciennement. On tenoit généralement que l'incapacité du mineur étoit établie dans son intérêt seul; et cependant, les auteurs les plus profonds et les plus judicieux pensoient que la donation acceptée par le mineur seul, étoit nulle, même à son égard. Et en effet, il y a tant de points à l'égard desquels les donations diffèrent des autres conventions, qu'il est presqu'impossible de raisonner par analogie des unes aux autres.

Qui oseroit prétendre, par exemple, qu'un vendeur peut demander la nullité d'une vente, lorsque l'acquéreur a été présent à l'acte, et qu'il l'a signé, sous prétexte qu'il n'y est pas déclaré expressément que l'acquéreur a consenti à acheter?

Une vente seroit-elle nulle, si elle n'étoit pas faite par acte authentique?

Le défaut de transcription de la vente rendroit-elle valable l'aliénation postérieure faite par le vendeur, comme cela est établi à l'égard de la donation, etc., etc., etc.?

BIU Cujas

Or, à quoi tiennent ces différences, si ce n'est au principe que nous avons déjà établi dans une note précédente, que la donation est un acte solennel, qui est nul ou valable *ab initio*, qui n'a d'existence que quand toutes les solennités requises par la loi ont été observées, et qui, dans le cas contraire, est nul, entièrement, et à l'égard de tous ?

« Or, dit Ricard précisément sur la question dont il s'agit, dans les actes « pour lesquels la loi requiert une solennité exacte, elle requiert, par la même « raison, une habileté dans toutes les personnes dont le consentement est né- « cessaire.

« Néanmoins, ajoute-t-il, comme on se dispense tous les jours d'approfon- « dir les matières, par un relâchement que l'on a pour l'étude, et que, par « une suite nécessaire, l'on s'éloigne en même temps des règles, ayant été cu- « rieux de savoir quels étoient les sentimens du Palais sur cette question (si « l'acceptation faite par le mineur seul étoit valable, au moins dans son in- « térêt), je les ai trouvés fort partagés; et quoique les plus solides soient « d'avis de la nullité de la donation, il pourroit bien arriver, si l'on jugeoit « à la pluralité, que la balance seroit emportée de l'autre côté. » *Des Donat.* 1re. part., chap. IV, sect. I, nº. 845 et suiv.)

L'on voit, par ces citations, que Ricard ne faisoit aucun doute que la nullité, résultant du défaut d'autorisation, ne fût absolue, et ne pût en conséquence être invoquée, même contre le mineur.

Aussi, M. d'Aguesseau ne balança-t-il pas à embrasser cette opinion; et l'art. 7 de l'Ordonnance de 1731, fut rédigé dans ce sens; ce qui le prouve, c'est que, lors de l'envoi du projet aux divers Parlemens, celui de Toulouse crut voir qu'effectivement cet article ôtoit aux mineurs, même émancipés, le droit d'accepter les donations qui leur étoient faites; ce qui étoit contraire à sa Jurisprudence. Il fit en conséquence des observations auxquelles M. d'Aguesseau répondit entr'autres choses : « Que l'usage d'une très-grande partie « du royaume étant d'exiger l'autorité du tuteur ou du curateur, POUR LA VA- « LIDITÉ DE L'ACCEPTATION, c'étoit un des points dans lesquels l'avantage de « l'uniformité, et l'intérêt public, devoient l'emporter sur toute autre consi- « dération. »

Furgole, Sallé, Boutaric, Damours, Rousseaud de La Combe ont partagé l'opinion de Ricard.

Pothier et Prévôt de la Janès ont embrassé l'opinion contraire; mais comme ils n'ont donné d'autre raison que celle qui est tirée de ce que, dans les actes ordinaires, l'incapacité du mineur est seulement relative, raison qui, ainsi que nous l'avons prouvé, n'est point applicable à la donation, nous n'insisterons pas sur leurs raisonnemens, qui n'ajoutent rien à ce qui a été dit à ce sujet, et qui prouvent seulement la vérité de ce que disoit Ricard, que quand l'on n'approfondit pas les matières, l'on finit par s'éloigner des règles.

BIU Cujas

Observons cependant qu'il s'en falloit de beaucoup que l'article 7 de l'Ordonnance fût aussi impératif que notre article 935, puisqu'il y étoit seulement dit : « Si le donataire est mineur de vingt-cinq ans, l'acceptation pourra « être faite pour lui, soit par son tuteur, etc. » Or, si M. D'AGUESSEAU, en rédigeant l'article 7 de l'Ordonnance, qui paroît présenter une disposition simplement facultative, avoit néanmoins l'intention d'annuller d'une manière absolue, l'acceptation faite par le mineur non autorisé, cette intention ne doit-elle pas être, à plus forte raison, présumée dans les rédacteurs du Code, qui se sont servi de termes réellement impératifs ? D'ailleurs, le même art. 935 ajoute que le mineur émancipé pourra accepter avec l'assistance de son curateur : donc il ne pourra accepter sans cette assistance.

Enfin, nous voyons, dans la discussion sur l'article 937, qu'il a été décidé que, s'il a été fait une donation à un établissement public, et qu'elle ait été acceptée par les administrateurs non autorisés, elle est annullée par la mort du donateur, ou par la révocation, survenue avant l'autorisation, quand même cette autorisation seroit accordée par la suite. Cette décision du Conseil-d'Etat ne confirme-t-elle pas singulièrement le principe établi par RICARD, que dans l'acte solennel, comme la donation, il est nécessaire que toutes les personnes dont le consentement est requis, aient la capacité requise, au moment même où l'acte est passé ?

Je pense donc que la donation non valablement acceptée, doit être regardée comme non-avenue, comme un simple projet, qui peut être révoqué par le donateur, et qui est entièrement annullé par sa mort survenue avant l'acceptation valable ; que la nullité de l'acceptation faite par le mineur seul, résulte du principe que nous avons posé, que la donation doit être irrévocable, tant de la part du donataire, que de celle du donateur ; ce qui ne seroit pas, si l'on permettoit au mineur d'accepter seul, puisqu'il pourroit, quand il le voudroit, se faire restituer contre son acceptation. Cette doctrine paroît avoir été consacrée par un arrêt de la Cour de Cassation du 11 juin 1816 (*Bullet.*, n°. 41). Il s'agissoit, à la vérité, d'une donation faite sous l'empire de l'Ordonnance. Mais nous avons démontré que les expressions du Code étoient encore plus favorables à ce système, que celles de l'Ordonnance.

On opposera peut-être à notre principe, que la donation peut être faite sous une condition potestative de la part du donataire, et que l'inexécution de la condition pouvant donner lieu à la révocation de la donation, il n'est pas exact de dire que la donation doit être irrévocable de la part du donataire.

Je réponds que, lorsqu'on dit que la donation doit être irrévocable, tant de la part du donateur que de celle du donataire, il faut entendre qu'elle ne peut être révoquée par l'effet d'une nouvelle volonté de l'un ou de l'autre, ou même des deux ensemble, émise depuis la donation. Mais dans l'espèce, il ne s'agit pas d'une volonté nouvelle, mais d'une volonté inhérente au contrat, et

BIU Cujas

consignée dans l'acte même de donation. Le donateur a déclaré qu'il ne consentoit à donner que sous telles conditions : le donataire a également déclaré qu'il acceptoit aux mêmes conditions. C'est la loi que les parties se sont imposées à elles-mêmes, et qu'elles ne peuvent plus changer. Si la condition n'est pas exécutée, la donation n'est pas révoquée ; elle est résolue ; ce qui est bien différent. S'il y avoit révocation, il y auroit eu réellement donation ; seulement elle cesseroit d'avoir effet à compter de la révocation. Mais *la résolution*, dit l'article 1183, *remet les choses au même état que si l'acte n'eût jamais existé.* Lorsque la donation est résolue, elle est donc comme si elle n'avoit jamais eu lieu. On ne peut donc pas dire qu'elle est révoquée, puisqu'on ne peut révoquer un acte qui n'existe pas, et qui n'a jamais existé. Donc on ne peut rien conclure contre notre principe, de la révocation pour cause d'inexécution des conditions.

Il faut en dire autant de la révocation pour survenance d'enfans, qui a également lieu par l'effet d'une condition résolutoire sous-entendue. Quant à la révocation pour cause d'ingratitude, il faut remarquer, comme dit Ricard, que dans cette action, c'est la vengeance de l'injure faite au donateur qui est le principal. Le retour des choses données n'est que l'accessoire : c'est une peine prononcée par la loi, plutôt *in odium donatarii*, que *in favorem donatoris.* C'est même pour cette raison qu'elle ne passe pas aux héritiers, ni contre les héritiers. On ne peut donc encore en rien conclure contre notre principe.

Quid, si la donation est faite au mineur par son tuteur, comment devra-t-elle être acceptée ? Le tuteur ne pouvant être à-la-fois donateur et acceptant, il faudra que la donation soit acceptée par le subrogé-tuteur, duement autorisé. Mais remarquez que, dans ce cas, le tuteur, ni ses héritiers, ne pourroient se prévaloir du défaut d'acceptation valable, pour demander la nullité de la donation, non pas qu'elle soit valable en elle-même, mais parce que le tuteur, étant responsable envers son mineur du défaut d'acceptation des donations qui seroient faites à ce dernier, est sujet à la même responsabilité pour les donations qu'il peut lui faire. Ce seroit donc le cas de lui appliquer la règle, *eum quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*, et de le déclarer non-recevable dans sa demande. Mais il faut pour cela qu'il y ait une acceptation quelconque, quoiqu'insuffisante, telle que seroit, par exemple, celle du mineur, ou du subrogé-tuteur, mais non autorisé. Car autrement, l'acte devroit être considéré comme un simple projet, que le tuteur peut avoir laissé exprès sans acceptation, afin de pouvoir le révoquer, s'il le jugeoit convenable.

(5) *Contre leurs tuteurs.* L'article ne parlant que des tuteurs, il faut en conclure que le curateur du mineur émancipé ne seroit pas responsable du défaut d'acceptation de la donation faite à son mineur. Mais si l'assistance du

BIU Cujas

curateur a été requise, qu'il l'ait refusée, et que, par suite de ce refus, la donation soit restée sans effet, il n'y a pas de doute qu'il ne soit responsable.

(6) *A l'égard du mineur*, émancipé ou non. L'article 935 le décide formellement.

(7) *Que ses père et mère.* La mère ne pourra-t-elle accepter qu'à défaut du père, c'est-à-dire, si celui-ci est mort, ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté? Puisque l'on donne aux autres ascendans le droit d'accepter, même du vivant des père et mère, il me semble que l'on peut bien donner à la mère, du vivant du père, le même droit que l'on donneroit à une aïeule (cependant voyez la note suivante); mais devra-t-elle être autorisée? Je ne le pense pas, puisqu'elle ne contracte aucune obligation personnelle.

Ces dispositions s'appliqueroient-elles à l'enfant naturel reconnu? Je pense qu'oui: les pères et mères naturels ont tous les droits de la paternité, qui sont établis en faveur de l'enfant; mais il est bien clair que cela ne s'étendroit pas aux ascendans. L'enfant naturel n'en a pas.

(8) *Même du vivant les père et mère.* Je pense, néanmoins, que la disposition, qui permet à des ascendans d'accepter des donations faites à leurs descendans mineurs, même du vivant des père et mère, peut être quelquefois susceptible de modification. *Quid*, en effet, si le père a des motifs légitimes de refuser la donation, un aïeul, ou une aïeule, pourront-ils l'accepter malgré lui? Je ne le pense pas. Un père ne peut-il pas, par exemple, avoir un très-grand intérêt à ce que sa fille ne reçoive pas de donation, de telle ou telle personne? Et quelle est l'autorité qui pourroit, dans ce cas, venir usurper ses droits, et préparer, peut-être, des moyens de séduction, qu'il est de son devoir de prévenir? Je pense donc que l'article 935 doit être principalement entendu du cas où, les père et mère n'étant pas sur les lieux, il seroit à craindre que le retard dans l'acceptation ne privât le mineur de l'effet d'une donation qui lui seroit avantageuse; mais que si les père et mère avoient refusé d'accepter, les autres ascendans ne pourroient accepter à leur place, sauf à eux à faire convoquer un conseil de famille pour délibérer à ce sujet.

Les père et mère, et autres ascendans sont-ils tenus de se faire autoriser? L'article 935 ne l'exige pas; plus les dispositions de la loi sont rigoureuses en cette matière, moins l'on doit se permettre d'y ajouter: cela a été ainsi jugé en Cassation, le 25 juin 1812. (Sirey, 1812; 1re. part., pag. 400.) *Nullus est affectus qui vincat paternum;* en conséquence, l'acceptation de l'ascendant quoique non-autorisé, doit avoir le même effet, que si elle avoit été faite par le tuteur dûment autorisé.

(9) *A ce dûment autorisés.* Il faut rappeler ici ce que nous avons dit dans une note précédente, que l'autorisation doit nécessairement précéder l'acceptation, tellement que, si le donateur venoit à mourir ou à révoquer après

BIU Cujas

l'acceptation, mais avant l'autorisation, la donation seroit nulle. Cela résulte formellement de la discussion.

Aux termes de l'article 3 de l'Ordonnance du 2 avril 1817 (*Bulletin*, nº. 1995), les dons faits aux évêchés, cathédrales, et séminaires épiscopaux, doivent être acceptés par les évêques ;

Ceux faits aux chapitres, par les doyens des chapitres ;

Ceux faits à une cure ou succursale, ou pour la subsistance des ecclésiastiques employés à la desservir, par le curé ou desservant ;

Ceux faits à des fabriques, ou pour l'entretien des églises et le service divin, par les trésoriers des fabriques ;

Ceux faits au profit d'associations religieuses, par les supérieurs desdites associations ;

Ceux faits pour la dotation des pasteurs, ou pour l'entretien des temples de la religion réformée, par les consistoires ;

Ceux faits en faveur des hôpitaux et autres établissemens de bienfaisance, par les administrateurs des hospices, bureaux de charité, et de bienfaisance ;

Ceux faits au profit des colléges, ou pour fondations de bourses ou de chaires nouvelles, par les administrateurs des colléges ;

Ceux faits au profit de la généralité des habitans d'une commune, ou pour le soulagement et l'instruction des pauvres de la commune, par le maire ;

Enfin, ceux faits au profit de tous autres établissemens d'utilité publique, légalement constitués, par les administrateurs de ces établissemens.

Tout notaire, dépositaire d'un testament contenant un legs au profit d'un des établissemens ou titulaires ci-dessus, est tenu de leur en donner avis lors de l'ouverture ou de la publication du testament ; et en attendant l'acceptation, le chef de l'établissement, ou le titulaire, est autorisé à faire tous les actes conservatoires nécessaires. (*Ibid.*, art. 5.)

L'autorisation d'accepter ne préjudicie en aucune manière, au droit des tiers. (*Ibid.*, art. 7.)

PAGE 70.

(1) *Avec un tiers.* Il en est de même de la remise d'une dette, qui est une véritable libéralité, et qui n'a besoin d'aucune espèce de formalité. (Articles 1282 et 1283.)

(2) *Au profit d'un tiers*, sauf néanmoins deux conditions :

La première, que le tiers soit capable de recevoir du stipulant. Si, par exemple, Pierre donne une somme d'argent à Paul, pour qu'il fasse une rente viagère à une personne qui seroit incapable de recevoir de lui Pierre, ses héritiers pourront demander la nullité de l'acte (art. 1973) ; mais seulement en ce qui concerne la personne de l'incapable, c'est-à-dire, qu'ils ne pourront changer la nature du contrat par lequel Paul s'est seulement engagé à payer une

BIU Cujas

rente viagère pendant la vie de telle personne, mais ils pourront exiger que la rente, au lieu d'être payée à la personne désignée, le soit à eux-mêmes, tant qu'elle vivra. De même, quoique le tiers soit capable de recevoir, si la disposition entame la réserve, elle pourra être réduite d'après les règles que nous avons établies ci-dessus, c'est-à-dire, que les légitimaires auront l'option, ou de laisser jouir le rentier, ou de se faire payer la rente à eux-mêmes, en lui abandonnant le disponible. (Art. 1973.)

La seconde condition est que le tiers soit capable de recevoir par le même acte qui contient la stipulation. Ainsi, l'on tenoit anciennement, comme l'on tient encore actuellement, que la donation de tout ou partie des biens que le donateur laissera à son décès, ne peut avoir lieu que par contrat de mariage, et en faveur des époux. Mais il s'étoit néanmoins introduit dans quelques provinces un usage abusif, d'après lequel, celui qui faisoit une donation de ce genre à un des futurs époux, lui imposoit la condition de partager le profit de la donation, pour telle part, avec telle ou telle personne indiquée. Nul doute qu'une pareille condition ne soit nulle, puisqu'elle constitue réellement au profit d'un tiers une donation de biens à venir, qui ne peut être faite que par le contrat de mariage du donataire. Mais si une pareille disposition avoit lieu, que faudroit-il décider, soit relativement à la donation principale, soit relativement à la part de la personne associée à la donation? La donation principale seroit-t-elle nulle, comme renfermant la disposition prévue par l'article 896? Dans le cas de la négative, à qui appartiendra la part de l'associé? Je pense, en premier lieu, que la donation principale est valable. Ce n'est pas le cas de l'article 896. Il n'y a pas charge de conserver et de rendre, puisque l'institué, ou donataire principal, doit partager de suite. Quant à la part de l'associé, il me semble qu'elle doit appartenir au donataire principal; car la condition étant supposée contraire à la loi, doit être réputée non écrite. Or, si elle n'existoit pas, le donataire recueilleroit la totalité de la donation. Donc, etc. Cette dernière opinion est celle de l'Annotateur de Ricard, dans sa note sur le n°. 325 du Traité *des Substit. directes et fidéic.*, part. 1re.

(3) *Que l'on fait pour soi-même.* Ainsi, je fais un marché avec vous, et je stipule que si, d'ici à quinze jours, vous ne donnez pas votre cheval à Pierre, vous me payerez trois cents francs de pot-de-vin. La stipulation que je fais en faveur de Pierre, n'est que la condition de celle que je fais pour moi-même. Ni Pierre, ni moi, n'avons le droit de vous forcer à donner le cheval; mais, si vous ne le donnez pas, j'aurai action contre vous pour vous forcer de payer les trois cents francs de pot-de-vin.

(4) *Que l'on fait à un autre.* Je vous donne ma terre, à la charge que vous donnerez dix mille francs à ma sœur. Dans ce cas, comme vous avez accepté la condition avec la charge, j'ai action contre vous pour vous forcer de l'exé-

BIU Cujas

cuter ; et ma sœur l'aura également, du moment qu'elle aura simplement déclaré vouloir en profiter.

(5) *Qu'une simple déclaration, etc. ;* et qui peut même être tacite, si, par exemple, la stipulation est de faire une rente à un tiers, et qu'il ait reçu les arrérages.

La déclaration du tiers, qu'il entend profiter de la stipulation, peut-elle avoir lieu après la mort du stipulant? Je pense qu'oui. C'est l'avis de PÉREZ, au Code, Liv. 8, Tit. 55. Cet auteur pense même qu'après la mort du stipulant, ses héritiers ne pourroient révoquer ; et il se fonde à cet égard sur la loi 3, ff. *qui sine manumissione, etc.* Il s'agit dans cette loi d'un maître qui a vendu son esclave, sous la condition qu'il seroit affranchi après un certain délai. Le jurisconsulte décide qu'à l'expiration du terme, si le vendeur est encore vivant, et n'a pas changé de volonté, l'esclave est affranchi de droit ; mais que, s'il est mort, la volonté contraire de ses héritiers ne peut empêcher l'affranchissement, *mortuo venditore, non esse heredum ejus voluntatem explorandam.* Mais je pense que cette disposition des lois Romaines avoit été établie uniquement *in favorem libertatis*, et qu'elle doit être conséquemment restreinte à ce cas ; elle est d'ailleurs exorbitante du droit commun, et au principe qui veut que, *unaquæque res eodem modo dissolvi possit, quo fuit colligata.* Or, puisque les héritiers du stipulant pourroient faire remise aux débiteurs du défunt, de toutes les obligations contractées envers lui, l'on ne voit pas comment l'on pourroit excepter de cette règle les stipulations faites au profit d'un tiers, tant que ce tiers ne s'est pas rendu partie au contrat en acceptant d'une manière quelconque l'avantage stipulé en sa faveur. Je pense donc que la déclaration exigée par l'article 1121, peut être faite, même après la mort du stipulant, tant qu'il n'a pas été dérogé à la convention par les parties contractantes ou leurs héritiers.

Nec obstat l'article 932 du Code, qui porte que l'acceptation du donataire, par acte séparé, ne peut plus avoir lieu après la mort du donateur. Car cela tient à la rigueur des formes qui sont exigées pour la donation entre-vifs, et à ce que cette espèce de donation n'est absolument rien, n'est qu'un simple projet, tant qu'elle n'est pas acceptée. Au contraire, dans l'espèce proposée, où il s'agit d'une convention faite entre deux parties, et contenant un avantage au profit d'un tiers, l'acte est parfait du moment qu'il a été passé, tellement que le stipulant ne pourroit pas même le révoquer pendant sa vie, par sa seule volonté ; il faudroit, en outre, le consentement de l'autre partie. Donc, tant que cet acte existe, et qu'il n'est pas révoqué par le consentement mutuel des parties, le tiers peut y intervenir, et le rendre irrévocable à son égard, par sa déclaration qu'il entend en profiter.

BIU Cujas

PAGE 71.

(1) *A son profit.* Dans ce cas, l'objet donné est la nue propriété. Le donateur est censé s'en dessaisir, par cela seul qu'il se constitue usufruitier : *Nemini res sua servit.*

(2) *Ou au profit d'un tiers.* Mais quel sera l'effet de l'usufruit ainsi réservé ? Il en résultera que la nue propriété seulement sera transférée au donataire. Mais le tiers n'acquerra de droit à l'usufruit que par une nouvelle disposition faite à son profit par le donateur, et revêtue des formalités requises pour les donations entre-vifs ou testamentaires. *Non obstat* l'article 1121. Car cet article n'est applicable qu'au cas où, par l'effet de la stipulation, le tiers n'acquiert de droit que contre le débiteur, et non contre le stipulant. Mais dans l'espèce, comme l'usufruit est un démembrement de la propriété, et qu'il a été formellement excepté de la donation de l'immeuble, il s'ensuit qu'il est resté dans la main du donateur, et que ce seroit contre lui qu'il devroit être revendiqué. Or, nous avons vu que toutes les fois que le donataire a besoin d'agir contre le donateur, il ne le peut qu'en vertu d'un acte revêtu des formalités requises pour les donations entre-vifs.

(3) *En se réservant.* Ici, l'objet donné est l'usufruit, dont le donateur se dessaisit par la donation.

(4) *Ou ses héritiers.* Mais non contre les tiers, à moins qu'ils n'aient été de mauvaise foi, comme nous le verrons plus bas (art. 1141) ; et son action, même contre le donateur ou ses héritiers, devient nulle, s'il est prouvé que la chose a péri par cas fortuit et sans la faute du donateur. (Art. 615.)

(5) *Dans l'état estimatif.* Il sembleroit qu'on auroit dû l'obliger à rapporter seulement la valeur que ces objets auroient eue à la fin de la jouissance, valeur qui, bien certainement, pour peu que l'usufruit ait duré quelques années, seroit bien inférieure à celle que ces mêmes objets avoient au commencement de l'usufruit. Mais il faut appliquer ce qui est dit au premier vol., note (6) de la page 117, le donateur est présumé *in dolo*, dès qu'il ne représente pas les objets, et qu'il ne justifie d'aucune perte. L'on doit donc le placer dans l'hypothèse la plus désavantageuse pour lui, et qui consiste à supposer qu'il a vendu ces objets dès le commencement de l'usufruit, et que par conséquent il a touché une somme égale à la valeur qu'ils avoient à cette époque. C'est donc cette somme qu'il doit restituer.

(6) *Et sans qu'il soit besoin de tradition.* Si donc, l'acte une fois parfait, les parties viennent à se repentir, elles ne peuvent résilier la donation ; et la propriété des objets donnés ne peut plus revenir au donateur, que par un nouvel acte translatif de propriété.

Le donateur est-il tenu de l'éviction ? Non ; il est censé se dessaisir du droit qu'il a sur la chose donnée ; mais il n'est présumé donner que cela. Si donc il

BIU Cujas

n'avoit aucun droit, il n'est pas tenu. Cependant la bonne foi a fait admettre deux exceptions : la première, s'il s'est formellement obligé à la garantie ; et la seconde, s'il savoit, au moment de la donation, que la chose ne lui appartenoit pas. Mais il y a cette différence entre les deux cas, que dans le premier, le donataire peut, par cela seul qu'il y a éviction, répéter contre le donateur la valeur de la chose donnée ; au lieu que, dans le second cas, le donateur est tenu seulement d'indemniser le donataire des dépenses qu'il a pu faire sur la chose donnée. Si donc il n'a été fait aucune dépense, il n'est pas tenu. (*L.* 18, §. *ult.* ff. *de Donationibus.*)

Mais le donateur est tenu de la garantie de ses faits, dans le sens que, s'il a vendu ou hypothéqué la chose donnée, postérieurement à la donation, mais avant la transcription, il est tenu d'indemniser le donataire, *propter dolum.*

Quant à la garantie des hypothèques existant sur la chose, au moment de de la donation, *voyez* au 3e. vol. la note (5) de la page 170.

(7) *Avant le donataire. Quid*, si la donation est d'une chose incorporelle, *putà*, d'un droit de créance, d'une rente ? Il faut signifier la donation au débiteur de la rente ou de la créance ; et cette signification vaut tradition, même à l'égard des tiers. (Art. 1690.) Mais jusqu'à cette signification, le débiteur pourroit payer valablement au donateur : toute nouvelle cession ou donation faite par ce dernier, seroit valable, si elle avoit été signifiée avant la première : sauf, dans tous ces cas, le recours du premier donataire contre le donateur.

La signification au débiteur pourroit-elle être faite valablement après la mort du donateur ? Je pense qu'oui. Entre le cédant et le cessionnaire, la cession est parfaite par elle-même et avant toute signification, qui n'est exigée qu'à l'égard des tiers. Or, les héritiers du donateur ne peuvent avoir plus de droit que leur auteur. Seulement les actes de disposition qu'ils pourroient faire de la créance, avant la signification, seroient valables à l'égard des tiers, comme le seroient ceux qui auroient été faits par le donateur lui-même. D'ailleurs, on peut appliquer à la signification ce qui est dit ci-après de la transcription, note (4) de la page suivante.

(8) *Par la transcription.* Les conservateurs des hypothèques doivent inscrire en entier, sur un registre, tous les actes qui leur sont présentés, et qui contiennent translation de la propriété d'un immeuble. Cette inscription se nomme *transcription.* On verra dans ce Titre, et dans celui *des Priviléges et Hypothèques*, de quelle importance est cette transcription pour tout acquéreur d'immeuble.

La transcription a remplacé l'insinuation qui étoit requise par l'Ordonnance de 1731, mais cependant avec plusieurs différences :

BIU Cujas

1°. L'insinuation étoit exigée pour toute espèce d'actes de donation. La transcription n'est exigée que pour les donations d'objets immobiliers ;

2°. L'insinuation étoit requise à peine de nullité. Le défaut de transcription peut seulement être opposé par ceux qui ont intérêt, et en proportion de leur intérêt ; ce qui est bien différent, comme nous aurons occasion de le démontrer.

3°. L'insinuation devoit être faite au domicile du donateur et au lieu de la situation. Il suffit que la transcription soit faite au lieu de la situation.

Cependant, il faut bien se garder de confondre la transcription dont l'obligation est ici imposée au donataire, avec celle que fait l'acquéreur par vente ou autrement. Celle-ci n'a pour but ni pour effet d'exproprier le vendeur, même à l'égard des tiers ; il l'est entièrement par la vente ; mais seulement de préparer la purge des hypothèques, et d'arrêter le cours des inscriptions, et encore à l'égard des hypothèques antérieures à l'aliénation. Car il est bien reconnu maintenant que, la vente une fois consentie, quoique non transcrite, aucune aliénation ne peut avoir lieu, ni aucune hypothèque ne peut être établie par le vendeur, à l'égard de l'objet vendu. En matière de donation au contraire, la transcription a pour effet d'exproprier le donateur à l'égard des tiers, tellement que, si un immeuble a été donné, et que la donation n'ait pas été transcrite, l'immeuble est censé, dans l'intérêt des tiers, appartenir au donateur, jusqu'à ce que cette formalité ait été remplie ; et, par conséquent, tous les actes de disposition qu'il pourroit en faire jusques-là, sont valables, sauf le recours du donataire contre le donateur, qui est, au moins, garant envers lui de ses faits. D'après ces principes qui sont constans, l'on peut juger s'il est possible d'admettre la doctrine d'un arrêt de Caen du 27 janvier 1813, rapporté dans Sirey, 1813 ; 2e. part., pag. 102, qui a jugé que les acquéreurs à titre gratuit ne pouvoient opposer le défaut de transcription, et à plus forte raison, celle d'un arrêt de Colmar du 4 août 1812, rapporté *ibid*, pag. 48, qui a jugé que ce même défaut ne pouvoit être opposé par les acquéreurs, même à titre onéreux, mais seulement par les créanciers, comme si le Code ne favorisoit pas toujours plus les acquéreurs que les créanciers. Mais tout cela prouve, comme dit Ricard sur un autre sujet, que, quand une fois on s'est écarté des véritables principes, il n'y a plus de raison de s'arrêter ; on tombe dans l'arbitraire, et l'on finit par adopter les systèmes les plus contradictoires.

(9) *Susceptibles d'hypothèque.* Les biens susceptibles d'hypothèque sont : 1°. les biens immeubles qui sont dans le commerce ; 2°. l'usufruit des mêmes biens. (Art. 2118.) Mais je regarde cette énonciation comme insuffisante, et je pense que, par ces mots, *biens susceptibles d'hypothèque*, il faut entendre tous les droits réels que l'on peut avoir sur un bien susceptible d'hypothèque. Ainsi, par exemple, la donation d'une servitude ne doit-elle pas être transcrite ? Les tiers ne doivent-ils pas être avertis de l'existence de cette donation,

BIU Cujas

afin de ne point acheter l'immeuble comme libre ? Cela paroît même encore plus nécessaire pour la servitude que pour l'usufruit, parce que l'usufruitier étant ordinairement en possession de l'immeuble, il est bien plus facile aux tiers d'avoir connoissance de l'usufruit, que de la servitude, qui peut fort bien n'être pas apparente.

(10) *Doit être transcrit.* Dans quel délai ? La loi ne le dit pas, et n'a pas dû le dire. Le donataire est intéressé à faire transcrire promptement, parce que, tant qu'il n'a pas transcrit, si le donateur aliène, le donataire n'a pas d'action contre l'acquéreur. (Art. 941.)

PAGE 72.

(1) *Tuteurs, curateurs ou administrateurs.* Quand la loi dit que la donation faite à la femme doit être transcrite à la diligence du mari, et celle faite au mineur, à la diligence du tuteur, etc., elle n'entend pas dire que la transcription ne puisse être faite qu'à la diligence des personnes qu'elle dénomme ; car toute personne peut faire transcrire, comme toute personne peut prendre inscription pour les femmes, les mineurs. (Art. 2194.) Mais la loi a seulement voulu faire entendre qu'il n'y a que ces personnes auxquelles l'obligation de faire transcrire soit imposée, et qui, par conséquent, soient responsables, envers le donataire, du défaut de transcription.

(2) *S'il y échet.* Car si le défaut de transcription n'a causé aucun préjudice au donataire, *putà*, si le donateur n'a, ni aliéné, ni hypothéqué, il n'y a lieu à aucune responsabilité.

(3) *Ou les interdits. Quid*, à l'égard des établissemens publics ? Doit-on conclure du silence de l'article 942 à leur égard, qu'ils pourroient se faire restituer contre le défaut de transcription ? Je ne le pense pas. *Les motifs* paroissent les ranger sur la même ligne que les mineurs : et il y a la même raison ; la sûreté des acquéreurs.

(4) *Par le donateur.* Ainsi, le donateur ne pourroit pas argumenter du défaut de transcription, pour se dispenser de livrer l'immeuble donné, s'il l'avoit encore en sa possession. Mais les héritiers pourroient-ils opposer le défaut de transcription ? J'avois soutenu la négative, en principe général, dans mon premier cours, il y a douze ans ; et j'ai eu la satisfaction de voir, après bien des controverses, mon opinion triompher. Voici, au surplus, comment j'avois cru devoir discuter cette question.

On disoit, en faveur des héritiers, que le principe posé dans l'article 941 est général ; qu'il porte, que le défaut de transcription peut être opposé par toute personne ayant intérêt ; que certainement les héritiers ont intérêt que l'objet donné reste dans la succession : on ajoutoit que les héritiers *certant de lucro captando*, et que ce n'est pas de cette espèce d'intérêt que la loi a

BIU Cujas

entendu parler : qu'on n'a jamais douté, en effet, que le défaut de transcription ne pût être opposé par celui auquel le donateur auroit transmis la chose, même à titre gratuit : or, celui-ci *certat quoque de lucro captando.* On ajoutoit que la manière dont est rédigée la fin de l'article, prouve que l'on a voulu donner aux héritiers du donateur le droit d'opposer le défaut de transcription ; qu'en effet, si l'on avoit voulu les ranger dans la même catégorie que les héritiers de ceux qui sont chargés de faire faire la transcription, il eût été tout simple de rédiger ainsi la disposition finale : « Excepté toutefois celles « qui sont chargées de faire faire la transcription, le donateur, et leurs « ayant-cause. »

Que l'affectation qu'a mise le Législateur à n'appliquer l'exception qu'aux ayant-cause de ceux qui sont chargés de faire transcrire, et de rejeter les mots, *le donateur*, seuls, à la fin de la phrase, prouve évidemment qu'il n'a pas voulu placer sur la même ligne, les ayant-cause du donateur.

D'un autre côté, l'on opposoit aux héritiers du donateur, le principe, que l'héritier ne peut avoir plus de droit que son auteur ; que, pour déroger à une règle dont l'application est aussi générale, il falloit une disposition formelle, et qui ne fût pas uniquement fondée sur un arrangement de mots, qui avoit pu facilement échapper au rédacteur ; que cela avoit été parfaitement senti par le Chancelier D'AGUESSEAU, qui, en rédigeant l'article 27 de l'Ordonnance, avoit bien eu soin de comprendre expressément les héritiers du donateur au nombre de ceux qui pouvoient opposer le défaut d'insinuation ; que les rédacteurs du Code Civil avoient bien certainement cet article sous les yeux, quand ils avoient rédigé le 941^e^. ; que la mention des héritiers étoit encore bien plus nécessaire sous le Code, qui n'avoit pas attaché la peine de nullité au défaut de transcription, que sous l'Ordonnance, dont l'article 20 exigeoit l'insinuation, à peine de nullité ; et que, puisqu'on argumente de l'intention des rédacteurs, on peut dire avec avantage que, dès qu'ils n'ont pas énoncé formellement les héritiers du donateur, ainsi que l'avoit fait l'Ordonnance, ils ont entendu laisser subsister à leur égard le droit commun qui ne veut pas qu'ils aient plus de droit que leur auteur.

Après bien des controverses, un arrêt de Cassation, rendu le 12 décembre 1810 (SIREY, 1811 ; 1^re^. partie, page 33), a consacré le principe que j'avois soutenu jusques-là, en décidant d'une manière générale que les héritiers du donateur ne peuvent opposer le défaut de transcription : et il a été jugé dans le même sens par la même Cour, le 23 août 1814. (SIREY, 1815 ; 1^re^. partie, page 23.)

Mais en émettant cette opinion, j'avois cependant pensé que ce principe pouvoit être susceptible de quelques modifications. Je fondois cette opinion, non pas, à la vérité, sur l'article 941, mais sur l'article 1383, qui porte que « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé, non-seulement par

BIU Cujas

« son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence. » Or, cela posé, voici comme je raisonnois :

L'on ne peut nier que le donataire d'immeubles, qui n'a pas fait transcrire la donation, n'ait commis au moins une négligence D'un autre côté, il est certain que la transcription est établie uniquement dans l'intérêt des tiers, pour les avertir de l'existence de la donation, et les préserver des erreurs, préjudiciables à leurs intérêts, dans lesquelles l'ignorance de la donation pourroit les entraîner. Si donc la donation n'a pas été transcrite, et si un tiers, qui pouvoit probablement l'ignorer, a essuyé un préjudice par suite de cette ignorance, il me semble que, s'il ne peut opposer le défaut de transcription, il peut au moins obliger le donataire de l'indemniser du préjudice qu'il a souffert. Ainsi, soit une personne dont la majeure partie de la fortune est composée d'une maison, que nous supposerons d'une valeur égale à quinze. Il en fait donation, avec réserve d'usufruit, et par conséquent il en conserve la possession jusqu'à sa mort. La transcription n'a pas lieu. Après son décès, le donataire, pour cause d'absence, ou autre quelconque, ne se présente point. L'héritier prend connoissance des forces de la succession. Il vérifie que l'actif est égal à vingt, en y comprenant la maison, et le passif à dix. Il ne voit en conséquence aucun danger, et il accepte purement et simplement. Le donataire vient ensuite réclamer la maison. Il me semble que l'équité exige qu'il indemnise l'héritier du préjudice que lui a causé l'ignorance de la donation, et que celui-ci peut lui dire avec fondement : Si vous eussiez fait transcrire votre donation, je ne l'eusse pas ignorée, et alors bien certainement je n'eusse pas accepté la succession, et je ne serois pas exposé maintenant à payer les créanciers sur mes biens personnels. C'est un préjudice que j'éprouve par votre fait, et dont vous devez m'indemniser.

L'on voit, au surplus, par là, qu'il y auroit une très-grande différence entre cette action en indemnité, et le droit d'opposer le défaut de transcription. En effet, celui qui use de ce dernier droit, anéantit entièrement la donation dans son intérêt, et quand même elle ne lui auroit causé aucun préjudice personnel. Ainsi, le défaut de transcription peut, comme nous l'avons dit, être opposé par celui à qui le donateur auroit transmis l'objet, même à titre gratuit, postérieurement à la donation, quoiqu'à son égard, il s'agisse seulement *de lucro captando*. Par l'action en indemnité, l'héritier ne peut demander que la restitution du préjudice qu'il éprouve sur ses biens personnels. En effet, il ne peut dire autre chose, sinon que, s'il eût connu la donation, il n'auroit pas accepté la succession : or, s'il n'eût pas accepté, il n'eût rien perdu, à la vérité ; mais aussi il n'eût rien gagné. Il ne peut donc demander qu'à être mis dans le même état.

En deuxième lieu, il importe peu que ceux qui ont droit d'opposer le défaut de transcription, aient connu d'ailleurs la donation. La transcription est

BIU Cujas

le seul moyen légal de lui donner de la publicité : dès qu'elle n'a pas été transcrite, ils sont censés l'avoir ignorée. L'action en indemnité ne peut avoir lieu, qu'autant qu'il est probable que l'héritier a ignoré la donation. Si donc le donataire avoit été mis en possession de l'objet donné, du vivant du donateur, s'il en avoit usé notoirement comme propriétaire, l'héritier n'auroit pas d'action.

Telle est l'opinion que la raison d'équité me porteroit volontiers à embrasser. L'on pourroit peut-être l'appuyer sur l'article 783 du Code, qui permet à l'héritier de se faire restituer contre son acceptation, lorsque la succession se trouve diminuée de plus de moitié, par la découverte d'un testament inconnu lors de l'acceptation. Or, que l'acte qui diminue la succession, soit un testament ou une donation, cela me paroît une circonstance totalement indifférente ; il résulte toujours de cet article la preuve, que la loi elle-même a cru devoir venir, dans ce cas, au secours de l'héritier. Dans l'article 783, comme il n'y a personne à qui l'erreur puisse être imputée, il a bien fallu lui accorder le remède extraordinaire de la restitution ; mais, dans notre espèce, où l'erreur peut être imputée au donataire, qui ne s'est pas conformé au prescrit de la loi, il paroît juste que ce soit lui qui en subisse la peine.

(5) *De faire transcrire.* Si donc le tuteur a acquis les immeubles donnés à son mineur, ou le mari ceux qui ont été donnés à sa femme, ils ne pourront argumenter du défaut de transcription, pour soutenir la validité de leur acquisition. Il en est de même de leurs ayant-cause.

(6) *Par tous ceux qui ont intérêt ;* et quand même ils auroient eu connoissance de la donation par tout autre moyen. (Argument tiré de l'article 1071.) *Voir* Ricard *des Donations*, partie 1re., nos. 1249 et suivans.

Mais que doit-on entendre par ceux qui ont intérêt ? Je pense qu'on ne peut entendre que ceux avec lesquels le donateur a passé des actes qui seroient valables, si la donation n'existoit pas, et nuls dans le cas contraire, par conséquent tous ceux qui ont acquis quelque droit sur l'immeuble depuis la donation, tels que les acquéreurs, à quelque titre qu'ils le soient, soit de la propriété, soit de quelque démembrement de cette même propriété, les créanciers ayant acquis une hypothèque générale sur tous les biens du donateur, ou spéciale sur les biens donnés. Quant aux créanciers chirographaires, il faut rappeler le principe posé ci-dessus (note (8) de la pag. 71), que la donation non transcrite est, à l'égard des tiers, comme si elle n'existoit pas, et qu'elle n'est censée exister à leur égard que du jour de la transcription. Or, si elle eût été réellement faite à cette époque, les créanciers même chirographaires n'auroient-ils pas pu l'attaquer par l'action révocatoire, aux termes de l'article 1167, et d'après les distinctions que nous établirons sur ledit article. Je pense donc qu'ils le pourront également, par cela seul qu'ils sont antérieurs à la transcription, quoiqu'ils soient postérieurs à la donation. *Voir* un arrêt d'Amiens, en date du 11

BIU Cujas

juin 1814, rapporté dans SIREY, 1815; 2e. partie, pag. 69; un arrêt de Cassation du 10 avril 1815, rapporté *ibid*, 1re. partie, pag 161; et enfin la note (8) précitée.

(7) *Que le donataire peut en retirer.* Dans ce cas donc, l'acte, quoique qualifié de donation par les parties, seroit valable, quoiqu'on n'y eût pas observé les formalités prescrites pour les donations. *Plus valet quod actum, quàm quod scriptum intelligitur.*

Y auroit-il à distinguer si les charges stipulées profitent au donateur ou à des tiers? Je ne le pense pas. Je crois que, dans tous les cas, la nature de l'acte doit être déterminée par la valeur des biens comparée au montant des charges.

PAGE 73.

(1) *A aucune obligation parfaite.* Il suffit donc qu'il existe une obligation parfaite, quand même elle seroit purement naturelle, pour que l'acte ne doive pas être regardé comme une donation. Car puisque la chose payée en vertu d'une obligation de cette nature, ne peut être répétée, la loi regarde donc cette obligation comme réellement existante, et comme pouvant servir de base à un payement. (Art. 1235, et *L.* 19, §. 4, ff. *de Donat.*) Et il faut donc décider par la même raison, que la donation faite en acquittement d'une semblable obligation, ne seroit pas assujettie aux formes prescrites pour les donations proprement dites, ni aux dispositions relatives à la révocation pour survenance d'enfans, pour ingratitude, à la réduction pour la légitime, etc. *Voyez* RICARD, part. 3, nos. 613 et suivans.

Nota. L'on a jugé à Bruxelles le 16 janvier 1812, qu'une constitution de rente viagère, au profit d'une domestique, pour la récompenser de trente ans de bons services, devoit être regardée comme l'acquittement d'une dette naturelle, et comme telle, non révocable par la survenance d'enfans. (SIREY, 1813; 2e. part., pag. 56.)

(2) *Qui dépend de cette volonté.* Par conséquent elles peuvent être faites sous des conditions purement casuelles. Cependant quelques personnes ont voulu établir une distinction entre celles de ces conditions qui, suivant elles, donnent à l'acte le caractère de donation pour cause de mort, et celles qui lui conservent le caractère de donation entre-vifs. Le caractère de la donation pour cause de mort, a-t-on dit, est que le donateur se préfère au donataire, mais qu'il préfère le donataire à ses héritiers: *Mortis causâ donatio est*, dit le §. 1, Instit., *de Donat.*, *cùm magis se quis velit habere, quàm eum cui donat; magisque eum cui donat, quàm heredem suum.* Au contraire, le caractère de la donation entre-vifs, est que le donateur préfère le donataire à lui-même. Donc, toutes les fois que la condition casuelle est telle, qu'il en résulte que le donateur s'est préféré au donataire, le caractère de la donation entre-vifs est détruit; et, dans ce cas, l'acte ne pouvant valoir ni comme donation, ni

BIU Cujas

comme testament, puisque l'on suppose que les formalités requises pour le testament n'y ont pas été observées, est entièrement nul, et n'a aucun effet. On cite pour exemple de pareilles donations, celle-ci : *Je donne, si je ne reviens pas de la maladie dont je suis atteint.*

Il me semble qu'il y a dans cette doctrine une confusion de principes. En effet, pourquoi chez les Romains s'étoit-on attaché à déterminer d'une manière précise les caractères particuliers et respectifs de la donation entre-vifs et de la donation pour cause de mort ? C'est parce que la première étoit essentiellement irrévocable ; tandis que la seconde, au contraire, étoit essentiellement révocable, même par le simple changement de volonté du donateur. Il étoit donc bien important de déterminer quelle étoit la nature de l'acte que les parties avoient voulu faire ; et c'étoit pour y parvenir que les Romains avoient établi le principe qui vient d'être cité. Toutes les fois donc que l'acte présentoit quelque incertitude, c'étoit au Juge à déterminer, d'après les circonstances et les diverses clauses, si le donateur avoit entendu se préférer, ou non, au donataire ; et si, par conséquent, l'acte devoit être réputé entre-vifs ou à cause de mort.

Chez nous, où nous ne connoissons point, à proprement parler, de donations pour cause de mort (sauf peut-être dans le cas de l'article 1096), et où le seul caractère distinctif de la donation entre-vifs, est qu'elle ne puisse être révoquée, ni par le donateur, ni par le donataire, il me semble que la seule chose à examiner, est de savoir si la donation est faite sous une condition dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur. Or, il est certain que la condition du retour en santé ne dépend pas plus de cette volonté, que toute autre condition casuelle ; car la donation n'est pas moins irrévocable de la part du donateur. Et c'est en quoi elle diffère d'une pareille donation faite chez les Romains. En droit Romain, c'eût été une donation pour cause de mort, et en conséquence elle eût été révocable, non-seulement par le retour en santé du donateur, mais encore par le seul changement de sa volonté, survenu avant sa convalescence, et quand même il seroit mort, par la suite, de la maladie dont il étoit attaqué. Elle eût été également révoquée par le prédécès du donataire. Chez nous, au contraire, cette donation ne pourroit être annullée que par le retour en santé du donateur ; mais jusque-là aucun autre événement, sauf les cas d'ingratitude et de survenance d'enfans, qui sont prévus expressément par la loi, ne pourroit en opérer la révocation. L'opinion de Ricard me paroît d'ailleurs conforme à cette doctrine. Voici comme s'exprime cet auteur, part. 1re., nº. 1047 :

« La donation étant faite pour avoir lieu au cas que le donateur n'ait pas « d'enfans au jour de son décès, *ou sous une autre condition semblable « qui ne se vérifie que par la mort du donateur*, ne laissse pas d'être « valable pour donation entre-vifs. »

BIU Cujas

Or ceci est bien plus fort ; car, dans la donation faite sous la condition que le donateur n'aura pas d'enfans à son décès, ce n'est pas simplement lui, ce sont ses héritiers mêmes que le donateur préfère au donataire ; et cependant RICARD ne pense pas qu'une pareille condition altère l'essence de la donation entre-vifs. Ce même auteur dans son Traité *des Dispositions conditionnelles*, n°. 202, décide formellement, et d'une manière générale, que la donation faite sous une condition, quelle qu'elle soit, pourvu qu'elle ne dépende pas de la volonté du donateur, est valable comme donation entre-vifs, quand même la condition auroit pour objet la mort du donateur.

Ajoutons que, dans l'espèce proposée, le donateur est dessaisi ; qu'il l'est tellement, qu'il n'est point en son pouvoir de rentrer dans la propriété de l'objet donné ; que le donataire est devenu réellement propriétaire, à la vérité, sous une condition suspensive ou résolutoire, suivant qu'on veut l'envisager, mais que, dans tous les cas, il ne dépend pas du donateur de faire ou de ne pas faire arriver. Cette donation renferme donc tous les caractères exigés par la loi pour les donations entre-vifs. Elle est donc valable.

Les mêmes principes s'appliquent au cas où la donation est faite sous la condition de survie du donataire. Car puisqu'elle peut être stipulée résoluble au cas du prédécès du donataire, l'on ne voit pas pourquoi elle ne pourroit pas être suspendue jusques-là.

Quid, si la donation est stipulée révocable, dans le cas où le donateur se marieroit ? Je la crois nulle ; car quoique l'on considère cette condition comme mixte, c'est-à-dire, comme dépendante tout-à-la-fois du hasard et de la volonté de la partie, je pense néanmoins qu'il suffit que le donateur puisse, par sa seule volonté, l'empêcher d'exister, pour qu'elle rentre dans la classe de celles qui, aux termes de l'article 944, annullent la donation.

(3) *Appartiendroit au donataire. Quid*, si le donateur s'est réservé la faculté de disposer d'une rente viagère en faveur de quelqu'un ? Le principe général qui résulte de l'article 946, c'est que le donataire ne doit, dans aucun cas, profiter de la chose que le donateur s'est réservée. D'après cela, je pense que, dans l'espèce proposée, il faut distinguer : Si la disposition a été faite, et que le rentier ait survécu au donateur, les héritiers de celui-ci n'ont rien à réclamer. En effet, que pourroient-ils demander ? Ce n'est pas le fonds de la rente ; car, d'abord, une rente viagère est censée ne pas en avoir ; et d'ailleurs, s'il y en avoit un, il seroit bien irrévocablement acquis au donataire, puisque le donateur ne s'étoit réservé que de disposer de la rente. Ce n'est pas la rente elle-même, puisque le donateur en a disposé au profit d'une personne que nous supposons capable de recevoir. Mais si la disposition n'a pas été faite, je pense que les héritiers du donateur peuvent demander que la rente soit servie à leur profit, pendant tout le temps que vivra la personne désignée ; car il est certain

BIU Cujas

qu'à l'égard de cette rente, le droit du donataire dépendoit entièrement de la volonté du donateur : ce qui suffit pour annuller la donation.

Quid, si cette personne est décédée avant le donateur? Je pense que les héritiers n'ont rien à réclamer, soit que la disposition ait eu lieu, ou non, puisque l'on peut dire, dans ce cas, que la chose réservée est éteinte. (*Voir* un arrêt de la Cour d'Appel d'Aix, du 17 thermidor an 13 ; *Journ. de la Jurisp. du Cod. Civil.*, tom. V, pag. 353.)

(4) *Aux donations de biens à venir.* On entend sous ce nom toutes donations dont l'effet peut-être anéanti ou diminué, par le fait du donateur, tellement que le montant de la donation ne pourroit se trouver irrévocablement fixé que par sa mort. Telle est, par exemple, la donation de tout ou partie des biens que le donateur laissera au jour de son décès, donation admise en faveur des époux, et dans les contrats de mariage. Telle est aussi la donation entre-vifs, mais révocable à la volonté du donateur, comme les donations entre mari et femme pendant le mariage. Telle seroit encore la donation d'un objet quelconque, avec faculté pour le donateur d'en disposer, s'il le juge convenable, ou celle d'une somme fixe, à prendre sur les biens que le donateur laissera à son décès. Toutes ces sortes de donations sont nulles, quand elles ont lieu autrement qu'entre époux, ou par contrat de mariage.

Quid, à l'égard d'une somme fixe, payable après la mort du donateur? Cette donation est valable. Car, par elle, le donateur devient débiteur du donataire, du moment qu'elle a eu lieu. Il est bien en son pouvoir de rendre inefficace l'action du donataire, en dissipant tous ses biens, et devenant insolvable, si toutefois il n'y a pas eu d'hypothèque stipulée par la donation. Mais il en seroit de même à l'égard de tous les créanciers quels qu'ils fussent, dont le droit ne subsiste pas moins, quoique l'effet en soit anéanti par l'insolvabilité du débiteur. Et dans l'espèce, le droit du donataire est si peu anéanti, que, si le donateur laissoit un héritier qui acceptât purement et simplement sa succession, il seroit obligé de payer le montant de la donation, quand même il n'y auroit rien dans l'hérédité ; au lieu que si la donation étoit d'une somme à prendre sur les biens laissés au décès, l'héritier, même pur et simple, dans le cas où une pareille donation est valable, pourroit se libérer de l'obligation, en abandonnant tous les biens trouvés dans la succession, et constatés par l'inventaire. (*Voyez* Ricard, *des Donations*, part. 1re., nº. 1036, note (*a*).

(5) *Que pour ces derniers.* Dans l'ancien droit, elle étoit nulle pour le tout. (Art. 15 de l'Ordonnance.)

(6) *Qui ont acquis date certaine.* (Pour savoir quand un acte a date certaine, voyez l'article 1328.)

(7) *Ou par l'acte même de la donation.* Si la dette n'ayant pas par elle-même de date certaine, est relatée dans l'acte de donation, elle acquiert une

BIU Cujas

date par cette mention. Si l'on n'exigeoit pas que la dette eût une date certaine, il est évident qu'il seroit au pouvoir du donateur d'anéantir l'effet de la donation, en contractant postérieurement des dettes, auxquelles il pourroit, par des antidates, donner une date antérieure à la donation.

Quid, si la donation est universelle de biens présens ? Je pense que le donataire est tenu, même sans stipulation, et nonobstant toute stipulation contraire, de payer toutes les dettes existantes à l'époque de la donation jusqu'à concurrence des biens compris dans la donation, s'ils sont toutefois constatés par un inventaire : *Æs alienum est onus universitatis* (art. 1084 et 1085), mais à la charge par le créancier de prouver que sa créance est antérieure à la donation. (Argument tiré de l'art. 1410.) *Idem*, à l'égard du donataire à titre universel, qui doit être tenu des dettes au prorata.

Quid, s'il y a eu un état des dettes anexé à la minute de la donation universelle, ou à titre universel, et qu'il se présente un créancier non compris dans l'état, mais dont la créance ait cependant une date certaine antérieure à la donation ? L'état n'a d'effet qu'entre le donateur et le donataire, et pour ôter au premier la faculté de diminuer ou d'anéantir la donation par des dettes auxquelles on donneroit une date supposée. Mais il ne peut être opposé au créancier, ni lui ôter le droit de poursuivre le donataire, comme détenteur de l'universalité des biens de son débiteur.

Je dis, *nonobstant toute stipulation contraire*, dans le sens, que la clause qui dispenseroit le donataire d'acquitter toutes les dettes, ou une partie proportionnée à la quote des biens présens qui lui auroit été donnée, seroit à la vérité valable entre lui et le donateur, mais qu'elle n'auroit aucun effet à l'égard des créanciers. (*Voyez* Ricard, *des Donations*, part. 3°.; n°. 1509 et suiv., et notamment le n°. 1523.)

Cependant je ne dois pas dissimuler que cet auteur paroît avoir embrassé l'opinion contraire (*ibid*, part. 1re., n°. 1025), où il semble décider que le donataire, même universel, des biens présens, ne peut être tenu des dettes que par l'action hypothécaire. Mais je pense qu'il vaut mieux s'en tenir à l'opinion qu'il professe au n°. précité 1523, où il établit qu'il n'y a de biens que ce qui reste *deducto ære alieno*, et que, par conséquent, lorsqu'une personne donne tous ses biens présens, elle n'entend donner que ce qui reste après le payement de toutes ses dettes.

Nous ajoutons, *jusqu'à concurrence des biens compris dans la donation*, parce que le donataire n'est point tenu des dettes comme succédant au donateur, ou comme représentant sa personne. On ne succède point à une personne vivante. Il n'en est donc tenu, que parce qu'elles sont une charge des biens qui lui ont été donnés. Or, il est de principe que celui qui est tenu d'une obligation *propter rem*, en est déchargé, *rem derelinquendo*.

Quid, s'il y avoit stipulation que le donataire payera toutes les dettes du

BIU Cujas

donateur ayant date certaine au moment de la donation, seroit-il tenu, même au-delà des forces de la donation ? L'on peut appliquer ici les principes contenus dans la note ci-après (1) de la page 75. Cependant, si la différence étoit bien sensible, l'on pourroit soutenir qu'il y a dol de la part du donateur, qui devoit connoître sa situation, et qui a pu abuser de l'ignorance du donataire.

Que faut-il entendre par un donataire à titre universel ? Je crois que l'on ne doit appeler de ce nom que le donataire d'une quote de la succession, et non pas celui d'une espèce de biens, comme de tout ou partie des meubles ou des immeubles. *Nec obstant* les articles 1010 et 1012. En effet le légataire de tout ou partie des meubles ou des immeubles, n'est tenu des dettes que parce que le Code l'a voulu ainsi, en décidant qu'il devoit être regardé comme un légataire à titre universel. Mais cette décision qui est, sous quelques rapports, exorbitante du droit commun, doit être renfermée dans son cas, et ne peut être étendue à un autre. D'ailleurs, quel embarras ne résulteroit-il pas de l'opinion contraire ? Lorsqu'une personne donne le quart de ses biens, le donataire est tenu du quart des dettes. Rien de plus facile que d'appliquer et d'exécuter cette disposition. Mais si la donation est de tous les meubles, par exemple, comment déterminer la part que le donataire doit supporter dans les dettes ? Il faudroit donc obliger le donateur à faire l'inventaire estimatif de ce qui lui reste ; ce qui est absurde.

PAGE 74.

(1) *Au donateur.* Il y a, en outre, un mode particulier de révocation pour les donations faites entre époux pendant le mariage. Il en sera traité ci-après, chap. VI, sect. II.

(2) *Du droit de retour.* Il existe sur le droit de retour des donations, un Traité particulier, par DE LA ROUVIÈRE.

(3) *Et de ses descendans. Quid*, si le droit de retour a été stipulé pour le cas du prédécès du donataire seul, et que ce dernier encoure la mort civile, y aura-t-il ouverture de suite au droit de retour, ou seulement dans le cas où le donataire décéderoit naturellement avant le donateur ? La raison de douter se tire de ce que, dans les conventions, le mot de mort s'entend uniquemment de la mort naturelle. Cependant je pense que le droit de retour doit avoir lieu de suite dans l'espèce proposée. Il est évident, en effet, que le donateur a entendu se préférer à tous les héritiers du donataire. Toutes les fois donc que la succession du donataire est ouverte au profit de ses héritiers, je pense qu'il doit y avoir lieu au droit de retour.

Quid, si le retour est stipulé pour le cas du prédécès du donataire sans enfans ? Le droit au retour est perdu, par cela seul que le donataire a laissé des enfans, quand même ces enfans viendroient à mourir avant le donateur.

BIU Cujas

Il pouvoit stipuler le retour pour le cas de prédécès des enfans du donataire. Il ne l'a pas fait. La clause ne peut être étendue d'un cas à un autre.

Il en seroit de même, quand les enfans du donataire renonceroient à sa succession. La seule existence des enfans a fait défaillir la condition sous laquelle le droit de retour pouvoit avoir lieu. *Sic* jugé par un arrêt du Parlement de Paris du 10 mars 1608, rapporté par ROUSSEAUD DE LA COMBE, *verbo* REVERSION, n°. 2.

(4) *Ne se présume pas.* Sauf le cas de l'article 747. Mais nous avons fait voir, sur cet article, que ce n'étoit pas, à proprement parler, un droit de retour, mais un droit de succession.

La Cour de Nîmes a jugé le 20 août 1808 (à la vérité sous la loi du 17 nivose, mais il n'y a aucune raison de différence), que ces mots, *en avancement d'hoirie*, renfermoient une stipulation tacite du droit de retour. (SIREY, 1810; 2^e. part., pag. 563.) En point de droit, cette décision ne me paroît point admissible; car toutes donations en ligne directe descendante sont censées faites en avancement d'hoirie; il résulteroit donc de là que toutes ces donations sont censées renfermer le droit de retour; ce qui n'est pas, et ne doit pas être. (Argument tiré de l'article 747, qui n'accorde à l'ascendant donateur qu'un droit de succession.)

(5) *Qu'au profit du donateur seul.* Autrement, ce seroit une substitution déguisée en faveur de celui au profit duquel on auroit stipulé le droit de retour; et nous avons vu au commencement de ce Titre, que les substitutions sont en général prohibées. (*Voir* un arrêt de Cassation du 22 juin 1812, rapporté dans SIREY, 1813; 1^re. part., pag. 24.) Mais si la clause de retour au profit d'autres que du donateur, existoit, seroit-elle nulle, ou rendroit-elle nulle la disposition? Il me semble que le tout devroit être nul. En vain dira-t-on que la clause de retour ne produit qu'un droit éventuel, qui peut ne jamais se réaliser. Je réponds que, dans l'espèce, si le donateur a stipulé le droit de retour au profit de ses héritiers, le droit n'est pas éventuel, puisqu'un mourant a toujours un héritier, ne fût-ce que le fisc: et en deuxième lieu que, dans une disposition avec charge de conserver et de rendre, la condition apposée à la charge n'empêcheroit pas qu'il n'y eût substitution, et par conséquent lieu à l'application de l'article 896. Donc, s'il est vrai que dans l'espèce il y ait substitution, l'éventualité de la disposition ne doit pas empêcher la nullité.

(6) *Reprend lesdits biens*, de plein droit. La résolution n'a pas besoin d'être demandée en justice. *Quid*, à l'égard des fruits? Je penserois volontiers que la restitution doit en avoir lieu du jour de l'événement qui donne ouverture au droit de retour. *Nec obstat* l'article 962: dans ce dernier acticle, l'événement qui donne lieu à la révocation de la donation peut fort bien être ignoré du détenteur des biens, qui doit en conséquence être regardé comme possesseur de bonne foi, jusqu'à ce que cet événement lui ait été notifié: ici, au contraire,

BIU Cujas

l'événement ne peut être ignoré des parties. D'après cette distinction qui me paroît fondée sur l'équité, si les biens avoient été aliénés, je pense que les tiers acquéreurs ne seroient tenus des fruits que du jour de la notification de l'événement, accompagnée de la sommation de restituer. (Art. précité 962.)

(7) *Dans lequel la donation a été faite.* La famille de la femme a dû compter, pour la sûreté de la dot, sur la garantie des biens donnés. Souvent même, c'est la valeur de la donation faite au mari, qui détermine *le quantùm* de la dot. L'espoir de la famille ne doit pas être trompé; de là je conclus, que, si le donateur a stipulé dans le contrat que les biens donnés ne seront point sujets à l'hypothèque de la femme, la convention est valable et doit être exécutée.

Quid, si les biens que le donataire avoit au moment du mariage, ou qu'il a acquis depuis, étoient d'une valeur suffisante, mais qu'il les ait vendus, et que l'hypothèque légale de la femme ait été purgée, pourra-t-elle exercer son recours sur les biens donnés? Je ne le pense pas, et cela par argument de l'art. 2037.

Quid, si la femme vient à mourir, et que l'époux se remarie, la seconde femme aura-t-elle hypothèque pour ses reprises sur les biens donnés? Non, sans doute. Son hypothèque ne résulte pas du contrat dans lequel la donation a été faite. Mais le donateur pourroit-il, en intervenant dans le deuxième contrat, consentir l'hypothèque? Je ne vois à cela aucune difficulté. Mais il y auroit cette différence, que l'hypothèque de la première femme étoit légale, et avoit en conséquence effet, sans stipulation et sans inscription; au lieu que l'hypothèque de la seconde étant conventionnelle, il faudroit qu'elle fût expresse, spéciale, etc.; en outre, qu'elle fût inscrite; et elle n'auroit rang que du jour de l'inscription. Je ne pense cependant pas que l'inscription fût nécessaire vis-à-vis du donateur, s'il avoit consenti l'hypothèque, comme elle ne l'est pas, en général, vis-à-vis du débiteur : mais elle le seroit bien certainement vis-à-vis de ses créanciers.

Page 75.

(1) *Apposées à la donation.* Mais le donateur a-t-il le choix, ou de demander la révocation, ou de forcer le donataire d'exécuter les conditions imposées? J'avoue que la jurisprudence ancienne, et la majorité des auteurs paroissent avoir embrassé l'opinion que le donataire peut toujours se dispenser d'exécuter les conditions, en renonçant à la donation. Mais je ne vois aucune raison plausible de cette décision, qui me paroît contraire aux principes du droit Romain, L. 70, §. 1, versic. *hœc ità*, ff. *de Legatis*; 2°., et à l'article 1184 du Code. En effet, il est bien constant que la donation est un contrat, qu'elle en a tous les caractères, même quand elle est purement gratuite. *Le contrat de bienfaisance*, dit l'article 1105, *est celui dans lequel l'une des*

BIU Cujas

parties promet à l'autre un avantage purement gratuit ; à plus forte raison est-ce un contrat, quand elle est faite avec des charges. Or, dans les contrats, *quæ sunt ab initio voluntatis, ex post facto fiunt necessitatis.* C'est pour cela que l'article 1184 décide formellement que la partie qui a exécuté ses engagemens, peut, à la vérité, demander la résolution du contrat, dans le cas où l'autre partie ne satisfait pas aux siens ; mais qu'elle peut aussi renoncer à cette action, et forcer l'adversaire d'exécuter la convention, lorsqu'elle est possible. D'un autre côté, la résolution de l'acte n'est-elle pas une sorte de peine imposée par la loi à celui qui n'exécute pas la convention ? et l'art. 1228 ne porte-t-il pas que le créancier, au profit duquel il a été stipulé une peine, peut s'abstenir de la demander, et poursuivre l'exécution de l'obligation principale ? Que peut-on répondre à ces principes qui ne peuvent être contestés ? L'on dit qu'il ne peut y avoir donation, qu'autant qu'il y a avantage pour le donataire. Cela est vrai ; mais quelle est la conséquence que l'on doit tirer de cette proposition ? c'est que, toutes les fois que les charges excèdent ou égalent les choses données, il n'y a pas donation, dans le sens que le donataire n'est point astreint aux dispositions prescrites pour les donations seulement, telles que la rigueur des solennités, la nécessité de la transcription, la réduction pour les légitimes, l'obligation de fournir des alimens au donateur, etc. Mais, de ce que l'acte n'est pas une donation, faut-il en conclure qu'il ne soit rien ? Et l'axiome, *plus valet quod actum, quàm quod scriptum intelligitur*, ne doit-il pas recevoir son application ? De ce que les parties ont appelé donation un acte qui n'en est pas une, mais qui est une vente, par exemple, s'ensuit-il que cet acte ne doit point valoir comme vente ? Et alors peut-on dire que l'acheteur a le droit de se désister du contrat, pour se dispenser de remplir les conditions imposées ?

On opposera peut-être encore l'article 17 de l'Ordonnance des Donations, confirmé par l'article 1084 du Code, qui permet au donataire de biens présens et à venir, de s'en tenir, lors du décès du donateur, aux biens présens, et de renoncer aux biens à venir, si les dettes contractées depuis la donation en excèdent le montant. Mais je répondrai qu'il faut bien se garder de confondre la donation de biens à venir, avec celle de biens présens. La première ne transmet rien ; ce n'est qu'une espérance, une promesse de tout ou partie de la succession. Mais la succession ne s'ouvrira toujours qu'au moment du décès, et ce n'est qu'à ce moment que le donataire pourra connoître les charges dont elle est grevée. Il étoit donc juste de lui accorder jusques-là le droit d'y renoncer ; et cependant il a fallu encore pour cela une disposition expresse de la loi. Existe-t-il une pareille disposition pour la donation entre-vifs ? Non, sans doute, et ce n'est pas sans raison. Dans cette donation, le donataire est saisi de suite. Les charges doivent être exprimées formellement dans l'acte de donation, ou dans un état y annexé. Le donataire

BIU Cujas

ne peut prétendre qu'il en a ignoré le montant; et quand il est censé avoir accepté en pleine connoissance de cause, prétendre qu'il peut se dispenser d'exécuter les conditions, en renonçant à la donation, c'est, à ce qu'il me semble, violer tous les principes relatifs aux obligations conventionnelles.

Enfin, l'article 1052 me paroît décisif en faveur de cette opinion. En effet, il décide d'une manière formelle, que ceux auxquels il a été fait, en premier lieu, une donation sans aucunes charges, et qui acceptent une seconde donation, sous la condition que les biens précédemment donnés seront grevés de restitution, ne peuvent point renoncer à cette seconde disposition, afin de rendre par là libres, dans leurs mains, les biens compris dans la première. Il me semble qu'il est impossible de décider plus expressément que le donataire n'a pas le droit de renoncer à la donation pour se dispenser d'en exécuter les charges.

Quid, si la condition est à l'avantage d'un tiers, ce tiers aura-t-il action pour en demander l'exécution? Oui (*L.* 3, Cod. *de Donat. quæ sub modo*, et art. 1121 du Code); mais son action se borne là; et si le donataire refuse, il ne pourra pas former la demande en révocation, qui appartient au donateur seul.

Mais le donateur et le donataire pourroient-ils, par une nouvelle convention, révoquer la condition apposée en faveur d'un tiers? Oui, mais seulement tant que ce dernier n'a pas déclaré vouloir en profiter. (*Voyez* l'article 1121, et les notes (2), (3), (4) et (5) de la page 70, ci-dessus.)

(2) *N'est pas exceptée.* La femme et sa famille ont dû connoître les conditions. C'étoit à eux à veiller à ce qu'elles fussent exécutées.

(3) *Dans les mains du donateur.* Le donateur a donc, dans ce cas, l'action réelle contre les tiers détenteurs; mais si la condition est de nature à être accomplie par toutes sortes de personnes, les tiers peuvent l'accomplir, au nom et en la place du donataire. (Argument tiré de l'article 1237.)

(4) *Et prononcée en justice.* Dans quel délai la demande doit-elle être formée? La loi étant muette à cet égard, il faut appliquer la règle générale, qui veut que toutes les actions se prescrivent par trente ans, lorsque la loi n'a pas déterminé de délai plus court. Ce n'est pas le cas d'appliquer l'article 1304. Il ne s'agit point là de faire rescinder le contrat, mais bien, au contraire, d'en poursuivre l'exécution.

En effet, la condition résolutoire étant sous-entendue dans toutes les conventions synallagmatiques, c'est comme si le donataire s'étoit obligé expressément à rendre les biens, dans le cas où il ne satisferoit pas à la condition imposée. Or, il n'y a pas de doute que l'action résultant d'une pareille convention, ne dure trente ans. C'est aussi l'avis de Ricard, *des Donations*, Part. III, n°. 729.

Mais de quand courent les trente ans? Du jour où le juge arbitrera que la

BIU Cujas

condition a pu et dû être exécutée par le donataire. Car ce n'est que de ce jour que l'action ou révocation a pu s'ouvrir en faveur du donateur. *Voir* l'article 2257.

Observez qu'il s'agit ici de conditions potestatives de la part du donataire. Mais si la condition étoit casuelle, le cas arrivant, il y auroit résolution, et non simplement révocation, tellement que la propriété des biens repasseroit *de plano* sur la tête du donateur, qui, en cas de refus de la part des détenteurs, le donataire, ou autres, pourroit former directement contr'eux une demande ou revendication.

Les fruits sont-ils dus, et de quand le sont-ils ? Si la condition étoit potestative, je pense que les fruits sont dus par le donataire du jour où, ayant pu accomplir la condition, il ne l'a pas fait. Car, de ce moment, il a cessé d'être possesseur de bonne foi. Mais si elle étoit casuelle, il ne doit les fruits que du jour où il a dû connoître l'événement qui donne lieu à la résolution. Quant aux tiers, ils ne doivent, dans tous les cas, les fruits que du jour de la sommation.

Observez, au surplus, 1°. que l'action dont il s'agit, passe aux héritiers du donateur, quand même celui-ci ne l'auroit pas intentée de son vivant.

2°. Que si c'est par cas fortuit que la condition n'a pu être accomplie, et sans qu'il y ait eu aucune négligence de la part du donataire, elle est réputée impossible, et conséquemment non écrite.

3°. Qu'il existe une distinction importante entre la condition, et la cause ou le motif. Le non-accomplissement de la condition donne lieu à la révocation. La fausseté du motif exprimé dans la donation, n'a pas en général le même effet. (*L.* 3, ff. *de Donat.*) Exemple :

Je donne telle chose à Pierre, s'il a bien géré mes affaires. La donation est conditionnelle ; et si Pierre n'a pas géré, ou a mal géré, la donation est nulle ; et, dans ce cas, c'est à Pierre à faire la preuve de la gestion, et de la bonne gestion.

Je donne telle chose à Pierre, parce qu'il a bien géré mes affaires. Il n'y a pas de condition, et la donation est valable, quand même Pierre n'auroit pas géré, ou auroit mal géré. Le motif de cette décision est que la donation n'a pas besoin d'autre cause que de la bienveillance du donateur pour le donataire. En conséquence, peu importe que le motif allégué soit vrai ou faux, puisque la donation seroit valable, quand il n'y en auroit aucun.

Mais, néanmoins, si l'on peut prouver que la donation n'auroit pas eu lieu si le motif n'eût pas existé, la donation doit être annullée. C'est encore l'avis de Ricard, *ibid.*, n°. 340, fondé sur la loi 72, §. 6, ff. *de Condit. et Demonstrat.* Je pense qu'il en doit être de même, s'il étoit prouvé qu'il y a eu dol de la part du donataire, *putà*, si, dans l'espèce ci-dessus, il avoit fait accroire au donateur qu'il avoit géré ses affaires, tandis qu'il n'en étoit rien.

BIU Cujas

Il y a encore une autre espèce de cause ou de motif que les Romains appeloient *modus*, en droit Français, *charge*. *Voyez* ci-après au chapitre *des Dispositions testam.* Enfin il en est un que l'on pourroit plutôt appeler désignation d'emploi ; comme dans cette disposition : *Je donne et lègue à Pierre cent, pour aider à l'établir, à lui faire faire ses études, etc.* Ces sortes de dispositions sont regardées comme pures et simples ; et ce qui est ajouté, est censé mis simplement pour désigner un emploi, d'après le besoin probable du légataire, mais sans qu'il en résulte de sa part aucune nécessité de s'y conformer. Aussi jugeoit-on constamment dans ce cas, que le legs devoit être délivré de suite, et même qu'il étoit transmissible aux héritiers du légataire, dans le cas de décès de celui-ci, avant que l'emploi désigné eût pu être fait. (Ricard, *des Dispositions condit.*, nº. 43 et suivans.) Un arrêt du Parlement de Bordeaux, du 3 juin 1668, rapporté au Journal du Palais, a même jugé qu'un legs, fait par une tante à sa nièce, payable un an après son mariage, pouvoit être demandé par la légataire, quoique non mariée, mais âgée de vingt-six ans : la question souffrit néanmoins difficulté, puisque l'arrêt cité rapporte que les juges allèrent trois fois aux opinions.

Si cependant la désignation d'emploi étoit fondée sur quelque considération particulière, même dans l'intérêt du légataire, l'héritier pourroit, par respect pour l'intention du défunt, exiger que l'emploi fût fait conformément à sa volonté ; *putà*, si une somme a été léguée à un mineur pour être employée en acquisition d'héritages, il est évident que le testateur a voulu que l'effet de sa libéralité fût conservé au légataire, et qu'il a eu principalement en vue les obstacles que la loi met à l'aliénation des immeubles des mineurs, tandis que les deniers comptans ou les objets mobiliers peuvent être aisément dissipés ou divertis. En conséquence le legs sera bien toujours regardé comme pur et simple; mais, comme nous venons de le dire, l'héritier, ou l'exécuteur testamentaire pourront exiger l'emploi et le surveiller.

Quid, si l'emploi étoit impossible, *putà*, si, dans l'espèce précédente, le testateur avoit désigné l'héritage à acheter, et que cet héritage ne fût point à vendre au moment du décès ? Ricard, *des Disposit. condit.*, décide avec raison que la volonté du testateur doit être exécutée par équipollent. (Argument tiré de la loi 16, ff. *de usu et usuf. legato.*)

(5) *Qui peuvent donner lieu à la révocation.* Le donateur pourroit-il, dans l'acte de donation, renoncer à demander la révocation pour cause d'ingratitude ? Non. *Servanda non sunt pacta quæ ad delinquendum invitant.* (*L.* 5, §. 1, ff *de Pactis dotalibus.*)

Les donations mutuelles sont-elles révocables pour cause d'ingratitude ? Oui, et, sans réciprocité, c'est-à-dire, que la donation faite à l'ingrat est révoquée, et que la donation faite par lui subsiste. (Argument tiré des articles 299 et 300) ; et ce, quand même les deux donations seroient faites par le même acte.

BIU Cujas

La remise faite à un débiteur peut-elle être révoquée pour cause d'ingratitude ? Oui, c'est une véritable donation. (*L.* 3, §. 10, ff. *de Donat. inter vir. et uxor.*)

Quid, si le donataire est une femme mariée ? La donation peut être révoquée quand même le mari ne seroit intervenu en rien dans le fait qui donne lieu à la révocation. La révocation est ici la peine du délit d'ingratitude, qui peut être commis par une femme, comme par tout autre. Il en est de même du mineur, s'il est *doli capax*. (Argument tiré de l'article 1310, et Ricard, *des Donations*, part. 3, n°. 680.)

(6) *Si le donataire.* Remarquez qu'il faut que l'ingratitude émane du donataire lui-même. La révocation n'auroit pas lieu pour faits commis par ses héritiers.

(7) *A la vie du donateur.* Il suffit que le donataire ait *attenté*. On n'exige pas qu'il ait été condamné pour cet attentat, comme l'article 727 l'exige pour que l'héritier soit déclaré indigne. On a probablement regardé le donataire comme plus coupable que l'héritier. Celui-ci tient son droit de la loi ; celui-là tient tout de la volonté et de la bienfaisance du donateur.

(8) *Ou injures graves.* Je pense qu'il en seroit de même, si les sévices, etc., avoient été commis envers la femme ou les enfans du donateur. (Argument tiré du §. 2, Instit., *de Injuriis*, et de l'article 1113 du Code.)

Remarquez qu'il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait injure, que les faits imputés soient controuvés. La publicité donnée à des faits même vrais, peut, suivant les circonstances, être regardée comme une injure grave. (Ricard, *ibid*, n°. 693, et argument tiré de l'article 368 du Code Pénal.)

(9) *S'il lui a refusé des alimens.* Donc l'acceptation du donataire emporte de sa part obligation de fournir des alimens au donateur. Donc le donateur auroit chez nous, comme chez les Romains, une espèce de bénéfice de compétence, qui consisteroit en ce que, s'il étoit poursuivi par le donataire en exécution de la donation, il ne pourroit être condamné, s'il étoit dans le besoin, qu'à la charge par le donataire de lui assurer des alimens. Mais il y auroit encore cette différence entre notre droit et celui des Romains, que, chez ces derniers, outre le nécessaire pour subsister, le donateur pouvoit encore garder de quoi payer ses dettes (*L.* 19, §. 1, ff. *de Re judicatâ*) ; ce qui n'auroit pas lieu chez nous. Mais aussi la pension alimentaire payée par le donataire seroit insaisissable, excepté pour cause d'alimens. (*Cod. de Proc.*, art. 581.)

Page 76.

(1) *Pendant une année.* C'est une action d'injures, qui est annale. (*L.* 5, Cod., *de Injuriis.*) Cependant Pothier pensoit que, quand il s'agissoit d'un crime qui ne pouvoit s'éteindre que par un délai plus long, la révocation pouvoit être prononcée, tant que l'action publique n'étoit pas prescrite. Cette

BIU Cujas

opinion est très-morale : car il semble qu'il seroit bien scandaleux de voir, par exemple, l'homme condamné comme assassin, conserver la propriété de biens provenant de la bienfaisance de celui qu'il a assassiné. Cependant il seroit difficile de concilier cette décision avec la disposition bien claire et bien formelle de l'article 957.

(2) *Après la mort du donataire*, à moins qu'elle n'ait été intentée de son vivant. *Actiones tempore inclusæ litis contestatione perpetuantur.* (*L.* 139, ff. *de Regulis juris.*)

Je pense même qu'il y auroit un cas où la révocation pourroit être demandée contre les héritiers du donataire, ce seroit celui où il seroit prouvé qu'il est mort en attentant, ou peu après qu'il a voulu attenter à la vie du donateur.

(3) *Dans l'année du délit*, si toutefois les héritiers ont su que le délit avoit été commis par le donataire. Ainsi, le donateur a été assassiné ; on ignore par qui. Plusieurs années après sa mort, on vient à découvrir que c'est le donataire qui est l'assassin. Il n'est pas douteux que les héritiers du donateur n'aient un an, à compter de cette époque, pour demander la révocation.

(4) *Des objets immobiliers.* Les meubles n'ont pas de suite. Ainsi, dans tous les cas, le donateur d'objets mobiliers n'a qu'une action personnelle contre le donataire.

(5) *Sur lesdits objets.* Pourquoi les aliénations et autres charges réelles imposées sur les biens donnés, ne sont-elles révoquées, dans ce cas, qu'autant qu'elles sont postérieures à la transcription de la demande, tandis que la révocation pour cause d'inexécution des conditions, ou pour survenance d'enfans, annulle toutes les charges ou aliénations généralement quelconques, qui ont pu être imposées ou faites par le donataire ou ses ayant-cause? Voici la raison très-fondée qu'en donnent les auteurs. Quand la révocation, disent-ils, a lieu, *ex causâ antiquâ et inexistenti contractu*, pour une cause ancienne, et dont le germe existe dans le contrat même, toutes les charges et aliénations sont résolues. Ainsi, les conditions dont l'inexécution entraîne la révocation de la donation, avoient été imposées par l'acte même de donation. La clause de révocation par survenance d'enfans y est toujours contenue tacitement, *vi ipsâ legis*. En conséquence, ces deux causes de révocation résolvent toutes charges ou aliénations. Mais l'ingratitude du donataire est une cause nouvelle, dont le germe n'existe pas dans le contrat, et qui n'a pas dû même y être prévue. En conséquence, toutes les aliénations faites, ou les charges imposées, avant que la demande en révocation soit connue, doivent subsister. Je vais développer ce raisonnement, de manière à le rendre plus clair pour des commençans.

Quand je traite d'un bien avec une personne, je dois me faire représenter le titre en vertu duquel elle possède ; si je vois que ce titre est une donation, et

BIU Cujas

qu'il impose au donataire certaines charges, je dois exiger de lui la preuve qu'il y a satisfait. Si je ne le fais pas, il y a de ma part négligence, ou au moins consentement tacite à courir les chances qui pourront arriver. En conséquence, si la révocation a lieu, je serai obligé de rendre les biens, sauf mon recours en garantie, s'il y a lieu, contre le donataire, mais sans pouvoir, à raison de ce, opposer aucune exception au donateur.

Il en est de même en cas de révocation pour survenance d'enfans. Quoique la clause ne soit pas exprimée dans le contrat, néanmoins, comme personne n'est présumé ignorer le droit, et que c'est la loi elle-même qui est censée insérer, dans les donations faites par ceux qui n'ont point d'enfans, la clause de révocation, clause à laquelle elle ne permet pas même de déroger, les tiers sont non-recevables à se plaindre de la résolution des droits qu'ils peuvent avoir acquis sur les biens donnés, parce qu'en les acquérant, ils ont pu et dû s'informer si le donateur avoit des enfans au moment de la donation; et, s'il n'en avoit pas, et que néanmoins ils aient acquis, ils sont censés s'être volontairement soumis à courir la chance d'une révocation.

Mais rien dans le contrat, ni dans la loi, n'a pu faire pressentir aux tiers que la donation pourroit être un jour révoquée pour cause d'ingratitude. Ils ont dû savoir, à la verité, que si le donataire étoit ingrat, la donation seroit révoquée; mais ils n'ont pas dû prévoir qu'il seroit ingrat. L'ingratitude est un délit, au moins dans l'ordre naturel, et les délits ne se présument pas. Et ce qui prouve bien évidemment que la différence qui existe entre les diverses causes de révocation, relativement à la résolution des aliénations, tient uniquement à la faculté que les tiers ont pu avoir de connoître la cause qui pouvoit donner lieu à la révocation, c'est que, même dans le cas d'ingratitude, ce n'est ni l'époque de la demande, ni celle du jugement que l'on considère, mais seulement celle de la transcription de la demande au bureau des hypothèques, parce que, à compter de ce moment, les tiers ont eu un moyen facile de connoître s'il existe, de la part du donataire, des faits d'ingratitude qui puissent donner lieu à la révocation.

(6) *Par ledit donataire*, soit même pour raison des pertes ou dégradations que les objets peuvent avoir éprouvées par le fait du donataire. *Nec obstat*, que celui-ci a dû se croire propriétaire, et que *nulli culpæ subjectus est, qui rem quasi suam neglexit*; car cette disposition n'est applicable qu'à celui qui, possédant à juste titre, est évincé par un fait entièrement indépendant de sa volonté: mais il n'en est pas de même ici. Il ne tenoit qu'au donataire de conserver l'objet donné. C'est par son fait qu'il est évincé. Il doit donc être assimilé au possesseur de mauvaise foi.

Par suite du même principe, si le donataire a fait des dépenses sur l'objet donné, il faudra distinguer: S'il s'agit de dépenses nécessaires, elles doivent lui être remboursées *omnimodò*, sauf toutefois les dépenses d'entretien, qui

BIU Cujas

sont charge des fruits que gagne le donataire. Si les dépenses sont seulement utiles, appliquez l'art. 555. S'il s'agit de dépenses voluptuaires, le donataire pourra seulement enlever ce qui peut l'être sans détériorer le fonds.

Les mêmes décisions doivent s'appliquer au cas de révocation pour inexécution des conditions.

(7) *En faveur du mariage.* Une donation faite en faveur du mariage est censée faite au profit, non seulement de l'époux donataire, mais encore des enfans à naître du mariage, qui ne doivent pas être victimes de l'ingratitude de leur auteur.

Cet article s'applique-t-il à toutes les donations faites par contrat de mariage, tant par les tiers aux époux, que par les époux entr'eux? Je pense qu'il ne s'applique pas à ces dernières. (Arg. tiré des art. 299 et 300, qui ne distinguent pas s'il existe, ou non, des enfans du mariage.) Il y a d'ailleurs une raison de différence, c'est que, dans ce dernier cas, la révocation ne préjudicie pas aux enfans, qui retrouveront toujours les objets donnés dans la succession du donateur.

Ce mode de révocation s'applique-t-il aux donations rémunératoires? Si le fait, qui donne lieu à la récompense, étoit tel qu'il pût servir de fondement à une obligation parfaite, même simplement naturelle, comme alors il n'y a plus donation, mais payement, il n'y a pas lieu à révocation. *Secùs*, dans le cas contraire; la question rentre donc entièrement dans le domaine du juge : dans tous les cas, il y auroit toujours donation, et par conséquent révocation, pour ce qui excéderoit le montant appréciable des services rendus.

(8) *Sur une présomption.* Cette présomption est une de celles qui n'admettent pas la preuve contraire. Car, quand même le donateur auroit renoncé d'avance à demander la révocation pour cette cause, la donation n'en seroit pas moins révoquée.

(9) *S'il eût cru en avoir un jour.* C'est là le véritable motif de la disposition qui a établi la révocation pour survenance d'enfans. Quelques personnes avoient prétendu que cette révocation étoit fondée sur ce que le donateur ne connoît pas encore les mouvemens de la tendresse paternelle. Mais ce qui prouve que cette raison est nulle, c'est que la donation faite par celui qui a eu des enfans, mais qui n'en a plus au moment de la donation, est également révoquée par la survenance d'un nouvel enfant.

(10) *Toutes donations.* Soit de biens présens, soit de biens à venir, soit de biens présens et à venir, faites par acte public, ou simplement manuelles, directes ou indirectes; la loi ne distingue pas. En conséquence, je pense que l'on doit appliquer ce mode de révocation à tous les actes par lesquels une personne diminue, ou manque d'augmenter son patrimoine, pour faire profiter un tiers, soit en disposant de ce qu'elle avoit déjà acquis, soit en s'abstenant de ce qu'elle pouvoit acquérir. On peut rapporter ici tous les exemples cités ci-dessus note (2) de la page 40, telles que la remise d'une dette, la renonciation à une

BIU Cujas

succession avantageuse, etc., et autres semblables. *Quid* à l'égard des sommes payées en vertu d'une transaction? C'est une question de fait. Les juges auront à examiner si le droit étoit réellement douteux ou non. Dans le premier cas, il n'y a pas lieu à appliquer l'article 960. *Secùs* dans le second.

(11) *Mutuelles.* Les donations mutuelles entre-vifs sont permises, même faites par un seul et même acte (sauf entre époux, pour une raison qui sera expliquée en son lieu). L'article 968, en prohibant seulement les dispositions mutuelles testamentaires, faites de cette manière, permet implicitement celles qui sont faites entre-vifs. Mais dans ce cas, si l'une des donations est révoquée par la survenance d'enfans, l'autre continuera-t-elle de subsister? Je pencherois volontiers pour l'affirmative. La survenance d'enfans est une condition résolutoire dans toutes les donations. Et si l'on suppose maintenant deux donations mutuelles faites par le même acte, et toutes deux sous une condition résolutoire expresse, que la condition de l'une seulement vienne à se réalise l'autre donateur pourroit-il prétendre que sa donation est également résolue Non sans doute. Donc, *à pari*, etc.

(12) *Rémunératoires.* Sauf la distinction établie dans la note (7) ci-dessus. Si les services étoient tels qu'ils pussent produire une obligation même purement naturelle, il n'y a plus donation, mais payement, et, par conséquent, il n'y a pas lieu à la révocation pour survenance d'enfant. *Voyez* l'arrêt de Bruxelles, cité dans la note (1) de la page 73. *Quid,* si la donation excédoit le prix des services? Elle est révoquée, jusqu'à concurrence de l'excédant; car, jusque-là, c'est un contrat de dation en payement. Il n'y a que l'excédant qui soit donation. *Quid*, si la donation est d'un corps certain qui ne soit pas naturellement divisible? Appliquez l'article 866.

Page 77.

(1) *Qui n'a pas de postérité*, au moment de la donation. Peu importe qu'elle en ait eu auparavant.

Quid, si, au moment de la donation, le donateur n'avoit qu'un enfant, mais mort civilement, la donation seroit-elle révoquée par la naissance d'un nouvel enfant? Je pense qu'oui. Les mots *vie* et *mort*, dans le langage des lois, se prennent pour la vie et la mort, soit naturelle, soit civile. D'ailleurs, l'enfant mort civilement ne pouvant succéder à son père, il y a présomption que c'est cette considération qui a déterminé la donation. Donc, ce cas doit être assimilé à celui où le donateur n'a aucun enfant.

(2) *Par les conjoints l'un à l'autre;* et ce, pour plusieurs raisons: 1°. On ne peut pas dire que le donateur a cru qu'il n'auroit pas d'enfans; on ne se marie ordinairement que pour en avoir; 2°. il a bien pu préférer son époux à ses enfans; 3°. enfin les enfans retrouveront les biens donnés dans la succession du donataire.

BIU Cujas

Quid, dans l'espèce suivante ? Un homme en se mariant, fait à sa femme une donation de biens présens, sans stipulation de retour. La femme meurt sans enfans. Des collatéraux recueillent sa succession, qui comprend les biens donnés. L'époux veuf se remarie, et a des enfans du second mariage. La donation sera-t-elle révoquée ? Non, d'après la lettre de l'article ; oui, d'après son esprit. L'on voit, en effet, par ce que nous venons de dire, que, de tous les motifs qui ont déterminé le Législateur, il n'en est pas un qui puisse être invoqué par les collatéraux. Sans doute, comme dit M. GRENIER, le donateur a pu vouloir se dépouiller en faveur de la mère des enfans qu'il auroit ; mais il n'est jamais présumé vouloir que ses biens passent à des étrangers, au préjudice des enfans qu'il aura par la suite. Quoi ! une donation faite par un étranger, par contrat de mariage, à deux époux, sur la foi de laquelle deux familles se sont unies, une troisième s'est élevée, une pareille donation pourra être révoquée au bout d'un grand nombre d'années par la survenance d'un enfant du donateur ; et par un respect judaïque pour la lettre de la loi, on maintiendra, au profit des collatéraux, une donation qui dépouille les enfans même du donateur ! Non ; telle n'a pu être l'intention du Législateur. Je sais bien qu'un arrêt de Cassation, du 29 messidor an 11 (SIREY, an 12 ; 1re. partie, pag. 21), a rejeté le pourvoi contre un arrêt de la Cour d'Appel de Poitiers, qui avoit jugé contre la révocation ; mais comme un arrêt de rejet est toujours fondé sur ce que l'arrêt dénoncé n'a contrevenu à aucune loi, et qu'on pouvoit dire cela à la rigueur de l'arrêt de Poitiers, puisqu'il avoit jugé conformément à la lettre de la loi, il ne résulte de là aucun préjugé ; et la question me paroît toujours entière.

(3) *Par leurs ascendans.* L'article ayant commencé par établir que la révocation n'a lieu que quand le donateur n'a point d'enfans au moment de la donation, il sembloit inutile d'excepter de la révocation les donations faites par les ascendans aux conjoints, puisqu'il est certain que, dans ce cas, le donateur avoit des enfans au moment de la donation ; mais c'est qu'on a prévu le cas où l'ascendant n'auroit point d'autre enfant que le donataire. L'on auroit pu croire qu'alors la survenance d'un nouvel enfant devoit annuller la donation ; et l'article a voulu établir la négative.

(4) *Nés au moment de la donation.* Il ne suffiroit pas qu'ils fussent conçus. (Art. 961.) *Infans conceptus pro nato quidem habetur, sed quoties de commodis ejus agitur.* Or, ici il a intérêt que la fiction n'ait pas lieu, afin que la donation puisse être révoquée. Ainsi la donation faite par une femme enceinte, et dont la grossesse même seroit très-avancée, seroit révoquée par l'accouchement, si l'enfant naissoit viable : *L'enfant du donateur ou de la donatrice*, dit l'article 961.

Il en seroit de même à l'égard d'un petit-fils, dans l'espèce suivante : Pierre n'ayant eu qu'un fils, qui est mort laissant sa femme enceinte, fait une dona-

BIU Cujas

tion. La veuve accouche, la donation est révoquée; et, dans tous les cas, soit que le donateur ait connu ou non la grossesse. La loi ne distingue pas davantage.

Pothier applique ce principe même au cas de retour de l'enfant unique du donateur, qui étoit absent, sans nouvelles, au moment de la donation. Cette opinion a, en sa faveur, d'abord bien certainement l'esprit de la loi, et ensuite le principe posé au Titre *des Absens*, que l'absent qui ne reparoît pas, est présumé mort du jour de sa disparition. L'on peut donc penser que c'est cette présomption qui a déterminé la père à faire la donation. D'ailleurs, le retour de l'absent peut être comparé en quelque sorte à une nouvelle naissanee. C'est aussi l'avis de Ricard, Part. 3, n°. 596.

Il en seroit de même, si, au moment de la donation, le donateur n'avoit qu'un enfant mort civilement, et qui soit rétabli depuis dans ses droits civils.

L'enfant né d'un mariage putatif révoqueroit-il la donation ? Si les deux époux étoient de bonne foi, la donation seroit révoquée, quel que fût celui qui ait donné. S'il n'y en avoit qu'un de bonne foi, il n'est pas douteux que les donations faites par lui ne soient révoquées. Quant à celles qui auroient été faites par l'époux de mauvaise foi, cela peut présenter plus de difficulté : le mariage n'ayant pas, dans ce cas, les effets civils à l'égard du donateur, comment lui accorder une action qui suppose la légitimité du mariage ? D'ailleurs, *nemo ex delicto suo debet emolumentum consequi.* D'un autre côté, les enfans pouvant réclamer les effets civils, il paroît difficile de les priver du bénéfice de la révocation. Je vais hasarder, à cet égard, une opinion qui semblera peut-être singulière, mais qui me paroît la seule qui puisse concilier le droit des enfans avec les principes; c'est de déclarer la donation révoquée de plein droit, mais dans l'intérêt des enfans seulement; c'est-à-dire, de leur adjuger en propriété, même du vivant du père, les biens provenant de la donation. Il me semble que cette décision ne préjudicie à personne. Quant au donataire, il est certain que la donation est révoquée; les enfans sont réputés légitimes; ils sont nés depuis la donation. Le cas prévu par l'article 960 est donc arrivé. Or, dès que la révocation a lieu, peu lui importe que les biens appartiennent aux enfans ou au père. Quant au donateur, de quoi peut-il se plaindre ? c'est lui-même qui s'est dépouillé par la donation. Sa mauvaise foi empêche bien certainement qu'il ne puisse réclamer, dans son intérêt, le bénéfice de l'article 960. Quant à lui, la donation est donc irrévocable. Mais si, d'un côté, la donation est révoquée, et si, de l'autre, le père ne peut réclamer les biens donnés, il semble juste et conforme à l'intention du Législateur, de les transmettre directement aux enfans.

Quel seroit l'effet de l'adoption ? Elle ne révoqueroit certainement pas les donations antérieures : quant aux postérieures, *voir* au 1er. Vol. la note (5) de la page 96.

BIU Cujas

(5) *Par la force même de la loi.* Par le fait seul de la naissance de l'enfant, mais pourvu qu'il naisse viable : autrement il est censé n'avoir jamais existé, et la donation ne sera point révoquée. Quant à la question de savoir qui doit prouver la viabilité ou la non viabilité, *voyez* ci-dessus la note (9) de la page 24.

(6) *Par la naissance d'un posthume*, pourvu toutefois qu'il naisse viable. Mais, dans ce cas, à quel titre le posthume prendra-t-il les biens provenant de la donation ? Les prendra-t-il, de son chef, ou comme héritier de son père ? Il ne pourra les prendre que comme héritier de son père, et qu'autant qu'il aura accepté sa succession. Car au moyen de la clause résolutoire, les choses sont remises au même état que s'il n'y avoit pas eu de donation. (Art. 1183.) Les biens sont donc censés n'être jamais sortis des mains du donateur, et faire en conséquence partie de sa succession.

Page 78.

(1) *Sans préjudice des droits acquis aux tiers dans l'intervalle.* Si donc il existoit, au moment de la naissance de l'enfant, sur les biens du donateur, une hypothèque de la nature de celles qui frappent les biens présens et à venir du débiteur, les immeubles compris dans la donation, se trouveroient, à ce même moment, frappés de cette hypothèque, quand même ils ne rentreroient pas dans la possession du donateur ; et s'il les donne de nouveau à la même personne, la propriété ne lui en sera transférée que grevée de ladite hypothèque.

(2) *N'ait duré trente ans.* Ainsi le tiers-détenteur, même avec titre et bonne foi, ne pourra prescrire que par trente ans. *Nec obstat* l'article 2265 : dans ce dernier article, il s'agit de celui qui a acquis *à non domino*, et qui a besoin de la prescription pour acquérir la propriété. Ici le donataire est propriétaire du moment de la donation ; il n'a donc pas besoin de la prescription pour le devenir. L'on doit en dire autant de celui à qui il a transmis l'objet par un acte translatif de propriété. Mais en même temps, le fait de la survenance d'enfans rend le donataire sujet à une action révocatoire. Il a donc besoin, non de la prescription à l'effet d'acquérir, mais de la prescription à l'effet de se libérer, qui ne s'accomplit que par trente ans. Ajoutez, que toute donation faite par celui qui n'a pas d'enfans, étant censée faite sous la condition qu'il ne lui en surviendra pas, cette condition affecte les biens donnés, dans quelques mains qu'ils passent, parce que le donataire n'a pu les transmettre qu'avec les charges dont ils étoient grevés. Tout détenteur est donc sujet à l'action révocatoire résultant de l'événement de la condition, action qui, comme on vient de le dire, ne s'éteint que par trente ans. Cependant voyez la note suivante.

(3) *Du dernier enfant du donateur.* Pourquoi pas du premier, puisque c'est du jour de la naissance de ce premier enfant, que l'action en revendication a été ouverte, et que, *contrà valentem agere, currere debet*

BIU Cujas

præscriptio ? On a pensé, disent FURCOLE et POTHIER, que le droit étoit, à la vérité, ouvert depuis la naissance du premier enfant, mais que la naissance de chacun des enfans nés depuis, ajoutoit un nouveau droit à celui que le donateur avoit déjà acquis, et que conséquemment, ce nouveau droit ne pouvoit se prescrire que du jour de la naissance de chaque enfant. Cette raison est évidemment mauvaise. Le droit du donateur est unique : il est acquis, et entièrement acquis par le fait de la naissance du premier enfant, tellement qu'il le conserve même, nonobstant la mort de cet enfant survenue avant qu'il lui en naisse d'autres. En général, je pense qu'on a eu tort de chercher à donner des raisons légales des dispositions de cet article, qui est copié de l'article 45 de l'Ordonnance. Il suffit de dire que le Législateur a voulu singulièrement favoriser ce mode de révocation, et que c'est ce motif qui lui a fait adopter des dispositions qu'il est impossible de concilier avec les principes généraux du droit. En effet, ce que nous avons dit dans la note précédente, relativement à la prescription trentenaire, est-il bien concluant ? Il est certain que la donation est révoquée de plein droit par la survenance du premier enfant du donateur. Cette révocation a pour effet de faire revenir de suite, et *de plano*, la propriété des objets donnés, sur la tête de ce dernier. Le donataire a donc cessé, dès ce même moment, d'être propriétaire. Celui qui a acheté de lui depuis cette époque, a donc acheté *à non domino*. La prescription de dix ou vingt ans devroit donc suffire, quant à lui ; et cependant on exige, dans tous les cas, la prescription trentenaire. Mais c'est que, comme je l'ai dit, la matière est extrêmement favorable ; d'ailleurs l'on a prévu le cas où le donateur ne se soucieroit pas de faire révoquer la donation ; et l'on a voulu accorder à l'action un terme tellement long, qu'elle pût le plus souvent se prolonger jusqu'à sa mort.

(4) *Telles que de droit.* Pour connoître comment s'interrompt la prescription, voyez les articles 2242 et suivans. Je pense que c'est également sans préjudice des cas où la prescription est suspendue ; *putà*, si le donateur vient à mourir, laissant des enfans mineurs, la prescription ne court pas pendant leur minorité. (Art. 2252.)

(5) *A l'exécution dudit contrat.* On a voulu empêcher qu'on ne prît un moyen indirect d'éluder la loi.

(6) *Echus ou perçus.* L'acte dit seulement *perçus* ; d'où la Cour de Montpellier avoit mal à propos conclu que le donataire n'avoit droit aux fruits échus avant la notification de la naissance, qu'autant qu'il les avoit perçus. Cet arrêt a été cassé le 8 janvier 1816. (*Bulletin*, n°. 1.) Dans l'espèce de cet arrêt, le donateur étoit resté en possession des objets donnés. Il lui étoit survenu un enfant ; et l'on a jugé, avec raison, en Cassation, que le donataire pouvoit réclamer la restitution des fruits échus jusqu'à la naissance.

(7) *Postérieurement à cette notification.* La notification

BIU Cujas

mauvaise foi, et, par conséquent, fait courir les fruits au profit du propriétaire. De là je conclus que la notification faite au donataire ne suffiroit pas pour rendre le tiers détenteur passible de la restitution des fruits; car elle n'empêcheroit pas qu'il ne fût possesseur de bonne foi.

Quid, s'il étoit prouvé que le donataire avoit connoissance de la naissance de l'enfant antérieurement à la notification? Je pense que la loi ne l'ayant soumis à la restitution des fruits, que du moment de cette notification, il seroit difficile de l'y assujettir auparavant. La disposition est ici de rigueur; ce n'est pas le cas de l'étendre à une autre circonstance que celle qui est prévue par la loi. D'ailleurs, les fruits perçus par le donataire postérieurement à la naissance, peuvent être supposés lui appartenir en vertu d'une volonté spéciale du donateur, qui a pu en disposer à cette époque, sans que cette disposition pût être sujette à révocation.

PAGE 79.

(1) *Seroit nulle et de nul effet. L.* 22. ff. *de Legatis* 3°. Ainsi les clauses dérogatoires sont abolies. On entendoit *par clause dérogatoire*, celle par laquelle un testateur déclaroit que tout testament postérieur ne seroit valable, qu'autant qu'il contiendroit telle marque ou telle phrase. Voici quel avoit été le motif qui avoit fait imaginer ces clauses:

Un vieillard faisoit son testament: il craignoit que ses héritiers ne le tourmentassent pour le lui faire révoquer, ou au moins pour lui faire révoquer tout testament quelconque; il imaginoit un moyen de paroître céder à leurs sollicitations, et cependant de maintenir son testament; et ce moyen étoit une clause dérogatoire, ainsi conçue: *Je déclare nul d'avance tout testament postérieur, ou toute révocation du présent testament qui ne contiendra pas la phrase*, SIT NOMEN DOMINI BENEDICTUM. Cela fait, si la famille le tourmentoit, il faisoit un testament, ou une révocation, en un mot, ce qu'on demandoit. Ses parens ne pouvoient exiger l'insertion de la phrase qu'ils ignoroient, et tout étoit nul.

C'étoit un léger avantage; mais il étoit compensé par des inconvéniens assez graves, ne fût-ce que par celui qui résultoit de l'oubli que le testateur pouvoit faire de la phrase indiquée, ce qui emportoit la nullité de ses testamens postérieurs, quoiqu'ils fussent l'expression de sa libre volonté. En conséquence, les clauses dérogatoires avoient été abolies par l'article 76 de l'Ordonnance de 1735; et comme elles n'ont pas été rétablies par le Code, et qu'elles sont d'ailleurs contraires aux principes du droit, d'après lesquels nul ne peut s'interdire à soi-même la faculté de tester, ni soumettre l'exercice de cette faculté à l'accomplissement de certaines conditions, il faut regarder cette abolition comme encore subsistante.

re ad solemnitatem. *Voyez* ci-dessus dans la note (1) de la

BIU Cujas

page 67. Pourroit-on être admis à prouver contre les héritiers légitimes qu'un testament a été perdu par suite d'un cas fortuit, ou d'une force majeure? *Stricto jure*, je pense que la preuve pourroit être admise (articles 1336 et 1348, n°. 4) : mais elle deviendroit extrêmement difficile; parce qu'il ne suffiroit pas de prouver qu'il y a eu un testament, qu'il a péri par cas fortuit, et qu'il contenoit telles ou telles dispositions, mais encore que toutes les solennités requises par la loi ont été observées. La présomption de solennités établies par la loi 30, ff. *de verb. obligat.*, n'a pas lieu en matière de testament. *Sic* jugé en Cassation le 10 février 1807. (SIREY, 1807; 1re. part., p. 97.) Il faudroit cependant excepter 1°. le cas où il seroit prouvé que la suppression a été opérée par des personnes intéressées à ce que le défunt mourût *intestat* : ces personnes seroient non-recevables à exiger la preuve des solennités; c'est à elles à s'imputer d'avoir supprimé le testament. Et 2°. le cas où la preuve seroit demandée contre un tiers, à l'imprudence ou à la malveillance duquel la perte du testament pourroit être imputée; tout au plus le tiers pourroit-il être admis à prouver que le testament étoit nul, et que, par conséquent, sa perte n'a pu causer aucun préjudice aux légataires; et encore même, cette exception ne devroit-elle être admise, qu'autant que cette perte seroit présumée être l'effet de l'imprudence seulement.

(3) *Est nul*, en entier, c'est-à-dire, non seulement à l'égard des dispositions qui pourroient être faites par un des testateurs en faveur de l'autre, mais encore à l'égard de tout le contenu en l'acte. La loi déclare nul le testament, et par conséquent tout ce qu'il renferme.

Ces sortes de testamens avoient été conservés entre époux seulement, jusqu'à l'Ordonnance de 1735, qui les avoit abolis entièrement (art. 77), et avec raison.

D'abord c'étoit soumettre, en quelque sorte, le testament de l'un, à l'influence de l'autre.

Secondement, comme dans ce cas, les deux testamens paroissoient être la conséquence l'un de l'autre, l'on prétendoit que la révocation de l'un devoit emporter la révocation de l'autre; ce qui engendroit des procès extrêmement difficiles à juger.

Troisièmement, enfin, on doutoit si, après le décès de l'un des testateurs, l'autre pouvoit révoquer. Si l'on se décidoit pour l'affirmative, c'étoit, en quelque sorte, violer la bonne foi et la réciprocité. Si l'on tenoit la négative, c'étoit violer la nature du testament, qui est essentiellement révocable.

Tels sont les motifs qui avoient déterminé l'abolition de ces sortes de testamens, même entre époux; abolition qui est maintenue par le Code.

Ces raisons, ou du moins les deux dernières, qui sont les plus fortes, ne peuvent s'appliquer aux donations entre-vifs, qui sont irrévocables. Aussi nous avons vu ci-dessus, note (2) de la page 67, que les donations mutuelles, par le même acte, ne sont pas prohibées.

BIU Cujas

PAGE 80.

(1) *Par signes.* En conséquence, le muet qui ne sait pas écrire, ne peut faire de testament.

(2) *En entier.* Ainsi, un seul mot d'une autre main annulleroit tout le testament, si toutefois ce mot en faisoit partie, *putà*, s'il étoit dans le corps du testament, ou s'il étoit en interligne ou en renvoi, et approuvé par le testateur. Autrement, il seroit au pouvoir du premier venu d'annuller tout testament olographe.

(3) *Daté;* c'est-à-dire, contenir l'indication des jour, mois et an où il a été fait. L'indication du lieu est inutile, puisque le testament olographe est toujours valable, dans quelque lieu qu'il ait été fait. (Art. 999.) *Sic* jugé à Agen, le 18 juin 1812; et en Cassation, le 6 janvier 1814. (SIREY, 1814; 1re. part., page 217.) Il est plus prudent de dater en toutes lettres; mais la date en chiffres n'emporteroit pas nullité.

Nota. On a jugé à Paris le 13 août 1811 (SIREY, 1813, 2e. partie, pag. 332), qu'il est indifférent, dans cette espèce de testament, que la date soit placée avant ou après la signature. Le contraire a été jugé à Liége le 22 février 1812. (*Ibid.* pag. 336.) Je crois l'arrêté de Paris préférable. D'ailleurs il y avoit une circonstance particulière dans l'affaire soumise à la Cour de Liége. C'est qu'on pouvoit à la rigueur prétendre qu'il n'y avoit même pas de signature.

Dans l'ancien droit, on a, plusieurs fois, déclaré valables des testamens olographes dans la date desquels il y avoit erreur évidente, lorsque d'ailleurs il ne pouvoit y avoir d'équivoque sur la véritable date. C'est d'après les mêmes principes que la Cour de Caen a, par son arrêt du 2 août 1817, rapporté dans SIREY, 1817; 2.e partie, page 401, déclaré valable un testament daté du 15 juin mil cent seize, parce qu'il résultoit des diverses dispositions dudit testament, qu'il y avoit eu erreur de la part de la testatrice, et qu'elle avoit eu l'intention d'écrire mil huit cent seize : et le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté le 19 février 1818. (*Ibid.* 1818; 1re. partie, pag. 176.)

La date mise par le testateur donne-t-elle à l'acte une date certaine? Si, par exemple, un majeur décède peu de jours après sa majorité, et que la date de son testament soit postérieure à ladite majorité, cela suffira-t-il pour prouver que le testament n'a pas été fait en minorité? Je pense que la date doit faire foi, d'autant plus qu'elle suffit pour déterminer la priorité de deux testamens. Ce sera donc à celui qui prétend que la date est fausse, à le prouver. Mais comme l'acte n'est pas authentique, il ne sera pas obligé de passer à l'inscription de faux.

(4) *Et signé. Quid*, s'il y avoit des dispositions signées, et d'autres qui ne le fussent pas? Si les dispositions signées avoient une date particulière, elles

BIU Cujas

seroient valables, *utile per inutile non vitiatur.* Mais, dans le cas contraire, *putà*, si le testateur avoit fait d'abord des dispositions qu'il eût signées, mais non datées; qu'il en eût fait ensuite d'autres, qu'il eût datées, mais non signées, le tout seroit nul, quand ce seroit sur le même morceau de papier: les premières, par défaut de date; et les secondes, par défaut de signature.

(5) *A aucune autre forme. Quid*, à l'égard des interlignes? Ils sont valables, s'ils sont de la main du testateur. *Quid*, des ratures? Si elles sont approuvées, il n'y a pas de difficulté; elles annullent la disposition raturée; elles l'annullent également, quoiqu'il n'y ait pas d'approbation, si toutefois le testament est trouvé scellé du sceau du testateur, et en sa possession. Dans le cas contraire, l'on sent qu'il seroit possible de supposer que les ratures ont été faites par un autre que par le testateur. Ce sera donc au juge à décider d'après les circonstances.

Pourroit-on faire un testament olographe en forme de lettre missive? La négative étoit décidée par l'art. 3 de l'Ordonnance de 1735. Cette disposition n'est pas répétée dans le Code: c'est déjà une présomption que le Législateur n'a pas entendu la conserver; et effectivement, cette prohibition n'existoit pas dans le droit Romain, quoique Boutaric, sur ledit article 3, ait prétendu le contraire. Cet auteur cite, à l'appui de son opinion, la Loi 17, ff. *de jure Codicill.* Mais il est évident qu'il ne s'agit dans cette loi, ainsi que Pothier le fait observer, et avec raison, que du cas où le défunt a, dans une lettre missive, témoigné son amitié à quelqu'un, en lui promettant de le faire son héritier: or, une promesse de faire, n'est pas le fait même: *Magis pollicebatur se relicturum, quàm relinquebat.* Nous voyons, au reste, une infinité de lois qui établissent la doctrine contraire à celle de Boutaric. Voir entre autres les Lois 75, ff. *de Legatis*, 2°., 11, §. 4, et 37, §. 4, ff. *de Legatis*, 3°; et dans notre droit actuel, si une personne écrivoit à une autre: *J'entends qu'il vous soit donné telle chose ou telle somme sur ma succession*, et que cette lettre fût entièrement écrite, datée et signée de la main du disposant, je ne vois pas comment on pourroit ne pas reconnoître, dans cette disposition, la forme du testament olographe. L'article 970 dit formellement que cette espèce de testament n'est assujettie à aucunes formes, autres que l'écriture, la date et la signature, le tout de la main du testateur. Peu importe donc que le disposant adresse la parole au légataire, ou parle de lui à la troisième personne: *Planè enim*, dit Papinien, loi précitée 75, *de Legatis*, 2°, *consistere fideicommissum, ac si defunctus cum eo loquatur, quem precariò remuneratur.*

Nota. Ricard, qui écrivoit sur l'Ordonnance, rapporte un arrêt du Parlement de Paris qui a déclaré valable un testament fait en forme de lettre missive. (*Des Donations*, partie 1re., n°. 1491.)

Il existe bien, sur cette question, un arrêt de Bruxelles, du 19 août 1807,

BIU Cujas

rapporté dans SIREY, 1813, 2e. partie, page 334, dont la décision pourroit paroître contraire à notre opinion. Mais l'on voit par les motifs de cet arrêt que la Cour a jugé que la lettre missive dont il s'agissoit, ne contenoit qu'un projet de dernière volonté, et nullement la déclaration expresse et formelle des intentions du testateur. Cet arrêt n'a donc réellement rien préjugé sur la question.

Remarquez que le testament olographe n'est toujours qu'un acte sous seing-privé, et que par conséquent, si les parties intéressées prétendent, par exemple, qu'il n'est pas de la main du testateur, elles n'ont pas besoin, comme nous l'avons déjà fait observer, de passer à l'inscription de faux. Elles peuvent donc se contenter de dire qu'elles ne connoissent ou qu'elles ne reconnoissent pas l'écriture du défunt; et alors ce sera à ceux qui soutiennent la validité du testament, à la prouver par une vérification d'écritures. *Sic* jugé à Colmar, le 12 juillet 1807. (SIREY, 1813; 2e. partie, page. 337.) *Nec obstat* ce que nous venons de dire, relativement à la certitude de la date. Quand l'on prétend que l'acte présenté n'est pas de la main du testateur, c'est comme si l'on prétendoit qu'il n'y a pas de testament. Il faut donc commencer par prouver qu'il en existe un. Mais cette preuve faite, il fait foi de ce qui y est contenu; ou au moins, il doit en résulter une présomption qui suffit pour rejeter sur l'autre partie la preuve contraire.

On a jugé cependant à Caen, le 4 avril 1812 (SIREY, 1812; 2e. partie, page 336), que le testament olographe étoit rangé par le Code dans la classe des actes authentiques, et cela parce que le Code donne la saisine à l'héritier institué par un semblable testament. Mais il est évident que ce motif n'est pas fondé. Le testament olographe donne si peu la saisine, que l'héritier institué doit se faire envoyer en possession par le président du Tribunal. La Cour de Caen a prétendu que l'envoi en possession, prononcé par le président, constituoit demandeur l'héritier légitime, et qu'en cette qualité, c'étoit à lui à prouver la fausseté du testament. Mais d'abord l'Ordonnance du président est rendue sur simple requête; il n'en peut donc résulter aucun préjugé contre les tiers. D'ailleurs, l'héritier du sang peut dire qu'il est également saisi en vertu de l'article 724; que cette saisine ne peut lui être contestée, qu'autant qu'il existe un testament; que c'est donc au légataire qui conteste son droit, à justifier du titre en vertu duquel il prétend un droit contraire; qu'il est donc demandeur sous ce rapport, et, comme tel, tenu de prouver. L'on disoit, dans cette affaire, pour le légataire, que l'obliger à prouver la vérité de l'écriture, c'étoit vouloir le forcer à l'impossible. Mais seroit-il plus aisé à l'héritier de prouver la fausseté; et, *in pari causâ*, ne doit-on pas préférer celui dont le titre est incontestable, puisqu'il est fondé sur la loi, et sur sa qualité de parent le plus proche? Et d'ailleurs, où est donc l'impossibilité? Je conçois qu'il peut quelquefois être difficile de trouver des pièces qui

BIU Cujas

réunissent les qualités requises par l'article 200 du Code de Procédure, pour servir de pièces de vérification. Mais il est dit dans l'article 195 dudit Code, que la vérification d'écritures peut être faite par témoins, et dans l'article 211, que l'on peut entendre, comme témoins, ceux qui auront vu écrire la pièce contestée, ou qui auront connoissance de faits pouvant servir à faire découvrir la vérité. Cet article ne donne-t-il pas la plus grande latitude aux juges; et qu'est-il besoin d'introduire un droit nouveau, contraire à tous les principes en matière d'actes privés?

(6) *Ne seroient point en usage.* La règle *locus regit actum*, ne s'applique pas aux actes sous signature privée. D'ailleurs la loi qui donne au Français le droit de disposer par acte sous seing-privé, est une loi de capacité, et par conséquent une loi personnelle qui le suit partout. Ainsi, en matière de disposition, il faut tenir que, pour ce qui concerne la capacité du testateur en elle-même, et sa capacité de disposer par tel ou tel acte, il faut consulter la loi personnelle; pour la forme de l'acte, quand il est reçu par un officier public, la loi du lieu où l'acte est passé; et pour l'étendue de la disponibilité, celle de la situation des biens, sauf ce qui est dit au 1^er^. vol., note (4) de la page 11. (*Voir* un arrêt de Cassation du 20 août 1806. (Sirey, 1813; première partie; page 435.) Cet arrêt paroît à la vérité contraire à notre opinion; mais, en le lisant attentivement, on verra aisément qu'il n'a pas précisément décidé la question.

(7) *A peine de nullité.* L'héritier qui a reconnu le testament, peut-il en demander la nullité? Je pense qu'il faut distinguer: Si la nullité étoit patente, je pense que la reconnoissance faite par l'héritier forme une fin de non-recevoir contre lui, comme si le nombre des témoins n'étoit pas complet, si un des témoins n'avoit pas signé; mais qu'il en seroit autrement, si la nullité étoit latente ou cachée, comme si l'un des témoins ne jouissoit pas des droits civils. *L.* 3. Cod. *de Leg. Cornel. de Falsis.*; *L.* 3. ff. *Eod.*; *L.* 8; ff. *de Hered. petit.* *L.* 19. ff. *de inoff. Test.*; *L.* 76. §. *ult.* ff. *de Legatis* 2°. *Voir* Ricard, *des Donations*, part. 3, n°. 1558: et deux arrêts de Cassation, l'un du 9 novembre 1814. (Sirey, 1815; 1^re^. part., pag. 1.), et l'autre du 13 mars 1816, *ibid.* 1816; 1^re^. part., page 425.)

Quant au faux, il est de principe qu'il ne se couvre jamais (art. 2055); et si la transaction sur le faux ne peut même être exécutée qu'après homologation (Procéd. 249), à plus forte raison l'approbation tacite ne peut empêcher la poursuite.

Quand l'héritier est-il censé avoir reconnu le testament? La manière la plus simple et la moins susceptible de difficulté, c'est quand il l'a exécuté, *v. g.*, en payant les legs. Mais comme ce mode de reconnoissance ne peut s'appliquer qu'à celui qui est héritier réellement et *effectu*, et qu'il peut arriver que l'héritier légitime soit dépouillé par un legs universel, alors la reconnoissance

BIU Cujas

ne peut résulter que d'un acte volontaire de sa part, et tendant à faire présumer qu'il a approuvé les dispositions du défunt ; *putà*, si le légataire lui a laissé une chose faisant partie de la succession, et qu'il ait sciemment accepté le legs : *L.* 31, § 3, ff. *de inoff. Testamento* ; s'il a acheté les droits du légataire ; s'il lui a payé ce que lui héritier devoit au défunt ; s'il a pris à bail de lui un bien qu'il connoissoit pour faire partie de la succession : *L.* 23, § 1, *ibid.*

Nous avons dit *un acte volontaire* ; parce que si l'acte, quoiqu'emportant reconnoissance formelle, a été fait par l'héritier *ex necessitate officii ; putà*, si l'héritier est tuteur d'un des légataires, et qu'en cette qualité il ait reçu le legs fait à son pupille, il n'en sera pas moins recevable à attaquer le testament : § 4, *Instit. de inoff. Testamento.*

Une question qui a été très-controversée, étoit celle de savoir si les testamens par acte public sont seulement assujettis aux formalités établies pour ces sortes d'actes par le Code Civil, ou s'ils sont soumis en outre aux formalités requises pour les actes notariés, par la loi sur l'organisation du notariat, du 25 ventose an 11. Sans rapporter ici les divers jugemens rendus à ce sujet, je me contenterai de faire observer, en principe, que le testament par acte public est d'abord un acte notarié, et que conséquemment, comme tel, il doit être soumis aux formalités générales requises pour ces sortes d'actes ; et qu'ensuite, comme testament, il doit être assujetti aux formalités particulières requises pour les testamens. Si l'on n'admettoit pas la première partie de cette proposition, et si l'on prétendoit que c'est au Code Civil seul qu'il faut se référer pour déterminer les formalités des testamens, il en résulteroit que les testamens par acte public n'auroient pas besoin d'être datés, ni signés par le notaire ; que celui-ci ne seroit pas obligé d'y exprimer le lieu de sa résidence ; que deux notaires, parens au degré déterminé par la loi du 25 ventose, pourroient concourir à la confection du même testament, etc. ; toutes propositions dont il est impossible de soutenir l'affirmative. D'après cela ce n'est plus une question que celle de savoir si le testament par acte public doit contenir l'indication du lieu où il a été passé. L'art. 12 de la loi du 25 ventose en contient la disposition formelle. *Voir* aussi *les considérant* d'un arrêt de Cassation du 17 juillet 1816. (*Bulletin*, n°. 50.) Mais il suffit qu'il contienne l'indication de la commune. Il n'est pas nécessaire qu'il désigne la maison. *Sic* jugé à Caen, le 12 novembre 1814 ; on s'est pourvu en Cassation, et le pourvoi a été rejeté le 28 février 1816. (Sirey, 1816, 2e. partie, pag. 361.) Et en effet l'indication du lieu paroît exigée dans les actes notariés, afin que l'on puisse juger si le notaire n'a pas instrumenté hors de son territoire. Or l'indication de la commune suffit pour cela.

Cependant ce principe me paroît devoir souffrir exception dans le cas où le Code Civil et la loi du 25 ventose contiennent chacun une disposition formelle sur le même point, dont l'une paroît déroger à l'autre. Je pense qu'alors

BIU Cujas

le Code, comme postérieur en date, doit l'emporter. Ainsi, par exemple, l'article 9 de la loi exige que les témoins soient citoyens français et domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte est passé; l'article 980 du Code se contente d'exiger qu'ils soient regnicoles et jouissant des droits civils. Il est évident que cette disposition contient dérogation à l'article 9; car s'il falloit qu'ils fussent citoyens français, pourquoi ajouter qu'ils doivent être regnicoles et jouissant des droits civils? Cela n'est-il pas renfermé expressément dans la qualité de citoyen français? Il est donc évident que le Code a entendu déroger à la loi, et que c'est par conséquent à lui seul qu'il faut se référer pour déterminer les qualités des témoins. (Jugé dans ce sens à Douai, le 27 avril 1812; SIREY, 1812; 2e. partie, pag. 387.) Cependant, voyez ci-après note (1) de la page 83.)

J'ai été consulté sur la question de savoir si la mention de la déclaration faite par le testateur, qu'il ne sait ou ne peut signer, peut être placée valablement dans le corps de l'acte, comme l'article 973 du Code paroît le permettre, ou si elle doit être placée nécessairement à la fin, comme l'exige l'article 14 de la loi du 25 ventose an 11. La Cour de Dijon a jugé conformément à la première proposition. Son arrêt qui est du 8 janvier 1811, est rapporté dans SIREY, 1811; 2e. partie, page 439. La Cour de Paris, paroît avoir jugé dans le même sens le 25 novembre 1813. (*Ibid.*, 1814; 2e. partie, pag. 14.) Mais le contraire résulteroit des principes établis par la Cour de Douai, dans son arrêt du 9 novembre 1809, rapporté, *ibid.* 1814; 2e. partie, page 14, et par la Cour de Turin, dans un arrêt du 18 novembre 1811, rapporté *ibid.* 1812; 2e. partie, pag. 375. Cette dernière doctrine me paroît préférable. *Nec obstat* ce que j'ai dit dans l'article précédent; car il est évident que l'article 973 n'a pas eu pour but de déroger à l'article 14 de la loi de ventose, mais bien plutôt d'ajouter à ses dispositions l'obligation d'énoncer la cause qui empêche le testateur de signer. D'un autre côté, il est certain que la déclaration de ne savoir ou pouvoir signer, remplace la signature du déclarant; elle doit donc être placée au même endroit que la signature, c'est-à-dire, après toutes les dispositions. D'ailleurs, on va voir l'inconvénient qui résulteroit du système de la Cour de Dijon. Un testateur interpellé par le notaire, déclare au commencement ou au milieu de l'acte (car si l'on prend la lettre de l'article 973, il suffit que la déclaration soit faite dans un endroit quelconque), qu'il ne peut signer à cause de sa foiblesse. Pendant que l'on termine le testament, l'état de foiblesse cesse, et le testateur recouvre la faculté de signer: la déclaration étoit donc prématurée; donc elle ne peut être faite valablement, qu'à l'instant même où le testateur auroit dû signer, c'est-à-dire, après toutes les dispositions: telle est aussi l'opinion de RICARD, *des Donations*, partie 1re. nos. 1531 et 1532. Cet auteur cite un arrêt du Parlement de Paris qui a annullé un testament pour cette seule raison. Cet arrêt qui paroît être du 12 avril 1649, est rapporté au

BIU Cujas

journal des Audiences, et par Rousseaud de La Combe, *verbo* Testament, sect. 3, dist. 3, n°. 6.

Voir cependant un arrêt de Cassation du 18 août 1817. (*Bulletin n°.* 86.) Mais dans l'espèce de cet arrêt, la déclaration avoit été placée après toutes les dispositions, mais avant la date, et l'on prétendoit qu'elle devoit être placée même après la date: l'arrêt a jugé le contraire; ce qui est conforme à ce qui est dit ci-dessus note (3).

Nota. Quoique l'article 14 de la loi du 25 ventose paroisse exiger simultanément la mention de la signature des parties, des témoins, et des notaires, cependant un avis du Conseil-d'État, approuvé le 20 juin 1810 (*Bulletin, n°.* 5605), a décidé que la mention de la signature du notaire ne devoit pas être exigée à peine de nuillité.

Page 81.

(1) *En présence de quatre témoins*, et ce, quand même le testateur seroit aveugle, dérogation à l'art. 7 de l'Ordonnance de 1735 qui en exigeoit un de plus dans ce cas.

Doit-il être gardé minute des testamens? Dans l'usage on le fait, et je pense que c'est le plus prudent; mais j'ai peine à croire que l'on prononçât la nullité d'un testament qui auroit été fait en brevet, et remis au testateur. L'article 20 de la loi sur l'organisation du notariat, après avoir imposé aux notaires l'obligation de garder minute de tous les actes qu'ils reçoivent, ajoute:

« Ne sont pas compris dans la présente disposition les certificats de vie, « procurations, quittances, etc., et autres actes simples qui, d'après les « lois, peuvent être délivrés en brevet. »

Or, par ces mots, *actes simples*, on entend ordinairement les actes qui n'engendrent point d'obligation, ou qui n'en engendrent que d'un côté: or, un testament, pendant la vie du testateur, est bien un acte simple, sous tous les rapports. D'un autre côté, le Code qui exige que les donations entre-vifs soient passées en minute, à peine de nullité, n'a point répété les mêmes dispositions pour les testamens. Je pense donc, comme je l'ai dit, qu'à la rigueur, le testament peut être fait en brevet et remis au testateur. C'étoit aussi l'avis de Ferrière. (*Parfait Notaire*, Liv. I, chap. XXII.) Cependant l'on pourroit opposer à cette décision, que l'art. 1007 qui prescrit les formalités à observer pour la présentation, l'ouverture, la description, et le dépôt des testamens, ne parle que des testamens olographe et mystique; d'où l'on pourroit conclure qu'il a supposé que les testamens par acte public devoient rester chez les notaires qui les recevoient. Mais l'on peut répondre que, surtout dans une matière aussi rigoureuse que celle des testamens, l'on ne peut créer une nullité sur une simple présomption; que la loi *statuit de eo quod plerumque fit*; qu'il arrivera presque toujours que les testamens par acte public seront passés en

BIU Cujas

minute ; mais que ce n'est pas une raison pour annuller ceux qui seroient passés en brevet, puisque la loi ne s'est pas exprimée formellement sur ce point, comme elle l'a fait pour les donations entre-vifs.

Si le testament étoit passé en minute, le testateur pourroit-il le retirer ? Anciennement, d'après l'article 6 de l'édit du Contrôle, de mars 1693, l'affirmative n'etoit pas douteuse. Aujourd'hui, il paroît que cela souffriroit difficulté, d'après l'article 22 de la loi déjà citée, qui défend aux notaires de se dessaisir d'aucune minute, sans distinction. Cependant il seroit à désirer que l'ancienne disposition fût remise en vigueur. Un testateur, en révoquant son testament, peut être bien aise de le supprimer tout-à-fait.

Nota. Une décision du Ministre des finances du 25 avril 1809, autorise les notaires à délivrer aux testateurs pendant leur vie, des expéditions de leurs testamens, quoiqu'ils ne soient pas enregistrés. (SIREY 1809 ; 2^e^. part., pag. 270.)

Les notaires sont-ils obligés d'insérer à leur date, sur leur répertoire, la mention des testamens qu'ils reçoivent ? L'article 29 de la loi sur le notariat ne fait aucune exception, et la Cour de Cassation a jugé dans ce sens par son arrêt du 19 décembre 1808. (SIREY, 1809 ; 1^re^. partie, pag. 231.) Mais cette obligation ne seroit pas incompatible avec la faculté qui pourroit être donnée aux testateurs de retirer la minute de leurs testamens. Car les notaires sont obligés de porter sur leurs répertoires même les actes passés en brevet, et dont il ne reste pas de minute.

(2) *Qu'il soit dicté par le testateur.* Donc l'individu qui est muet, ne peut tester par acte public. Mais s'il sait écrire, il peut faire un testament olographe, et même lui donner la forme mystique. (art. 979) ; s'il ne sait pas écrire, il ne peut tester d'aucune manière.

(3) *Ou par le notaire*, etc., lui-même, et non par un clerc.

(4) *Tel qu'il a été dicté. Quid*, si le testament est fait à la troisième personne, *a dit le testateur qu'il léguoit, etc.*, n'en résultera-t-il pas la preuve qu'il n'a pas été écrit tel qu'il a été dicté ? Non ; le testateur a pu dicter de cette manière.

(5) *Qu'il en soit donné lecture au testateur.* De là l'on doit conclure que l'individu entièrement sourd, ne peut tester par acte public. *Secùs*, s'il avoit seulement ce qu'on appelle l'oreille dure. §. 3, Instit. *quibus non est permiss. fac. testam.*

(6) *En présence des témoins.* La Cour de Cassation a jugé avec raison, 1°. que ces mots, *fait et passé en présence de, etc.*, placés à la fin du testament, ne contenoient pas mention suffisante de la présence des témoins à la lecture. (Arrêt du 23 mai 1810 ; SIREY, 1810, 1^re^. partie, page 232.) 2°. Que ces mots, *lu au testateur et aux témoins*, ne contenoient pas davantage la mention suffisante que la lecture avoit été faite en présence des témoins. (Arrêt du 6 mai 1812, *Ibid.*, 1812, page 333.) *Voyez* la note suivante.

Et en effet, en lisant attentivement l'article 972, combiné avec la 971^e^., l'on

BIU Cujas

est obligé de conclure que la mention générale mise à la fin de l'acte : *le tout fait et passé en présence de*, etc., ne seroit pas suffisante. En effet, il est certain, d'un côté, que l'article 971 exige que le testament soit reçu en présence de deux ou quatre témoins. Donc, quand il n'existeroit aucune disposition particulière à ce sujet, il seroit vrai de dire que toutes les formalités prescrites par l'article 971, sans lesquelles le testament ne peut exister, et au nombre desquelles est la lecture au testateur, doivent avoir lieu en présence des témoins. Mais d'un autre côté, ce même article 972, sans rien ajouter à la disposition de l'article 971, pour ce qui concerne la dictée et l'écriture, exige spécialement que la lecture soit faite en présence des témoins, et qu'il en soit fait mention. Or, quand même cette disposition spéciale de l'article 972 n'existeroit pas, il n'en faudroit pas moins que le notaire, pour se conformer à l'article 971, ajoutât le *fait et passé en présence de*, etc. Donc, ou il faut dire que le Législateur n'a entendu rien ajouter à l'article 971, en exigeant dans l'article 972 la présence des témoins à la lecture du testament, et que, par conséquent, les mots, *en présence des témoins*, sont absolument inutiles; ou il faut avouer que la mention générale, *le tout fait et passé*, etc., est insuffisante.

Quid, si, après la mention de la lecture, il est ajouté une disposition, et qu'il ne soit pas dit qu'il en a été fait lecture? La Cour de Cassation a jugé le 19 avril 1809, que le testament étoit nul pour le tout. (Sirey, 1809; 1re. partie, page 244.) Cela est rigoureux. Mais, l'on ne peut nier que ce ne soit conforme aux principes. Un testament, surtout par acte public, *est quid totum et individuum*. La loi exige la lecture, non d'une partie du testament, mais du testament entier. Si donc il n'a pas été lu en entier, le vœu de la loi n'est pas rempli, et il y a nullité : mais il faut pour cela que l'addition contienne une disposition. Si elle contenoit seulement une explication que le juge auroit pu suppléer, comme dit la loi 21, §. 1, ff., *qui test. fac. poss., vel ex consuetudine, vel ex vicinis scripturis*, le tout est valable, *eád. lege*.

Quid à l'égard des renvois? Quand ils sont revêtus des formes exigées par l'article 15 de la loi sur le notariat, ils sont valables, quand même ils seroient placés à la fin de l'acte, et conséquemment après la mention de la lecture. Car, ils sont censés placés à l'endroit d'où le renvoi est fait, et par conséquent avant la mention. *Sic* jugé en Cassation, le 3 août 1808. (Sirey, 1808; 1re. partie, page 557.)

(7) *Des trois précédentes formalités.* Cette mention peut paroître nécessaire pour les faits que l'on nomme fugitifs, c'est-à-dire, dont il ne reste point de trace, tels que la dictée par le testateur, le fait que le testament a été écrit tel qu'il a été dicté, la lecture au testateur en présence des témoins : rien ne constateroit que ces formalités ont été remplies, si l'acte n'en faisoit pas mention. Mais il peut paroître étonnant que la même mention soit exigée pour

BIU Cujas

l'écriture par le notaire, puisque cette écriture est un fait qui porte sa preuve avec lui, et sur l'existence ou la non-existence duquel il ne paroît pas qu'il puisse y avoir de difficulté. Ne semble-t-il pas, en effet, singulier que l'on puisse annuller un testament, qui, de l'aveu de toutes les parties, est écrit par le notaire, par la seule raison qu'il n'y est pas dit que c'est le notaire qui l'a écrit? Mais il faut rappeler ici ce que nous avons dit au commencement de ce Titre. Il n'en est pas des testamens comme des actes ordinaires; ceux-ci ont ce qu'on appelle la présomption de solennité, c'est-à-dire, que, par cela seul qu'ils existent, l'on doit présumer, jusqu'à preuve contraire, que toutes les formalités requises par la loi ont été remplies. L. 30, ff. *de Verborum obligat.* Ainsi, quoiqu'un jugement, par exemple, n'énonce pas qu'il a été prononcé publiquement, cependant la présomption est que cette formalité a été observée. Il n'en est pas de même dans les testamens. Il ne suffit pas que la formalité ait été remplie, il faut encore que l'acte énonce qu'elle l'a été; et quant à l'écriture par le notaire, il peut exister des cas dans lesquels la mention en deviendroit nécessaire. Supposons, par exemple, que la minute d'un testament se perde après qu'il en a été délivré des expéditions; que l'on vienne ensuite en contester la validité, sous prétexte qu'il n'a pas été écrit par le notaire. Comment le prouvera-t-on? La minute n'existe plus. Les expéditions ne disent rien à cet égard, puisqu'elles ne doivent rapporter que ce qui se trouve dans la minute, et que, dans l'hypothèse, la mention de l'écriture par le notaire ne s'y trouve pas. Voilà donc un testament à l'égard duquel il est impossible de savoir si l'une des formalités requises par la loi, à peine de nullité, a été remplie.

Au surplus, la mention doit être expresse, c'est-à-dire, qu'elle ne doit laisser aucun doute sur le fait que la formalité a été remplie, telle qu'elle est exigée par le Code. En un mot, elle doit être exprimée de telle manière, que, si le fait exigé par la loi n'existoit pas, le notaire pût être condamné à la peine du faux.

Ainsi, cette mention: *lu au testateur et aux témoins*, n'est pas valable, comme nous l'avons dit, note précédente; car il est possible que la lecture ait été faite à l'un et aux autres séparément; et, dans ce cas, l'on ne pourroit dire que le notaire a commis un faux.

De même, la mention que *le testateur a déclaré que son testament a été écrit tel qu'il l'a dicté*, me paroît insuffisante. Ce n'est point le testateur, c'est le notaire qui doit faire cette déclaration; autrement, s'il venoit à être prouvé que le testament n'a pas été écrit tel qu'il a été dicté, le notaire pourroit échapper à la peine du faux, en prétendant qu'il n'a pas dit *que le testament a été écrit*, mais bien que *le testateur a déclaré que le testament étoit écrit, etc.*: en sorte que, pour lui appliquer la peine, il ne suffiroit pas de prouver que le testament *n'a pas été écrit tel, etc.*, mais il faudroit encore prouver que *le testateur ne l'a pas déclaré*. Il existe bien un arrêt contraire, de la Cour de

BIU Cujas

Turin, du 29 décembre 1810 (SIREY, 1812; 2e. partie, page 101); mais je pense que cet arrêt n'a pas saisi le véritable sens de l'article 972.

Ces principes et ces exemples suffiront, je pense, pour déterminer ce qu'on doit entendre par mention expresse.

(8) *De sa déclaration.* Il n'est pas nécessaire qu'il soit fait mention que le testateur a été interpellé de signer,

Quid, s'il est dit que le testateur a déclaré ne savoir pas écrire? Cela ne suffit pas. Il y a des personnes qui savent signer, quoiqu'elles ne sachent point écrire. (*Sic* jugé, et avec raison, par la Cour de Douai, le 9 novembre 1809. (SIREY, 1812; 2e. partie, pag. 407.) La Cour de Cassation l'a également jugé, à la vérité dans une autre matière. (Arrêt du 14 août 1807, rapporté dans SIREY, 1808; 1re. partie, pag. 47.) Il y a cependant des arrêts contraires de Liége, du 24 novembre 1806 (Jurisp. du Code Civil, tom. 8, pag. 60), et de Bruxelles, du 15 mars 1810. (SIREY, 1810; 2e. partie, pag. 258.) Peut-être pourroit-on distinguer: Si le notaire avoit interpellé le testateur de déclarer s'il sait signer, et qu'il ait répondu qu'il ne sait pas écrire, alors la réponse devant nécessairement se référer à la demande, doit être entendue comme s'il avoit dit qu'il ne sait pas signer; mais s'il avoit été seulement interpellé de déclarer s'il sait écrire, sa réponse négative ne seroit pas suffisante.

Remarquez aussi que la déclaration doit émaner du testateur. Si le notaire s'étoit contenté d'énoncer que le testateur ne sait ou n'a pu signer, il y auroit nullité.

(9) *Qui l'empêche de signer*, afin qu'on puisse la vérifier. C'est ainsi qu'on a jugé à Bruxelles, le 25 juillet 1810, que la déclaration prétendue faite par le testateur, qu'il ne savoit pas signer, quand il le savoit, pouvoit faire présumer que le testament n'étoit pas l'expression de sa volonté. (*Journal de la Jurisp. du Code Civil*, tom. XVI, pag. 156.) Jugé dans le même sens, à Trèves, le 18 novembre 1812. (SIREY, 1813; 2e. partie, pag. 366.)

Mais, si l'héritier prétend que le testateur qui est annoncé comme ayant déclaré qu'il ne savoit pas signer, le savoit effectivement, comment pourra-t-il le prouver? De toute manière, même par témoins. C'est un fait dont il peut n'avoir pas été le maître de se procurer la preuve écrite. *Sic* jugé par le même arrêt.

Quid, si le notaire, après avoir fait mention de la signature du testateur, déclare qu'il n'a pu le faire, à cause de sa foiblesse? Le testament est valable. *Sic* jugé en Cassation, le 18 juin 1816. (SIREY, 1817; 1re. partie, pag. 158.) Et en effet, le notaire demande au testateur s'il peut signer. Réponse affirmative. En conséquence, déclaration que le testateur a signé. Il prend la plume, et sa foiblesse l'empêche de signer: le notaire le déclare. Il n'y a rien là que de très-simple et de très-naturel.

(10) *Dans les campagnes.* On doit entendre par-là, tous les lieux autres

BIU Cujas

que les villes et les bourgs clos de murs. *Sic* jugé à Turin, le 23 mai 1810. (*Jurisp. du Code Civil*, tom. XVI, pag. 12.)

(11) *Des témoins appelés.* Cela ne veut pas dire que, si tous les témoins savent signer, il suffira que la moitié signe : car alors le testament seroit nul; mais cela signifie qu'il suffit que la moitié des témoins sache signer. C'est pour cette raison que, lorsqu'ils ne signent pas tous, l'on doit, au moins dans mon opinion, faire mention, à peine de nullité, de la cause qui les empêche de signer. (Argument tiré de l'art. 998.)

L'article 5 de l'Ordonnance exigeoit que le testament par acte public, en pays de droit écrit, fût fait de suite, et sans divertir à autres actes. *Quid juris*, actuellement? Le Code, qui a répété cette disposition dans l'article 976, pour le testament mystique, ne l'exige point pour le testament par acte public; d'où l'on peut conclure qu'elle est abrogée pour cette espèce de testament. Et il peut y avoir plusieurs raisons de différence ; la première, c'est qu'un testament par acte public, peut être très-long et fatiguer singulièrement un malade que la loi oblige de dicter ; l'acte de suscription est très-court, et n'exige qu'une simple déclaration du testateur. En deuxième lieu, si l'on s'y reprenoit à plusieurs fois pour faire l'acte de suscription d'un testament mystique, il seroit à craindre que l'on ne profitât de cette circonstance, pour supposer un testament. La même chose n'est pas à craindre dans le testament par acte public.

Remarquez que l'article 13 de la loi du 25 ventose an 11 exige que les actes notariés soient écrits en un seul et même contexte ; mais cela ne contrarie pas la décision que je viens d'émettre. Un acte est écrit en un seul et même contexte, quand il est écrit de suite, sans mélange d'aucun autre acte qui lui soit étranger. Ainsi, l'on ne pourroit pas commencer un acte de vente entre deux personnes, faire comparoître ensuite un tiers à qui l'on donneroit une procuration, puis ensuite continuer la vente entre les deux premières parties, et tout cela par le même acte. Mais l'on sent qu'un acte peut être écrit d'un seul contexte, quoique l'on se soit repris à plusieurs fois pour le terminer.

(12) *Signé par le testateur.* Est-il nécessaire qu'il soit daté? Non, c'est l'acte de suscription qui lui donne date ; et cet acte lui-même doit être daté, puisque c'est un acte notarié. Si donc une personne décède, laissant deux testamens mystiques, c'est celui dont l'acte de suscription est plus récent, qui doit être préféré, quand même il seroit d'une date antérieure à l'autre testament.

(13) *A été appelé.* Comme l'article 976 dit qu'il faut six témoins, *au moins*, même quand le testateur sait et peut signer, l'on peut en conclure que même, dans ce cas, il est possible d'en admettre plus de six. Il faut donc, pour que l'on sache si le septième témoin a été appelé précisément pour suppléer à la signature du testateur, le dire expressément dans l'acte.

(14) *Clos et scellé.* C'est ce qui a fait donner à ce testament le nom de

BIU Cujas

mystique. Il faut que la clôture soit tellequ'on ne puisse l'ouvrir sans la déchirer : autrement, comment seroit-on certain que l'on n'a pas ouvert le paquet pour retirer la feuille contenant le testament et en substituer une autre ? L'article ajoute, *et scellé*, c'est-à-dire, qu'il doit y avoir une empreinte, un cachet quelconque. On a jugé à Douai, et en Cassation le 7 août 1810, qu'un testament mystique, dont l'enveloppe étoit cachetée avec un simple pain, étoit nul ; et avec raison. Rien de plus aisé que d'ouvrir un tel paquet, sans aucune déchirure apparente. (*Journ. de la Jurisp. du Cod. Civ.*, tom. XV, pag. 269.)

D'ailleurs, l'article 1007 veut que l'on appelle, à l'ouverture des testamens mystiques, ceux des notaires et des témoins qui se trouvent sur les lieux. Ce ne peut être que pour qu'ils reconnoissent l'empreinte, etc.

Toutes ces précautions sont d'autant plus nécessaires à l'égard du testament mystique, que, d'après les articles 976 et 977, l'on voit qu'ils n'ont pas besoin d'être écrits, ni même signés par le testateur.

(15) *En présence du notaire et des témoins.* Observez que le secret du testament mystique est établi uniquement en faveur du testateur, et qu'en conséquence, il n'y auroit pas nullité par cela seul qu'il auroit donné connoissance de ses dispositions au notaire et aux témoins.

PAGE 82.

(1) *Et à six témoins*, et même à sept, comme on va le voir, si le testament n'est pas signé par lui.

(2) *Au moins.* Ainsi, comme nous l'avons dit ci-dessus note (13), quand même le testament seroit signé par le testateur, l'on peut appeler plus de six témoins.

Les légataires pourroient-ils être témoins ? Oui, la prohibition de l'article 975 n'est faite que pour les testamens par acte public. Ici, les légataires ne sont pas connus, et ils ne connoissent pas la teneur du testament. D'ailleurs, dans le testament par acte public, ils attestent que le testateur a fait telles ou telles dispositions ; ils sont donc témoins dans leur propre cause. Ici, ils attestent que le testateur a fait telle déclaration ; or, ils ne sont point parties dans cette déclaration. Il en est de même, à plus forte raison, de leurs parens ou alliés. (*Voyez* l'article 43 de l'Ordonnance.)

Quid, des clercs du notaire qui a rédigé l'acte de suscription ? Ils ne peuvent être témoins. (Art. 10 de la loi sur le notariat.)

(3) *Ou écrit par un autre.* Observez 1°. que le testateur peut se contenter de dire que son testament est écrit par un autre, sans dire par qui ;

2°. Que le testament ne seroit pas nul, quand il auroit été écrit par un légataire. La loi n'a pas prononcé la nullité ; et plus elle est rigoureuse dans cette matière, moins il faut en étendre les dispositions : *odia restringenda*. D'ail-

BIU Cujas

leurs, le légataire ne remplit là qu'un pur office d'ami ; il n'a aucun caractère. Comment le fait qu'il a écrit le testament, pourroit-il l'annuller ?

Le même raisonnement peut s'appliquer au notaire qui auroit écrit le testament, et qui pourroit, en conséquence, dresser l'acte de suscription. D'ailleurs, qui peut affirmer à celui qui a écrit le testament, légataire ou notaire, que le testament qui est présenté pour être revêtu de la forme mystique, est le même que celui qu'ils ont écrit.

(4) *Ecrive.* L'article dit, *dressera.* Mais, néanmoins, il faut entendre cela dans le sens qu'il doit l'écrire lui-même. Cela s'infère,

1°. De l'article 979, qui décide textuellement que l'acte doit être écrit par le notaire lui-même, dans une circonstance bien moins délicate, puisqu'il s'agit d'un testament entièrement écrit, daté et signé par le testateur ;

2°. De ce que l'Ordonnance, article 9, s'étoit également servi du mot *dresser*, et qu'il a été décidé depuis, par des lettres-patentes du 6 mars 1751, que, par le mot *dresser*, il falloit entendre *écrire*. Or, comme l'article 9 est à-peu-près textuellement copié dans l'article 976, l'on doit penser qu'en rédigeant ce dernier article, on a pris les expressions dans le même sens dans lequel elles étoient prises dans l'ancien droit.

Mais il suffit que l'acte soit écrit par le notaire : il n'est pas nécessaire qu'il le déclare ; la loi ne l'exige pas.

En est-il de même des autres formalités prescrites par ledit article 976, *putà*, de la présentation au notaire, de la déclaration du testateur ? La réponse à cette question se tire de la nature même de l'acte de suscription. Qu'est-ce en effet que cet acte, sinon un procès-verbal qui doit constater les faits qui se sont passés devant le notaire, et les témoins. Or, ces faits que sont-ils ? La présentation faite par le testateur d'un papier clos et scellé, et la déclaration par lui faite que le contenu en ce papier est son testament écrit et signé, etc. Donc il faut dire ou que l'acte de suscription ne doit rien contenir, rien constater, ou qu'il doit attester les faits dont il vient d'être parlé. Donc la mention de ces faits est exigée par la nature de l'acte même. Quant aux autres formalités ou conditions, je pense que la mention n'en est nécessaire, qu'autant qu'elle est exigée formellement par la loi. Telle est, par exemple, celle dont il est question à la fin dudit article 976. *Voir* un arrêt de Cassation du 28 décembre 1812, (SIREY, 1813 ; 1re. partie, page 369.) *Voyez* également la note (7) ci-après.

(5) *Et les témoins.* Doit-on appliquer ici l'exception portée dans l'article 974, et suffiroit-il dans les campagnes que l'acte de suscription fût signé par la moitié des témoins ? Cette exception devroit sans doute paroître bien plus nécessaire pour un acte qui exige un bien plus grand nombre de témoins que le testament par acte public. Cependant il seroit difficile d'appliquer la disposition de l'article 974 au testament mystique. En matière de testament,

BIU Cujas

tout est de rigueur ; et il est évident que dans ledit article il s'agit uniquement du testament par acte public, puisqu'il y est question de deux notaires, de deux ou quatre témoins. Jugé dans ce sens en Cassation, le 20 juillet 1809. (*Journ. de la Jurisp. du Cod. Civ.*, tom. XIII, pag. 66.)

Cette distinction qui se trouve de fait entre ces deux testamens, et qui est effectivement singulière, tient à ce que, dans le projet, on ne parloit point du testament mystique. Dans la discussion, on en a rétabli l'usage ; et on a organisé cette espèce de testament par les articles 976, 977, 978 et 979. Cependant on a laissé subsister à leur place les articles 974 et 975, qui avoient été mis en rapport seulement avec le testament par acte public, parce que c'étoit le seul qui, dans le projet, exigeoit des témoins. Quoi qu'il en soit, la loi est ainsi faite : elle est claire, et il faut s'y soumettre.

Il doit être fait mention de la signature du testateur et des témoins (art. 14 de la loi sur le notariat), à peine de nullité (art. 68 de ladite loi). Quant à la mention de la signature du notaire, qui paroît exigée par ledit article 14, voyez ci-dessus, la note (7) de la pag. 80, *in fine*.

Est-il de l'essence du testament mystique de rester déposé entre les mains du notaire qui l'a reçu ? Je ne le pense pas : d'abord il est bien constant que l'acte de suscription est un acte simple, qui, par conséquent, aux termes de l'article 20 de la loi sur le notariat, peut être fait en brevet, et ne peut même être fait autrement. En second lieu, l'article 1007 dit que l'ouverture du testament mystique doit avoir lieu *en présence de ceux des notaires et témoins, signataires de l'acte de suscription, qui se trouveront sur les lieux, ou eux appelés.* Or comment appliquer cette disposition au notaire qui a signé l'acte de suscription, si cet acte étoit regardé comme une minute, dont par conséquent le notaire seroit censé n'avoir pu se dessaisir. 3°. Enfin, le même article 1007 porte que le dépôt du testament mystique doit avoir lieu entre les mains d'un notaire commis par le président. Or comment donneroit-on ce choix au président, si l'acte de suscription étoit regardé comme faisant partie des minutes du notaire qui l'a dressé ? Concluons donc que cet acte peut être fait en brevet, et remis au testateur.

(6) *Depuis et y compris la présentation au notaire.* L'article ne dit pas cela expressément. Mais il est bien évident, par le commencement de l'article, que le testateur est le maître d'écrire ou de faire écrire ses dispositions, de les signer, de les clore et sceller, quand il le juge convenable. Il ne peut donc être question ici que de ce qui doit être fait nécessairement en présence du notaire et des témoins. Or, le premier acte de ce genre est la présentation du paquet au notaire, etc.

(7) *Et sans divertir à autres actes.* Cela ne signifie pas seulement que l'on ne doit pas interrompre l'acte de suscription pour faire un autre acte, mais encore que tout doit être fait *uno tractu temporis*. L'on sent en effet que si, par

BIU Cujas

exemple, il y avoit un intervalle un peu long entre la déclaration du testateur et l'acte de suscription, rien ne constateroit que le paquet sur lequel est l'acte, est le même que celui qui a été présenté par le testateur. Mais je pense néanmoins qu'un très-modique intervalle, exigé, par exemple, pour satisfaire à un besoin naturel du testateur ou de l'un des témoins, ou autre chose semblable, ne devroit pas emporter nullité.

Est-il nécessaire qu'il soit fait mention que l'acte de suscription a eu lieu sans divertir à autres actes? Je ne le pense pas. Ce n'est point là une formalité; c'est une condition, exigée à la vérité à peine de nullité, mais seulement dans le sens que, s'il étoit prouvé qu'elle n'a pas eu lieu, le testament devroit être annullé; et ce qui vient à l'appui de ce système, c'est qu'immédiatement après avoir dit que *tout ce qui est prescrit ci-dessus seroit fait de suite, et sans divertir à autres actes*; l'article ajoute que, *dans le cas où le testateur ne pourroit signer l'acte de suscription, il sera fait mention de la déclaration qu'il en aura faite*, etc. Or certainement, par cela seul que l'article se contente d'exiger la mention de cette déclaration seulement, l'on doit conclure qu'il n'a pas voulu étendre la nécessité de cette même mention à ce qui précède immédiatement, c'est-à-dire, au fait que *l'acte a eu lieu de suite, et sans divertir à autres actes.*

(8) *Qui ne sait, ou ne peut lire*, l'écriture à la main. Il ne suffiroit pas qu'il sût lire l'écriture moulée; et comme celui qui ne sait ou ne peut lire, ne peut davantage écrire, il ne pourra faire de testament olographe; il ne pourra donc tester que par acte public; et s'il est entièrement sourd, il ne pourra pas même tester de cette manière, à cause de la lecture. Il mourra donc nécessairement *intestat.*

Quant à la manière dont pourra être prouvé le fait que le testateur ne savoit ou ne pouvoit lire, je pense que cette preuve peut être faite par témoins. Il est même difficile qu'elle puisse avoir lieu autrement. Mais sera-ce au légataire à prouver que le testateur pouvoit lire, ou à l'héritier légitime à prouver qu'il ne le pouvoit pas. Je pense qu'il faudroit distinguer: S'il étoit constant que le testateur avoit su lire, et que l'on prétendît qu'il ne le pouvoit pas lors de la disposition, c'est alors à l'héritier légitime à prouver le fait qui sert de base à son action ou à son exception. Il en seroit de même, à plus forte raison, s'il résultoit de l'acte de suscription la présomption que le testateur savoit et pouvoit lire, et dans ce même cas, il pourroit être nécessaire de passer à l'inscription de faux; dans tous les autres cas, ce seroit au légataire à prouver.

(9) *Ecrit, daté et signé de sa main.* Il est difficile de dire pourquoi l'on exige, dans ce cas, toutes ces formalités. Quant à l'écriture, l'on en a donné une raison telle quelle. L'on a dit que le muet ne pouvoit faire écrire ses dispositions par un autre, parce qu'il faudroit qu'il les dictât; ce qui lui est impossible. Mais il pourroit en faire le brouillon, et le faire copier par un autre.

BIU Cujas

Quoiqu'il en soit, et en admettant la nécessité de l'écriture, comment justifier celle de la signature, et surtout celle de la date. L'article 12 de l'Ordonnance, dont l'article 979 n'est que la copie, l'exigeoit à la vérité. Mais cette disposition dans l'Ordonnance étoit conséquente. L'article 38 exigeoit, dans le cas du testament mystique ordinaire, la date, non-seulement de l'acte de suscription, mais encore de la disposition. La même formalité devoit être exigée, à plus forte raison, dans le testament du muet. Mais le Code ayant supprimé la nécessité de la date dans l'article 976, parce qu'il a été reconnu, avec raison, que c'étoit l'acte de suscription qui devoit donner la date au testament, l'on ne voit pas pourquoi l'on a conservé la nécessité de la date dans l'article 979. D'ailleurs l'article 12 de l'Ordonnance étoit fait uniquement pour les pays de droit écrit, où les testamens olographes n'étoient pas admis, à moins qu'ils ne fussent faits *inter liberos*. On avoit cru devoir les admettre à l'égard des muets, mais à la charge par eux de les faire revêtir des solennités du testament mystique. Or cette raison est nulle dans le droit actuel, qui permet à tous et partout, de tester dans la forme olographe. Quoi qu'il en soit, la disposition est précise; et un testament mystique, fait par un muet, seroit certainement nul, aux termes de l'article 1001, s'il n'étoit pas daté.

Au surplus, il peut s'élever à ce sujet une question assez importante. Il est certain que, dans le cas de l'article 979, le testament, indépendamment de l'acte de suscription, réunit toutes les conditions requises pour la validité d'un testament olographe. Si l'on suppose maintenant que l'acte de suscription soit nul, le testament vaudroit-il au moins comme olographe? La même question peut se présenter à l'égard d'un testament mystique, fait par tout individu, et qui se trouveroit entièrement écrit, daté et signé par le testateur. Il est étonnant que le judicieux Ricard ait pu, sur cette question, adopter la négative. (*Des Donations*, part. 1re., nº. 1610 et suivans.) Il se fonde sur ce que, dit-il, « le défunt ayant témoigné vouloir faire son testament en une « forme plus solennelle, il est censé n'avoir pas eu dessein de confier sa vo- « lonté dans une forme plus commune et moins assurée; et ainsi, ne se trou- « vant pas parfait en la manière qu'il a choisie, l'acte qui a été fait n'est point « suffisant pour faire foi de ses intentions. »

Il est évident que ce raisonnement est un pur sophisme. Quelle intention, en effet, peut-on raisonnablement supposer à l'homme qui, après avoir fait un testament olographe, le revêt de la forme mystique? Peut-on croire qu'il a voulu, par là, annuller son testament comme olographe? Non, sans doute. *Non credendus est quisquam*, dit Ulpien, dans la loi 3, ff. de Testam. militis, *genus testandi eligere ad impugnanda sua judicia; sed magis utroque genere voluisse propter fortuitos casus*. Or, quels sont les inconvéniens, *fortuitos casus*, que veut prévenir ou empêcher le testateur dans l'espèce proposée? D'abord la suppression de son testament. Le testament

BIU Cujas

olographe peut, à la vérité, être déposé chez un notaire; mais il n'est pas d'usage de faire d'acte de dépôt : en conséquence, rien ne le constate. Le testament mystique peut être, et est mis ordinairement, au nombre des minutes du notaire; son répertoire doit être chargé de l'acte de suscription. Il y a donc bien moins à craindre qu'il soit égaré ou supprimé. En deuxième lieu, le testament olographe est un acte sous seing-privé, qui peut, en conséquence, être dénié; et alors, c'est à celui qui en soutient la véracité, à la prouver. L'acte de suscription donne au testament mystique le caractère d'authenticité, d'après lequel il fait foi jusqu'à inscription de faux; et c'est alors à celui qui le prétend faux, à le prouver. Certainement ces motifs sont bien suffisans pour déterminer le testateur à revêtir son testament olographe de la forme mystique, sans qu'on lui prête celui de faire dépendre l'exécution de ses dernières volontés de telle ou telle forme de testament. *Non credendus est voluisse genus testandi eligere ad impugnanda sua judicia.*

Ce qu'il y a de singulier, c'est que Ricard lui-même a consacré ces principes dans son n°. 548, où il examine la question de savoir si, lorsque le testateur a reconnu devant notaires son testament olographe, afin de lui donner le caractère d'acte authentique, l'incapacité du notaire doit vicier le testament; et il décide la négative, *vu*, dit-il, *que le testament et la reconnoissance sont deux actes séparés, qui peuvent subsister l'un sans l'autre, de sorte que le défaut qui se rencontre en l'un, ne peut pas faire préjudice à l'autre, qui est demeuré accompli dans toutes ses formes.* Or, ce raisonnement ne s'applique-t-il pas au testament olographe qui a été revêtu d'un acte de suscription qui se trouve nul?

Enfin le Code a sanctionné le même principe, en décidant (art. 1318), que l'acte nul, comme acte notarié, étoit valable comme acte sous seing-privé, s'il étoit revêtu de la signature des parties. Donc, etc.

(10) *Est son testament.* Observez que la loi n'exige pas que cette déclaration soit signée. Il est sans doute mieux qu'elle le soit. Mais il n'y auroit pas nullité, si elle ne l'étoit pas.

Page 83.

(1) *Régnicoles.* L'étranger admis par le Gouvernement à résider en France, et qui, en conséquence, y jouit des droits civils, peut-il être témoin dans un testament? L'affirmative ne me paroît pas douteuse. La seule différence qu'il y ait entre cet individu, et le Français qui n'est pas citoyen, quant aux droits respectifs, c'est que cet étranger peut perdre les droits civils en cessant de résider; au lieu que le Français ne peut les perdre, que de l'une des manières exprimées dans les articles 17, 19 et 21 du Code. D'ailleurs, on ne connoît que deux espèces de droits, relativement aux personnes, les droits civils et les droits politiques. Il est certain qu'on n'a pas regardé le droit d'être témoin dans

BIU Cujas

un testament, comme faisant partie des droits politiques ; car autrement, il eût été beaucoup plus simple d'employer les mots *citoyens français*, ainsi qu'il est dit dans l'article 9 de la loi sur l'organisation du notariat, à l'égard des témoins des actes ordinaires. On a donc pensé qu'il suffisoit de jouir des droits civils, pour pouvoir être témoin dans un testament. Mais alors, dira-t-on, pourquoi avoir réuni les deux qualités de régnicoles, et jouissant des droits civils ? C'est que l'on peut être régnicole, et ne pas jouir de tous les droits civils ; tels sont ceux contre lesquels a été prononcée l'interdiction portée par l'article 42 du Code Pénal.

On a jugé dans cette opinion, à Turin, le 10 avril 1809. (Sirey, 1810 ; 2e. partie, pag. 85.) Mais je ne dois pas dissimuler que le contraire paroît avoir été jugé à Rennes, le 11 août de la même année (*Ibid.*, pag. 9) ; que l'on s'est pourvu contre ce dernier arrêt, et que le pourvoi a été rejeté le 23 janvier 1811. (*Ibid.*, 1811, 1re. partie, pag, 243.) Doit-on conclure de là que le mot, *régnicole*, soit synonyme de ceux-ci : *Citoyen français ?* Mais alors, je le répète, il étoit beaucoup plus simple d'employer cette dernière locution, qui n'eût laissé aucune espèce de doute ; et de ce qu'on ne l'a pas employée, il me semble qu'on doit nécessairement en conclure que le Législateur n'a pas eu l'intention d'exiger cette qualité. Et d'après cela, peut-on suppléer une nullité qui n'est pas formellement prononcée par la loi, dans une matière d'ailleurs aussi rigoureuse que celle des testamens ?

Quid, si le témoin passe, dans l'opinion publique, pour avoir la jouissance des droits civils, et que, dans le fait, il ne l'ait pas ? Je pense que le testament est valable. Argument tiré de la fameuse loi *Barbarius Philippus*, 3. ff. *de off. Prœt.*, de la loi 1, *Cod. de Testamentis* ; et surtout du §. 7, Instit, *de Testam. ordin.* qui a décidé textuellement la question. Jugé dans ce sens à Limoges, le 7 décembre 1809. (Sirey, 1813 ; 2e. partie, pag. 335.) Il n'en seroit pas de même d'une incapacité qui peut s'apercevoir et se vérifier, telle que seroit la minorité ; et ce, quand même le témoin se seroit dit majeur. L'on devoit vérifier, ou en prendre un autre.

Remarquez que dans l'article 980, le mot *jouissance* des droits civils, est synonime du mot *exercice*. Ainsi celui qui auroit la jouissance, mais non l'exercice des droits civils, tels que l'interdit, le condamné par contumace à une peine emportant mort civile, pendant les cinq années de délai, ne pourroient être témoins.

Est-il nécessaire que les témoins des testamens soient domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte est passé, comme cela est exigé pour les actes notariés en général, par l'article 9 de la loi du 25 ventose an 11 ? Je ne le pense pas. L'article 980 du Code ayant spécifié particulièrement les qualités que doivent avoir les témoins, c'est, comme nous l'avons déjà dit, à cet article, comme postérieur à ladite loi, que l'on doit se référer entièrement. Il y

BIU Cujas

a d'ailleurs des raisons de différence entre les testamens et les autres actes : la première, c'est que le testament est de nature à devoir rester secret, et qu'il est par conséquent très-possible que, surtout dans une petite commune, le testateur ne se soucie pas que ses dispositions soient connues de gens habitant la même commune; la deuxième, c'est qu'il faut un bien plus grand nombre de témoins, principalement pour les testamens mystiques; qu'ils doivent tous savoir écrire; ce qui rend encore le choix bien plus difficile, parmi ceux que le testateur croiroit dignes de sa confiance. *Sic* jugé à Paris, le 18 avril 1814, (SIREY, 1814; 2e. partie, pag. 437); à Caen, les 19 août et 12 novembre 1812. (*Ibid.*, 1813; 2e. partie, pag. 87 et 113), et à Limoge, le 7 décembre 1809. (*Ibid.*, pag. 335.)

Doit-on énoncer le domicile des témoins? Oui. L'article 13 de la loi sur le notariat est formel sur ce point. *Nec obstat* ce que nous venons de dire relativement aux qualités des témoins. L'énonciation du domicile n'est pas une qualité; et d'ailleurs il faut bien que les parties intéressées sachent où trouver les témoins, afin de savoir s'ils ont les qualités requises. De même, il est nécessaire qu'ils soient appelés pour assister à l'ouverture du testament mystique. *Sic* jugé en Cassation, le 1er. octobre 1810. (SIREY, 1811; 1re. partie, pag. 29.)

Le Code ne parle ici que des incapacités légales qui empêchent un individu d'être témoin. Mais *quid* à l'égard des incapacités physiques? Cela est laissé à l'arbitrage du juge. La seule règle qui puisse être posée à ce sujet, est celle-ci : Si le défaut corporel est tel, qu'il ait pu mettre le témoin dans l'impossibilité d'affirmer l'identité de la personne du testateur, ou de s'assurer de la vérité de ses dispositions et de leur conformité aux intentions du disposant, son témoignage doit être rejeté, et le testament déclaré nul, si ce témoin étoit nécessaire pour compléter le nombre exigé par la loi.

(2) *S'il s'agit d'un testament par acte public.* Par conséquent, la prohibition ne s'étend pas au testament mystique. Et en effet, dans le testament par acte public, les témoins connoissent les dispositions du testateur. Si donc, ils s'aperçoivent qu'il en existe en leur faveur, ils doivent savoir qu'ils ne peuvent pas être témoins, et le notaire lui-même doit les en prévenir, ainsi que le testateur. *Secùs*, dans le testament mystique, dont le contenu n'est connu, ni du notaire, ni des témoins. C'étoit aussi la disposition de l'article 43 de l'Ordonnance.

(3) *A quelque titre qu'ils le soient.* C'est-à-dire, universels, à titre universel, ou particulier. Je crois même que la disposition est applicable à tous ceux qui *aliquid commodi sentiunt ex judicio defuncti.* Par exemple, si une disposition est ainsi conçue : *Je donne et lègue ma maison à Pierre, à la charge par lui de donner mille écus à Paul*, je pense que ni Pierre, ni Paul, ne peuvent être témoins. Car si nous supposons que Pierre ne recueille pas le legs, pour cause de prédécès, répudiation, etc., la succession du testateur,

BIU Cujas

dans la masse de laquelle la maison retombera, sera obligée de payer les trois mille francs à Paul. (*Voyez* ci-après, note (8) de la page 88) Paul est donc vraiment légataire.

Quid, si le legs étoit purement rémunératoire, le légataire pourroit-il être témoin? Je pense qu'il faut distinguer: Si les services étoient tels qu'ils pussent donner lieu à une action en justice, et que le legs n'excédât pas ce qui pourroit être raisonnablement demandé, l'individu n'étant pas alors vraiment légataire, n'est pas compris dans la prohibition. *Secùs* dans le cas contraire, et quand même les services seroient de nature à engendrer une obligation naturelle. Car alors il y a legs, puisque *plus est in legato, quàm in debito.* La dette ne donnoit point d'action, et le legs en donne une.

Quid, s'il a été légué une somme à un ministre du culte, pour être employée en entier en œuvres pies déterminées par le testament, ce ministre pourra-t-il être témoin? Je pense qu'oui, surtout s'il a été désigné d'une manière générale; par exemple, s'il a été dit: *Je donne au curé de la paroisse, etc.* Dans tous les cas, ce n'est pas lui qui est, à proprement parler, légataire. (Ricard, *des Donations*, partie 1re. nº. 555.) *Sic* jugé en Cassation, le 11 septembre 1809. (Sirey, 1809; 1re. partie, pag. 417.)

Quid, s'il y a interposition de personnes, c'est-à-dire, s'il est prouvé qu'un legs qui paroît fait à un tiers, est réellement fait au profit du témoin? L'article est applicable, et le testament est nul. Il en est de même, si la disposition est déguisée; *putà*, si elle est faite sous la forme de reconnoissance d'une dette, dénuée d'ailleurs de toute preuve et de tout indice. (Chabrol, sur l'art. 49 de la Cout. d'Auvergne.)

Quid, si l'un des témoins est nommé exécuteur testamentaire? Si le testament ne contient d'ailleurs aucune disposition en sa faveur, l'acte est valable; sinon, il est nul. (Ricard, 1re. partie, nos. 553 et 554.) Il faut dire la même chose si un père a nommé l'un des témoins, tuteur de ses enfans, ou conseil de la tutelle.

Remarquez, au surplus, que, si l'un des témoins est légataire, ou parent d'un des légataires, le testament est nul pour le tout, et non pas simplement quant à la disposition faite au profit du témoin. En effet, au moyen de l'incapacité prononcée par la loi, ce témoin doit être considéré comme n'existant pas; et alors le nombre des témoins se trouve n'être pas suffisant. D'après ce raisonnement, s'il se trouvoit un témoin de plus que le nombre exigé par la loi, le testament seroit valable.

(4) *Ni leurs parens et alliés. Quid*, à l'égard des parens et alliés du testateur? Ils ne sont pas compris dans la prohibition, s'ils ne sont d'ailleurs, ni légataires, ni parens des légataires. Il faut en dire autant du conjoint de la testatrice.

(5) *Jusqu'au quatrième degré inclusivement.* A plus forte raison, les no-

BIU Cujas

taires qui reçoivent le testament, ne peuvent-ils être parens ou alliés des légataires jusqu'à ce même degré. Le notaire est le premier témoin des actes qu'il reçoit. *Sic* jugé à Douai, le 17 mars 1815 (SIREY, 1816; 2e. partie, pag. 176.) Dérogation à l'article 8 de la loi sur le notariat, qui n'étendoit la prohibition qu'au troisième degré en collatérale. Mais les témoins peuvent être parens entr'eux. *Sic* jugé, et avec raison, à Bruxelles, le 25 mars 1806. (SIREY, 1813; 2e. part., pag. 51.) La loi n'a pas prononcé la nullité pour ce cas. *Voir* d'ailleurs la loi 22, ff. *de Testament.*, et le §. 8 Instit., *de Testam. ordin.* Pourroient-ils être parens du notaire? L'article 10 de la loi du 25 ventose paroît décider la négative. Cependant, d'après le principe posé ci-dessus, note (7) de la page 80, il faut décider qu'il n'y a pas nullité. Le Code a confirmé la disposition de cette loi, relative aux clercs des notaires. Par cela seul qu'il a gardé le silence sur leurs parens, l'on doit penser qu'il n'a pas voulu étendre jusques-là la prohibition. Il faut observer en effet que le Législateur a pu se montrer moins sévère, sous quelques rapports, à l'égard des témoins testamentaires, qu'à l'égard des témoins des autres actes; d'abord, attendu le plus grand nombre exigé par la loi, et parce qu'ils doivent d'ailleurs réunir plusieurs qualités, qui ne sont pas exigées de ces derniers. *Voir* ci-dessus la note (1).

Si le testament est reçu par deux notaires, peuvent-ils être parens entr'eux? Je ne le pense pas. Le Code n'ayant rien statué relativement aux notaires, il faut se référer à l'article 10 de la loi du 25 ventose.

Il est, au surplus, très-étonnant que le Code n'ait point parlé du conjoint du légataire, qui n'est, ni son parent, ni son allié, mais qui n'en doit pas moins certainement être compris dans la prohibition.

Quid à l'égard des domestiques des légataires? Aux termes de l'article 10 de la loi du 25 ventose, ils ne pourroient être témoins. Cependant comme l'article 975 n'exclut que les personnes alliées du légataire, je pense qu'il seroit difficile d'annuller un testament auquel ses domestiques auroient assisté comme témoins. Jugé dans ce sens, à Caen, le 4 décembre 1812 (SIREY, 1813; 2e. partie, pag. 65). Mais l'on ne peut disconvenir que c'est probablement un oubli du Législateur : *Non possunt esse testes ii quibus imperari potest ut testes sint. L.* 6, ff., *de Testibus.*

Le même raisonnement doit s'appliquer aux domestiques des notaires. Le Code n'excepte que leurs clercs.

(6) *Employé dans les armées.* Pour connoître ce qu'on doit entendre par ces mots, voyez au 1er. Vol. la note (6) de la page 40.

PAGE 84.

(1) *Pour laquelle l'autre n'a pas signé.* Remarquez, 1°. qu'il n'est pas exigé qu'il soit fait mention de toutes ces signatures. On ne peut appliquer la loi sur le notariat; ce n'est point ici un acte notarié.

BIU Cujas

2°. Qu'aux termes d'une instruction du Ministre de la guerre, du 24 brumaire, an 12, les témoins doivent être mâles, majeurs, et n'être ni les commis, ni les délégués de celui qui reçoit le testament.

(2) *S'il est en expédition.* Mais si le testament a été fait par un commandant, après que celui qui doit le remplacer est arrivé au camp, il est nul, quand même le testateur décéderoit au camp. (*L.* 20, ff. *de Test. militis.*) Mais s'il est remplacé seulement pour aller à une autre expédition, le testament est valable.

(3) *Ou prisonnier chez l'ennemi.* Celui qui auroit été pris par les corsaires Africains, et mis en captivité, peut-il tester? Oui. Nous ne connoissons point en France, à l'égard des Français, la mort civile résultant de l'esclavage. Mais comment pourra-t-il tester? Ou suivant la forme olographe, ou, s'il le peut, suivant les formes usitées dans le pays où il est retenu captif.

(3) *Où il peut observer lesdites formalités.* Mais si, avant l'expiration de ces six mois, il est obligé de se rendre dans un lieu où il auroit droit de tester militairement, son ancien testament est valable. (*L.* 38, §. 1, ff. *de Testam. militis.*)

Page 85.

(1) *Soit par les simples passagers*, quand même ces passagers feroient partie des troupes embarquées pour une expédition. Les officiers de terre n'ont donc, à la mer, d'autres fonctions à remplir que de prendre note des mutations et autres circonstances, sur le contrôle nominatif de la troupe qui est sous leurs ordres. (Instruct. du Ministre de la Guerre, du 24 brumaire, an 12.)

(2) *Dans le pays où il a été fait.* D'après la règle, *locus regit actum.* Le testament peut également être fait, suivant les lois françaises, devant le Chancelier du consulat. (*Ordonnance de la Marine*, de 1681, liv. 1^er^., tit. 9, art. 24; et argument tiré de l'art. 48 du Code Civil.)

(3) *Ou de celui qui le remplace.* Il y a cette différence, que, sur les bâtimens de l'Etat, c'est le commandant qui reçoit, assisté de l'officier d'administration. Sur les bâtimens du commerce, au contraire, c'est l'écrivain qui reçoit, assisté du capitaine. L'on a craint que, dans ce dernier cas, le capitaine ne fût pas en état de recevoir le testament.

(4) *En double original*, c'est-à-dire, qu'il doit en être fait deux doubles absolument pareils, et signés des mêmes personnes.

Doit-il être fait mention que le testament a été fait en double original? La loi ne le dit pas, ainsi qu'elle le fait pour les contrats dans l'article 1325; et, comme nous l'avons déjà fait observer, les nullités ne se suppléent pas, surtout dans une matière aussi rigoureuse. Mais, au surplus, il peut être très-important de faire cette mention: car, si un seul original étoit rapporté, et que l'on vînt à demander la nullité du testament, pour violation de l'article 990, ce seroit à ceux qui en soutiendroient la validité, à prouver que les deux originaux

BIU Cujas

ont été faits, au lieu que si la mention y étoit, l'acte feroit preuve jusqu'à inscription de faux.

PAGE 86.

(1) *Clos et cacheté.* L'article dit : *Clos ou cacheté*; mais c'est une faute de rédaction ou d'impression. (Argument tiré de l'article suivant.)

(2) *A la marge.* Après ces mots, il y a dans l'édition officielle, une virgule qu'il faut retrancher. Le nom du testateur a dû être inscrit sur le rôle d'équipage, avant le départ, comme le nom de toutes les personnes embarquées; et c'est à la marge de ce nom qu'il faut faire mention de la remise.

(3) *A l'égard de ces testamens.* C'est-à-dire, à l'égard des testamens faits en mer, dans le cours d'un voyage, et non de ceux qui auroient été faits dans un port, conformément à l'article 994, et auxquels les deux observations suivantes ne sont point applicables.

(4) *Suivant les formes ordinaires.* Donc, s'il se rembarque avant l'expiration des trois mois, le testament est valable. (*L.* 38, §. 1, ff. *de Testam. milit.*)

(5) *L'un des officiers municipaux, etc.* L'Ordonnance permettoit aux ministres des cultes de recevoir ces sortes de testamens. Ce sont en effet ceux qui abandonnent le moins souvent les malades dans ces sortes d'occasions. Il est fâcheux que cette disposition n'ait pas été conservée.

PAGE 87.

(1) *Avec les formes usitées dans le pays où il se trouve.* Mais s'il existe dans ce pays, comme en France, des formes particulières pour les actes testamentaires, ce sont celles-là qu'il faut suivre. Il ne suffiroit pas alors de suivre celles qui sont requises pour les cas ordinaires.

(2) *De son dernier domicile connu.* Observez que la loi ne prescrit point de délai pour cet enregistrement.

(3) *Et de leurs effets.* Il n'existe aucune disposition dans le Code, relativement à l'interprétation des actes de dernière volonté. On en peut donner pour raison que la plupart des règles établies pour l'interprétation des conventions, s'appliquent aux legs. Ainsi, 1°. comme, dans les conventions, l'on doit chercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes (art. 1156); de même, dans les testamens, il ne faut pas tant s'attacher à la propriété des mots, qu'à la signification qu'a voulu leur donner le testateur; et pour découvrir ce qu'il a voulu dire, il est moins besoin, disent les lois Romaines, de la subtilité d'un grammairien, que du sens commun, et du jugement d'un homme ordinaire. *Non enim in causâ testamentorum ad verborum definitionem utique descendendum est, cùm plerumque abusivè loquantur, nec propriis nominibus et vocabulis semper utantur.* *L.* 69, §. 1. ff. *de Legatis.* 3°.; Et ailleurs : *in conditionibus testa-*

BIU Cujas

mentorum, voluntatem potiùs quàm verba considerari oportet. L. 101, ff. *de Condit. et demonstrat.*

2°. Dans les conventions, lorsqu'une chose est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en auroit aucun. (Art. 1157.) Cette règle s'applique également aux legs. (*L.* 109, ff. *de Legatis*, 1°.)

3°. Dans les conventions, ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé. (Art. 1159.) Dans les legs, l'interprétation se fait d'après l'usage, et l'habitude connue du testateur. (*LL.* 44, et 78, §. ult. ff. *de Legatis* 3°., *et L.* 96, ff. *de Reg. juris.*)

4°. Dans les conventions, les clauses douteuses s'interprètent en faveur du débiteur. De même dans les testamens, les clauses tout-à-fait douteuses, c'est-à-dire, à l'égard desquelles il est impossible de découvrir l'intention du testateur, s'interprètent en faveur de l'héritier. (*LL.* 11 et 27, ff. *de Rebus dubiis;* et *L.* 9, ff. *de Reg. juris: In obscuris quod minimum est, sequimur.*)

On peut opposer à cette dernière règle, la loi 12, ff. *de Reg. juris*, qui décide que, *in testamentis plenius voluntates testantium interpretandæ sunt;* d'où l'on peut conclure que, dans le doute, l'on doit interpréter en faveur du légataire. Mais je pense que cette maxime doit être entendue dans le sens de la 2e. règle ci-dessus, relative aux clauses susceptibles de deux sens, et qui doivent être interprétées dans le sens avec lequel elles peuvent produire quelque effet. C'est ainsi que le Code décide (art. 1023), que le legs fait *au créancier n'est point censé fait en compensation de sa créance.* C'est le cas de la loi 12, ff. *de Reg. juris.* Mais si la disposition étoit certaine en elle-même, et qu'il y eût doute seulement sur la manière de l'exécuter, de manière cependant que, dans tous les cas, elle eût un effet raisonnable, alors on doit décider en faveur du débiteur, c'est-à-dire, de l'héritier. C'est d'après ce principe que, si le legs est d'une chose indéterminée, le choix est donné à l'héritier, à condition toutefois qu'il n'offrira pas une chose de la plus mauvaise qualité. (Art. 1022.) C'est le cas de la loi 9, *eod. tit.* Ainsi en résumé, s'agit-il de décider si une disposition obscure doit avoir un effet, ou non, alors on appliquera la maxime, *voluntates testantium plenius interpretandæ sunt*, et la disposition sera entendue de préférence dans le sens où elle peut avoir effet. Mais si la question est seulement du plus ou moins de ce qui peut être dû en vertu de la disposition, alors c'est le cas d'appliquer la règle, *quod minimum est debetur*, et le doute s'interprétera en faveur de l'héritier.

Quid, si le même legs est réitéré plusieurs fois en faveur de la même personne, pourra-t-elle le réclamer autant de fois qu'il est écrit? D'abord, s'il s'agit du même corps certain, la négative n'est pas douteuse. Mais si c'est une quantité, la question devient plus difficile. Si l'on peut deviner l'intention du testateur, il faut s'y conformer. Dans le cas contraire, les Romains distinguoient: Si la

BIU Cujas

répétition étoit dans le même acte, ils présumoient qu'elle avoit été faite par mégarde, et dans ce cas, le légataire ne pouvoit réclamer le second legs, qu'en prouvant que telle avoit été l'intention du testateur. (*L.* 34, §§. 1 et 3, *de Legat.* 1°.) Mais si la répétition avoit lieu dans deux actes différens, *putà*, dans un testament et dans un codicile, ils accordoient les deux legs au légataire, *à moins que l'héritier ne prouvât l'intention contraire du testateur.* (*L.* 12, ff. *de Probationibus.*) Quelque respect que j'aye pour les décisions des lois Romaines, il me semble cependant que si le deuxième legs devoit être annullé dans un des deux cas, c'est précisément en sens contraire que la décision eût dû être rendue. En effet, quand le testateur lègue la même somme à la même personne dans deux actes différens, l'on pourroit à la rigueur supposer que, n'ayant pas le premier acte sous les yeux, il en a oublié les dispositions, et que par conséquent les deux legs n'en font qu'un dans son intention. La même présomption ne peut avoir lieu, quand les deux dispositions sont existantes dans le même acte. Il est si aisé au testateur de vérifier ce que contient le testament qu'il a entre les mains dans ce même moment, qu'on ne peut supposer qu'il ait agi par oubli ou par inadvertance. Mais laissant de côté ces distinctions qui me paroissent plus subtiles que solides, je pense que, dans tous les cas, le légataire ayant pour lui l'expression de la volonté du testateur, peut réclamer les deux legs, à moins que l'héritier ne prouve l'intention contraire du disposant. Telle paroît être aussi la décision de la loi 12, ff. *de Probationibus.*

PAGE 88.

(1) *Ou une partie aliquote de ce même disponible*, comme la moitié, le tiers, le quart.

(3) *Legs à titre universel.* Il existe encore d'autres dispositions que le Code a rangées dans la classe des legs à titre universel. *Voyez* ci-après §. 3.

(3) *Dans le troisième, legs particulier.* Il est encore une sorte de disposition qui a pour objet de gratifier un individu, et qui cependant n'est pas mise au nombre des legs; c'est celle qui doit être exécutée par les héritiers ou légataires, sur leurs propres biens, et comme charge du legs ou de l'hérédité, *putà:* « Je donne ma maison de campagne à Pierre, à la charge par lui de donner 3000 francs à Paul. » Les 3000 francs doivent être payés sur les biens personnels de Pierre, et non sur ceux du testateur. Ces sortes de dispositions se nommoient chez les Romains, à l'égard de celui qui en étoit l'objet, *mortis causâ capiones.* Elles étoient définies : *Quod ab eo qui aliquid commodi sentit ex judicio defuncti, alii, conditionis implendæ causâ, dari debet. Voyez*, pour ce qui concerne ces sortes de dispositions en droit Français, ci-après, la note (8).

(4) *Donne au légataire. Ipso jure*, et même sans qu'il le sache, Il en est de cela, comme de la saisine en matière de succession; toutefois avec cette

BIU Cujas

différence, que l'heritier est saisi, tout-à-la-fois, de la propriété et de la possession; au lieu que le légataire n'est le plus souvent saisi que de la propriété.

Je dis *le plus souvent*, parce que, quand le legs est universel, et qu'il n'y a pas de légitimaire, le légataire est saisi, même de la possession.

(5) *En la chose léguée.* Il faut néanmoins distinguer: Si le legs est d'un corps certain et déterminé, le légataire acquiert le *jus in re*, dans toute son étendue, c'est-à-dire, la propriété et le droit de revendiquer la chose, sauf l'exécution des actes passés de bonne foi avec l'héritier, dans le cas, par exemple, où le testament seroit resté inconnu, et sauf l'exception résultant de l'article 2280. Mais si la chose léguée est d'une quantité, comme une somme d'argent, ou d'une chose indéterminée, alors le légataire acquiert le *jus in re*, dans le sens, d'abord; qu'il peut demander la séparation des patrimoines; et en second lieu, qu'il a, pour sûreté de son legs, une hypothèque privilégiée, conformément aux articles 1017 et 2211; mais du reste il est clair qu'il ne peut avoir l'action en revendication.

(6) *Qu'à l'expiration du délai fixé.* Le terme, en latin *dies*, se divise en *dies certus* et *dies incertus*. Le *jour est certain*, quand le terme doit arriver certainement, et à une époque certaine et connue: par exemple: *Je donne et lègue telle somme ou telle chose, payable ou livrable tel jour, ou six mois, un an, après ma mort.* Le terme est incertain, quand il doit arriver certainement, mais à une époque incertaine ou inconnue, comme *je donne et lègue, quand Pierre mourra.* Chez les Romains, le terme incertain équivaloit à une condition dans les testamens: *dies incertus conditionem faciebat.* En seroit-il de même dans notre droit? Nous examinerons cette question dans la note (8) ci-dessous, en parlant des conditions.

(7) *Qu'autant que l'événement arrivera*, ou n'arrivera pas. Par exemple: *Je donne et lègue mille écus à Pierre, si tel vaisseau arrive ou n'arrive pas des Indes.*

Nota. Il existe, dans les œuvres de Ricard, un Traité particulier *des Dispositions conditionnelles.* Voyez ci-après, au Titre *des Obligations en général*, quand la condition est censée accomplie ou défaillie. (Notes (7) et suivantes de la page 125.)

(8) *Avant l'événement de la condition.* Remarquez que, jusqu'à cet accomplissement, l'héritier est propriétaire de la chose léguée; il gagne les fruits; si la chose est *in causâ usucapionis*, la prescription continue dans sa personne. Il peut l'aliéner, l'hypothéquer; mais les aliénations et les hypothèques sont résolues de plein droit, si le légataire est capable de recevoir le legs, au moment de l'accomplissement de la condition, et s'il l'accepte effectivement: et même, *pendente conditione*, le légataire a droit de faire tous les actes conservatoires nécessaires.

Si le legs conditionnel, ou à terme, est d'une somme d'argent, le légataire

BIU Cujas

peut-il, s'il n'y a pas, dans la succession, d'immeubles sur lesquels il puisse prendre inscription, exiger une caution des héritiers ou légataires à titre universel? On a jugé la négative à Nîmes, le 22 avril 1812. (SIREY, 1813; 2e. partie, page 220.) Mais il me paroît difficile d'admettre cette décision, qui est également contraire à l'opinion de DUMOULIN, sur l'article 95 de la Coutume de Paris, nos. 7 et 8; et de RICARD, *des Dispositions conditionnelles*, no. 185; et en effet, l'on ne peut présumer que le testateur, qui laisse une succession opulente, ait entendu subordonner l'exécution de ses volontés à la solvabilité ou à l'insolvabilité de son héritier. C'étoit aussi la doctrine des lois Romaines; Tit. Pandect. *Ut legator. seu fideicom. servand. causâ caveatur.* Et la loi 1, §. 2 de ce Titre, en donne la raison: *nec sine ratione hoc Prœtori visum est, sicut heres incumbit possesioni bonorum, ità legatarios quoque carere non debere bonis defuncti; sed, aut satis dabitur eis; aut, si satis non detur, in possessionem bonorum venire Prœtor voluit.* Je pense donc que le légataire peut exiger, ou une caution, ou l'emploi d'une somme suffisante pour assurer la prestation du legs. D'ailleurs, ne peut-il pas demander la séparation des patrimoines, et n'acquiert-il pas par là le droit de prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher la confusion des biens de la succession avec ceux de l'héritier?

Quid, si la condition est de ne pas faire? Il faut distinguer: Si le testateur a fixé une époque avant laquelle il a défendu de faire, comme dans ce legs: *Je donne à Pierre, s'il ne va pas à Rome d'ici à sa majorité;* la disposition est réellement conditionnelle, et Pierre ne recueillera le legs, qu'autant qu'il aura atteint sa majorité sans avoir été à Rome. *Quid*, s'il meurt mineur? Il est certain que la condition est accomplie. Mais le legs n'est-il pas caduc? La raison de douter est que la condition n'étant accomplie que par la mort du légataire, on peut dire qu'il n'a pas survécu à l'accomplissement de la condition. Mais, cependant, je pense que le legs est valable, et qu'il doit être payé aux héritiers du légataire; car, comme dit VINNIUS sur le §. 35, *Instit.* de Legatis: *Moriendi momentum vitœ attribuitur, quoniam viventes morimur.* (Voir les lois 4, §. 1, ff. *Quando dies legat.*; et 79, ff. *de Condit. et Demonstrat.*)

Mais s'il n'y a pas d'époque fixée pour l'accomplisssement de la condition, comme *je donne à Pierre, s'il ne va pas à Rome*, de droit strict, ce n'est que lors de la mort de Pierre, qu'il sera certain que la condition sera accomplie. Il ne pourroit donc demander le legs pendant sa vie; et si le legs se trouvoit être d'un usufruit, il arriveroit que son droit s'ouvriroit et s'éteindroit dans le même moment. C'étoit pour prévenir ces inconvéniens, que les Romains avoient imaginé la caution Mucienne, au moyen de laquelle le légataire pouvoit demander le legs de suite, en donnant caution de le restituer, s'il n'accomplissoit pas la condition prescrite. Les Jurisconsultes Romains avoient pensé qu'on ne pouvoit supposer au testateur l'intention, d'un côté, de donner une partie de

BIU Cujas

ses biens à un individu, et de l'autre, de le priver, pendant toute sa vie, de la jouissance de la chose léguée. Ils avoient donc décidé que, dans ce cas, la condition seroit regardée comme une charge.

Ces dispositions sont trop raisonnables pour qu'on ne doive pas les appliquer dans notre droit. Et Ricard (*des Disposit. condit.*, n°. 305,) pense avec raison qu'il en seroit de même, dans le cas de la condition qui consisteroit dans une continuation d'actes qui devroient durer jusqu'à la mort du légataire; *putà, s'il fait telle chose tous les jours, ou tous les mois de sa vie.*

Mais remarquez que les Romains n'admettoient la caution Mucienne, qu'autant qu'il n'étoit pas possible que la condition s'accomplît du vivant du légataire. S'il étoit une seule chance par l'effet de laquelle elle pût s'accomplir avant sa mort, alors le legs rentroit dans la classe des dispositions vraiment conditionnelles; il ne pouvoit donc être exigé qu'après l'accomplissement effectif de la condition, et autant que le légataire avoit survécu à cet accomplissement. (LL. 77, §. 2, et 101, §. 3, ff. *de Condition. et demonst.*) Ils exceptoient cependant le cas où le fait qui auroit pu donner lieu à l'évènement de la condition pendant la vie du légataire, étoit du nombre de ceux qu'on appeloit *ominosa*. La loi 72, *Eod.* nous en fournit un exemple. Il avoit été fait un legs à une mère, à condition qu'elle ne quitteroit point ses enfans. La condition pouvoit, à la rigueur, s'accomplir, pendant sa vie, par le prédécès de tous ses enfans. Par conséquent, *stricto jure*, il ne devoit point y avoir lieu à la caution Mucienne. Mais attendu qu'on ne pouvoit supposer que le testateur avoit prévu un événement aussi triste, l'Empereur décide que la mère sera admise à donner la caution.

Quid, si la condition est de faire, et que le testateur l'ait accomplie de son vivant? Les lois Romaines décidoient, dans ce cas, que le legs étoit nul. (L. 72, §. 7. ff. *de Condit. et demonst.*) Il me semble qu'il eût été plus juste de décider que la condition étant devenue impossible, devoit être réputée non-écrite.

Il arrive quelquefois que le terme est joint à la condition, comme dans cette disposition : *si Titius n'a pas d'enfans d'ici à 5 ans, alors je donne et lègue 1000 à Seius : Titius meurt la 2e. année.* La loi 4. §. 1. *Eod.*, décide que le legs a cessé d'être conditionnel, mais que le terme subsiste toujours, et qu'il ne pourra, en conséquence, être exigé avant l'expiration de la 5e. année. Il en seroit autrement, si la condition étoit potestative, parce qu'alors, à moins de preuve contraire, le terme est présumé apposé en faveur du légataire. (LL. 3, §. 14. ff. *de Statu liberis*; et 41, §. 1. ff. *de Manum. testam.*)

Quid, de ce que les Romains appeloient *dies incertus?* Ils entendoient par-là, comme nous l'avons dit, un événement dont l'époque étoit incertaine, quand même il eût été de nature à arriver certainement, tel que celui de la mort d'une personne, autre que le légataire, soit que ce fût l'héritier, ou un tiers. Le principe général, chez eux, étoit que *dies incertus conditionem in*

BIU Cujas

testamentis faciebat (L. 75, ff. *de Condit. et Demonstrat.*); et par conséquent, si le légataire mouroit avant que l'événement fût arrivé, la disposition étoit caduque. Chez nous, d'après les articles 1040 et 1041, ce seroit une question de fait qui dépendroit entièrement de l'intention présumée du testateur. Mais je pense, qu'à moins qu'il ne résultât évidemment des termes dont il s'est servi, qu'il n'a voulu léguer que dans le cas où le légataire survivroit à la personne désignée, ce devroit être en général regardé plutôt comme un terme que comme une condition. Cette décision me paroît même d'autant plus devoir être admise, que, si la clause, *cùm morietur heres*, étoit regardée comme une condition, elle pourroit emporter la nullité de la disposition, parce que l'on pourroit y voir une charge de conserver et de rendre. (Art. 896.) Or, *actus interpretandus est potiùs ut valeat, quàm ut pereat.*

Mais, dans tous les cas où l'événement de la mort d'un tiers seroit apposé, soit comme terme, soit comme condition, la mort civile de ce tiers donneroit-elle lieu à l'exigibilité du legs? Je ne le pense pas, par la raison que, dans le langage de l'homme, le mot de *mort*, comme nous l'avons déjà fait remarquer, s'entend toujours de la mort naturelle. (Ricard, *des Disposit. cond.*, n°. 344).

Nous avons dit qu'on regardoit comme *dies incertus*, le cas de la mort d'une personne, *autre que le légataire*, parce que le cas de la mort du légataire étoit, même chez les Romains, toujours regardé comme un terme, et non comme une condition : la raison de différence avec le cas de la mort d'un tiers, c'est qu'il peut arriver que la mort de ce tiers n'arrive qu'après celle du légataire; ce qui ne peut avoir lieu à l'égard de la mort du légataire. Le moment de la mort est toujours regardé comme faisant partie de la vie: *Momentum mortis vitæ tribuitur.* Il est donc certain que l'événement, *quand le légataire mourra*, arrivera pendant sa vie. C'est donc seulement un terme, dont l'effet est que le legs n'est exigible qu'après sa mort. Mais cela ne contrarie-t-il pas ce que nous avons dit plus haut, relativement à la caution Mucienne, qu'on ne peut présumer dans le testateur, l'intention de priver le légataire, pendant toute sa vie, de la somme ou de la chose léguée? Mais il faut répondre avec Ricard (*ibid*, n°. 306), que c'est à la vérité sur cette présomption qu'est fondée la caution Mucienne, parce qu'effectivement il est raisonnable d'admettre cette présomption, lorsque rien n'annonce une volonté contraire de la part du testateur. Mais ici cette volonté contraire existe. En faisant le legs, avec cette clause, *quand le légataire mourra*, le testateur a bien manifesté l'intention expresse qu'il ne fût payé qu'après sa mort. Et il est de principe que toute présomption doit céder à la vérité.

Observez 1°. que si l'incertitude de l'époque résulte, non pas de la teneur de la disposition, mais de sa nature, *extrinsecùs*, comme dit la loi 99, ff. *de Condit. et demonstr.*, la disposition n'est pas censée conditionnelle. Ex. : *Je*

BIU Cujas

donne et lègue à Pierre les marchandises chargées dans tel navire qui est en mer; quoique l'époque de l'arrivée du navire soit incertaine, la disposition n'en est pas moins regardée comme pure et simple, et conséquemment comme transmissible aux héritiers du légataire, s'il venoit à mourir avant l'arrivée du navire. (Ricard, *des Disposit. condit.*, nº. 35, et L. 6, §. 1. ff. *Quandò dies legat.*) Il en est de même du legs des fruits qui seront produits par telle terre, l'année qui suivra celle du décès du testateur. (L. 26. *Eod.*)

2º. Que le pronom *qui*, forme tantôt démonstration, et tantôt charge ou condition. Il forme *démonstration*, quand il se rapporte au temps passé ou au temps présent. *Je donne à Pierre, qui a fait telle chose.* Appliquez alors ce qui est dit ci-dessous, note suivante, *in fine*. Le pronom *qui* forme *charge* ou *condition*, quand il se rapporte au temps futur : *je donne à Pierre qui fera telle chose.* Dans le 1^er^. cas, l'on peut supposer au testateur l'intention de désigner plus spécialement le légataire. Dans le second cas, on ne peut lui en supposer d'autre, que de lui imposer une charge ou une condition; mais, dans le doute, je pense que ce devra être regardé plutôt comme une charge que comme une condition.

3º. Que, pour qu'il y ait condition, il faut que la disposition soit subordonnée à un événement incertain et futur. Car si l'événement étoit arrivé au moment du décès du testateur, il n'y auroit pas condition, quand même le fait seroit ignoré; et si le légataire mouroit avant que l'on eût connoissance de l'événement, il n'en transmettroit pas moins son droit à ses héritiers. L. 10, §. 1., et (L. 11. ff. *de Condit. et demonst.*)

Remarquez qu'il peut arriver que le testateur se serve du mot *condition*, sans que la disposition soit pour cela conditionnelle. Ex. : *Je donne ma maison à Pierre, à condition qu'il donnera mille écus à Paul.* Cette dernière disposition est une charge, en droit Romain *modus*, et non pas une condition. Il y a bien cette ressemblance entre la charge et la condition, que la non-exécution de la charge, comme le non-accomplissement de la condition, annulle le legs. Mais il y a cette différence que, s'il y a simplement charge, le legs est dû, du moment du décès du testateur, pourvu que le légataire lui survive; et s'il vient à mourir avant que la délivrance lui ait été faite, le legs passe à ses héritiers, *cum onere*. Le légataire peut donc exiger la délivrance du legs avant d'avoir acquitté la charge, mais en donnant des sûretés pour son accomplissement; et même à la charge de restituer ce qu'il a reçu, s'il ne l'accomplit pas : et même si l'objet légué *cum onere*, est un immeuble, je pense que celui au profit duquel la charge est imposée, a, sur cet immeuble, l'hypothèque légale résultant de l'article 1017.

Dans l'espèce ci-dessus, si Paul est mort avant le testateur, la disposition faite en sa faveur est caduque. Mais au profit de qui tournera-t-elle? sera-ce au profit de Pierre, ou de l'héritier du testateur? Il faut appliquer ici le principe;

BIU Cujas

eumdem sequi debent commoda, quem sequuntur onera. Le profit de la caducité doit donc appartenir à celui qui auroit été obligé d'acquitter la charge, si elle n'eût pas été caduque. Dans l'espèce, il appartiendra donc à Pierre, *jure non decrescendi.* C'est l'avis de RICARD, *des Donat.* part. III, n°. 504, fondé sur la loi 17, ff. *de Legatis*, 2°.; et la loi unic., §. 7, Cod. *de Caducis tollendis.* Voyez le même auteur dans son traité *des Disposit. condit.* n°. 144, et suivans.

Quid, si c'est Pierre qui prédécède, mais que Paul survive au testateur? D'après le principe qui vient d'être énoncé, *eumdem sequi debent commoda*, la charge doit être acquittée par celui qui profite de la caducité de la disposition principale. Eâd. lege, *de Cad. toll.* §. 4. Dans l'espèce, la maison retournera donc à l'héritier du testateur, *cum onere.* Et en effet, il est certain que le testateur a préféré Pierre à son héritier, mais qu'il a préféré Paul à Pierre. Donc, *à fortiori*, il a préféré Paul à son héritier, d'après la règle : *si vinco vincentem te, à fortiori vinco te.*

Quid, si Paul vient à mourir après le testateur, mais avant que la charge ait pu être accomplie dans sa personne? Paul étant vraiment légataire, comme nous allons le démontrer tout-à-l'heure, je pense que, dans l'espèce proposée, il transmettra son droit à ses héritiers.

Quid, si la charge consiste dans un fait? Il faut distinguer : S'il est de nature à pouvoir être accompli par toutes sortes de personnes, celui qui profite de la caducité de la disposition principale, est tenu de l'accomplir. Mais s'il est de nature à ne pouvoir être accompli que par le légataire, *putà*, si c'est un peintre, et que la charge consiste dans la fourniture d'un tableau de sa main, il est clair que la charge ne passe pas. (L. unic. §. 9 vers. *Sin verò talis*, Cod. *de Cad. toll.*)

Quid, si le legs fait avec charge est transféré à un autre par le testateur lui-même, passe-t-il *cum onere?* Il faut aussi distinguer : S'il y a véritablement translation, comme s'il est dit : *ce que j'ai donné à Titius, je le donne à Mœvius*, il passe *cum onere.* Mais s'il y a d'abord ademption ou révocation du legs, et ensuite disposition de la chose au profit d'une autre personne, sans mention de la charge, comme c'est réellement un second legs qui est fait sans aucune charge, le second légataire n'en est pas tenu. Il en est de même de la condition; (L. 95. ff. *de Condit. et demonst.*) Sauf toutefois le cas où la charge ou la condition *personæ cohæreret*, c'est-à-dire, seroit de nature à ne pouvoir être accomplie que par le 1^er^. légataire. Car alors, comme on vient de le dire, elle ne passeroit dans aucun cas au second.

Quid, si les legs sont susceptibles d'être réduits pour former la légitime, ou pour le payement des dettes, la charge doit-elle être réduite dans la même proportion? Je pencherois volontiers pour l'affirmative. La disposition dont nous parlons, contient réellement deux legs : l'un de la maison, moins mille

BIU Cujas

écus, à Pierre; et l'autre, de mille écus à Paul. Cela est si vrai, que, comme nous venons de le voir, le legs fait à Paul subsisteroit, quand même celui de Pierre seroit devenu caduc. L'on peut dire même que Paul est encore plus légataire du testateur que Pierre, puisqu'il est préféré à ce dernier. Or, s'il est légataire, il doit souffrir la réduction proportionnelle, soit pour les dettes, soit pour la légitime. (Ricard, *des Disposit. condit.* n°. 126, et argument tiré de la loi 32, §. 4. ff. *ad leg. Falcid.*)

Quid, si le legs principal éprouve une diminution par une autre cause, *putà*, par des pertes survenues, ou des aliénations faites, depuis la confection du testament? La loi 44, §. 9. ff. *de Cond. et demonst.*, décide que, dans ce cas, la charge doit diminuer dans la même proportion. Il en seroit autrement si la perte avoit eu lieu depuis l'acceptation du legs. Par cette acceptation, le légataire est devenu débiteur de la charge; et *incendium œre alieno non exuit debitorem.*

De ce que Paul est vraiment légataire dans l'espèce proposée, il faut conclure qu'il ne pourra recueillir le bénéfice de la charge, qu'autant qu'il est capable de recevoir du disposant. Autrement ce seroit procurer le moyen le plus facile d'éluder les dispositions de la loi, relatives aux incapables. (Voyez ci-dessus la note 2 de la page 70.) Mais s'il est incapable, ce qui devoit lui être donné, restera-t-il à Pierre, ou retombera-t-il dans la masse de l'hérédité? Je pense que cela doit rester à Pierre, *jure non decrescendi*, et cela par les mêmes raisons qui nous ont déterminés ci-dessus pour le cas du prédécès de Paul. Il y a même une raison de plus, c'est que la charge ou la condition étant, dans ce cas, contraire aux lois, doit être réputée non écrite. La disposition de la loi 55. ff. *de Condit. et demonst.*, paroît contraire à cette opinion. Mais je ne pense pas que la décision de cette loi, rendue dans le sens des lois caducaires, soit admise dans notre droit. Aussi voyons-nous qu'il a été jugé conformément à l'avis que nous venons d'émettre, par le Parlement de Paris, arrêt du 13 mai 1762, rapporté dans l'ancien Denisart, *Verbo* Disposit. condit. n°. 21. Il en doit être de même si le tiers refuse d'accepter ce qui fait l'objet de la charge. (L. 3. ff. de *Cond. instit.*)

Je pense donc qu'il faut tenir en principe général, et sans autre exception que celle de la volonté contraire du testateur, que toutes les fois que le tiers ne recueille pas le bénéfice de la charge, il profite à celui qui étoit chargé de l'acquitter.

Mais si Paul recueille, quelle est la nature de son droit? A-t-il une action? quelle est cette action? et contre qui peut-il l'exercer?

Nous voyons, par la loi 2, Cod. *De his quæ sub modo, etc.*, que, dans l'ancien droit Romain, le tiers désigné dans la charge n'avoit pas d'action. Seulement, si le légataire n'obéissoit pas à la volonté du testateur, l'héritier avoit le droit de répéter la chose léguée, par l'action appelée *Condictio causâ datâ, causâ*

BIU Cujas

non secutâ. Depuis, on a donné au tiers l'action directe; et il en seroit de même certainement chez nous, d'après l'art. 1121. En conséquence, dans l'espèce, Paul pourra agir, soit contre Pierre, soit contre l'héritier si Pierre n'a pas recueilli le legs. (Art. 1017.) Quant à la nature de l'action, je pense qu'il y a cette différence, que Pierre étant obligé en vertu du quasi-contrat résultant de l'acceptation du legs, Paul aura contre lui une action personnelle, sans préjudice de l'action hypothécaire sur la maison léguée (art. 1017); au lieu que l'héritier n'étant tenu que par l'effet de la caducité du legs principal, doit être comparé à un tiers détenteur qui est tenu *propter rem ipsam :* en conséquence, il doit être reçu à se libérer de la prestation de la charge, en abandonnant la chose léguée.

Si le légataire refuse d'exécuter la charge, la révocation du legs peut-elle être demandée? Il faut distinguer : Si la charge est au profit d'un tiers, il n'a pas d'intérêt à demander la révocation du legs, qui tourneroit au profit de l'héritier seul. Mais si la charge est au profit de l'héritier, je pense qu'il pourra, à son choix, demander, ou l'exécution de la disposition, ou la révocation du legs. La charge, dans ce cas, doit être assimilée à une condition résolutoire tacite. On appliquera donc l'art. 1184. Cela pourroit même s'appliquer au cas où la charge ne seroit pas au profit de l'héritier, si elle consistoit dans un fait non appréciable, telle que seroit la charge d'épouser telle personne.

Le légataire grevé d'une charge peut, sans doute, répudier le legs, puisqu'il le pourroit, quand même le legs seroit gratuit; mais *quid*, s'il lui a été fait deux legs, l'un sans charge et l'autre avec une charge, peut-il accepter le premier et refuser le second? Non; il doit les accepter ou les refuser tous deux. (L. 22, ff. *de fideicom. Libert.*) En refusant d'exécuter les volontés du défunt, il se rend indigne de ses libéralités.

Il en seroit autrement si les deux dispositions étoient faites par deux actes de différente nature, *putà*, s'il avoit été fait d'abord une donation entre-vifs, pure et simple et sans charge, et que le donateur ait fait ensuite un legs au profit du même donataire, mais avec charge ou condition, le refus du legs n'empêcheroit pas la donation de subsister.

Quid, si le légataire est évincé de l'objet légué? il est quitte de la charge, s'il ne l'a pas accomplie. Sinon il a une action en restitution, si l'accomplissement de la charge a profité à quelqu'un, et si la restitution peut avoir lieu.

Si la chose léguée avec charge est un corps certain, la propriété passe-t-elle au légataire? Oui. Mais c'est une propriété résoluble, pour le cas où il ne rempliroit pas la charge qui lui est imposée. La chose en est même tellement affectée que, si c'est un immeuble, il passe avec la même charge entre les mains de tout détenteur, contre lequel, en conséquence, la demande en revendication pourra être exercée, (argument tiré de l'art. 954), sauf au détenteur à

BIU Cujas

offrir d'accomplir lui-même la charge imposée, si toutefois elle est de nature à être accomplie par toute personne indistinctement.

Quid, si la charge ne peut être accomplie par le légataire? Si l'impossibilité est absolue, la charge doit être réputée non écrite, (art. 900, et LL. 1. Cod. *de his quæ sub modo; etc.*, et 92, §. 1. *de Legat.* 1°.; *secùs*, si l'impossibilité est seulement relative à la personne du légataire. (L. 4, §. 1. ff. *de Statu liberis*).

(9) *Il ne transmet rien à ses héritiers*, et le legs est caduc. Il en est de même, quoiqu'il soit vivant, s'il est incapable au moment de l'accomplissement de la condition.

(10) *L'exécution de sa disposition.* Cela est assez difficile à discerner dans la pratique. On peut citer les exemples suivans de ces deux espèces de legs: *Je donne et lègue à Pierre, s'il parvient à l'âge de vingt-cinq ans*: le legs est conditionnel, et non transmissible. *Je donne et lègue à Pierre dix mille francs, payables quand il aura vingt-cinq ans*: le legs est à terme; et si Pierre meurt, ses héritiers pourront exiger le legs, à l'époque à laquelle il auroit eu vingt-cinq ans. Dans le premier cas, la clause affecte la substance même du legs; dans le second, elle n'affecte que l'époque du payement.

Au surplus, pour réunir en un seul point les clauses principales qui peuvent modifier les legs en général, nous dirons que la disposition peut être conditionnelle, à terme, causée, rémunératoire, avec charge, ou démonstration.

Nous avons fait connoître suffisamment quand la disposition devoit être regardée comme *conditionnelle*. Quant aux distinctions entre les diverses espèces de conditions, et la manière dont elles doivent être accomplies, voyez ci-après le Titre *des Contrats en général*, chap. III., sect. 1re.

Le *terme* est de deux espèces: le terme *ad quem*, c'est-à-dire, qui indique l'époque à laquelle la disposition cessera d'avoir lieu. Exemple: *Je donne et lègue à Pierre* 1,000 fr. *de pension annuelle, jusqu'à sa majorité*. Ce terme ne suspend point l'exigibilité de la disposition; mais il l'annulle pour l'avenir, quand il est expiré: et le terme *à quo*, qui indique au contraire l'époque à laquelle la chose commencera à être exigible. Exemple: *Je donne et lègue à Pierre* 1,000 fr., *payables un an après mon décès*. Les deux espèces de termes peuvent se rencontrer dans la même disposition.

La disposition *causée* est celle qui contient l'énonciation d'un motif quelconque antérieur au décès. (*Voyez* ci-dessus la note (4) de la page 75.) Lorsque le motif se reporte à un temps postérieur au décès, alors il est mis au nombre des charges, chez les Romains *modus*. Il y a cette différence que la fausseté du motif antérieur au décès peut ne pas annuller la disposition, ainsi qu'il est dit dans la note précitée, dont les principes doivent être appliqués aux legs: *Falsa causa non vitiat legatum*; tandis que la non exécution de la charge, par le fait du légataire, donne toujours lieu contre lui à une action, soit en nullité de la disposition, soit en dommages-intérêts.

BIU Cujas

La disposition *rémunératoire* est, comme nous l'avons dit aussi, celle qui est faite pour récompenser des services passés. Elle n'est vraiment donation qu'autant que les services n'étoient pas de nature à engendrer une obligation naturelle, ou qu'elle excède le montant de la valeur à laquelle ils pourroient être appréciés; et, dans ce dernier cas, elle est donation pour l'excédant seulement.

Nous avons vu ci-dessus, ce qu'on doit entendre par la *charge* ajoutée à une disposition.

La *démonstration* peut tomber, ou sur la chose léguée, ou sur la personne du légataire. C'est en général ce que le testateur ajoute pour désigner plus clairement la chose ou la personne. Le principe général est que, *Falsa demonstratio non vitiat legatum;* mais pourvu toutefois que l'on puisse discerner quelle est la chose léguée, ou la personne que le testateur a voulu gratifier. Car autrement, il est bien évident que le legs seroit nul. Ainsi dans cette disposition: *Je donne à Pierre ma maison de campagne de Passy, que j'ai achetée de Jacques;* le legs n'en seroit pas moins valable, quand même, au lieu d'avoir acheté cette maison de Jacques, le testateur l'auroit recueillie de la succession de Guillaume. (*LL.* 17. ff., *de Condit. et demonst.*, et 28, ff. *de Rebus dubiis.*) Mais si le testateur ayant plusieurs maisons de campagne, exprime ainsi sa disposition: *Je lègue ma maison de campagne que j'ai achetée de Jacques*, et qu'il se trouve que, parmi ses maisons, il n'y en ait pas une seule qu'il ait achetée de Jacques; comme alors il est impossible de déterminer quelle est la maison de campagne qu'il a voulu léguer, le legs sera nul. L'on voit par là que, même dans cette dernière hypothèse, le legs seroit valable, s'il n'y avoit qu'une seule maison de campagne dans la succession. Il en est de même quant à la personne, si le testateur ayant à son service depuis deux ans un domestique nommé *Robert*, lui fait un legs en ces termes: *Je lègue à Robert mon domestique, qui est à mon service depuis* 20 *ans;* le legs est valable. Mais si ayant plusieurs domestiques dont aucun n'est à son service depuis 20 ans, il a dit: *Je donne à celui de mes domestiques qui est à mon service depuis* 20 *ans;* le legs est nul.

Il y a encore ce que l'on appelle en droit l'assignat démonstratif. Ex: *Je donne et lègue à Pierre* 1,000 fr., *à prendre sur ce qui m'est dû par Paul.* Dans ce cas, si rien, dans la teneur du testament, ne donne lieu de présumer que le testateur ait voulu limiter sa disposition à ce qui est dû par Paul, on présumera que ces mots *à prendre*, etc., ont été ajoutés par le testateur uniquement dans l'intérêt du légataire, et pour faciliter le payement de son legs. En conséquence, quand il ne seroit rien dû par Paul au moment du décès, ou qu'il seroit insolvable, Pierre n'en a pas moins le droit de réclamer les 1,000 fr. Il en seroit autrement, si le testateur avoit dit: *Je lègue à Pierre les* 1,000 fr. *qui me sont dus par Paul.* Dans ce cas, l'assignat est limitatif.

BIU Cujas

L'article *les* indique que ce sont les 1,000 fr. dus par Paul que le testateur a voulu donner ; et s'il n'est rien dû par Paul, le legs est nul. Si Paul est insolvable, l'héritier est libéré en cédant au légataire les actions qu'il peut avoir contre le débiteur. (*L.* 75. §. 2. ff. *de Legatis*, 1°.)

Le principe *falsa demonstratio non vitiat legatum*, s'applique aussi au cas où la fausse démonstration tombe sur la personne du légataire ; si cette personne est constante, de quelque manière que le testateur l'ait désignée, le legs est valable. (L. 4, Cod. *de Testam.*) Cependant si la personne du légataire avoit été désignée par une fausse qualité, et que l'on pût présumer que c'est cette qualité, crue vraie par le testateur, qui a déterminé la disposition, le legs sera nul. (*LL.* 4, Cod. *de Heredib. institut.*, et 5, Cod. *de Testam.*)

PAGE 89.

(1) *Le même droit que les créanciers de la succession.* Appliquez ce qui est dit ci-dessus, notes (10) et (11) de la page 56 : mais bien entendu, qu'en principe général, ils ne viennent qu'après les créanciers. Cependant, comme cette disposition peut présenter quelque difficulté, je crois devoir établir ici deux espèces qui me paroissent propres à faire connoître les principes d'après lesquels ces questions doivent être décidées.

Première espèce : Pierre légataire, Paul créancier chirographaire, et Jacques créancier hypothécaire non inscrit avant le décès, ont tous demandé la séparation des patrimoines, et se sont inscrits tous trois, dans les six mois de l'ouverture de la succession. Dans quel ordre viendront-ils ? D'abord Jacques, ensuite Paul, et en troisième lieu Pierre ; et ce, quel que soit l'ordre de leurs inscriptions.

Le motif de cette décision est, que le privilége établi par l'article 2111 n'a lieu qu'à l'égard des créanciers de l'héritier. Il n'a donc aucun effet entre les créanciers et les légataires de la succession : ils restent donc entr'eux ce qu'ils étoient, et conservent, l'un à l'égard de l'autre, tous les droits qu'ils avoient auparavant. Ainsi, Paul et Jacques, en leur qualité de créanciers, doivent primer Pierre, qui n'est que légataire ; et Jacques, comme hypothécaire, doit primer également Paul, qui n'est que chirographaire. (*Voyez*, ci-dessus, la note (10) de la page 56.)

Deuxième espèce : Pierre légataire s'est inscrit dans les six mois. Paul et Jacques, créanciers, se sont inscrits après les six mois. *Quid juris ?* Il faut appliquer ici la distinction que nous avons établie dans la note précitée. S'il a été pris, par des créanciers de l'héritier, inscription sur les immeubles de la succession, antérieurement aux inscriptions prises par Paul et Jacques, comme ces derniers sont primés par les créanciers de l'héritier inscrits avant eux, ils sont également primés par Pierre, d'après la règle : *Si vinco vincentem te, etc.* Mais si aucun des créanciers de l'héritier ne s'est inscrit, je pense qu'il faudra

BIU Cujas

suivre la décision donnée pour la première espèce, parce qu'encore une fois, les articles 2111 et 2113 ne changent absolument rien aux droits respectifs des créanciers et des légataires de la succession, entr'eux. D'ailleurs, l'on voit, par l'article 809, que, dans le cas d'une succession bénéficiaire, le légataire, même quand il a reçu son legs, peut être tenu à restitution pendant trois ans, en faveur des créanciers de la succession. Donc, à plus forte raison, ne doit-il pas leur être préféré, quand il n'a pas encore touché.

(2) *Ou à l'événement de la condition;* si toutefois la condition étoit suspensive; car si elle étoit résolutoire, comme cette condition n'empêche pas que le droit n'ait été acquis du moment du décès (article 1183), il suffit que le légataire ait été vivant et capable à cette époque, pour qu'il puisse recueillir et transmettre à ses héritiers, quand même il viendroit à mourir avant l'événement de la condition.

(3) *Est pur et simple*, ou à terme. Nous avons vu que le legs à terme est censé pur et simple, pour ce qui concerne la transmission aux héritiers du légataire.

(4) *Faute de quoi, la disposition est caduque.* Cela tient à ce que le legs est toujours censé fait *intuitu solius legatarii.* Si donc le légataire n'existe plus, ou est incapable, à l'époque où le droit s'ouvre, ce droit devient caduc, parce qu'il n'y a personne qui puisse le recueillir. Il en est autrement en matière de convention, parce que les parties sont toujours au contraire censées contracter, tant pour elles que pour leurs héritiers. Delà il suit que, si le legs a été fait à Titius, par exemple, et à ses héritiers, le prédécès de Titius ne rend pas caduque la disposition, qui passe alors aux héritiers, lesquels sont, eux-mêmes, dans ce cas, légataires. Il en est de même si le legs devoit être censé fait à la qualité, à la place, ou aux fonctions, plutôt qu'à la personne, *putà*, au curé de telle paroisse, au chef de tel établissement: il faudroit, pour que le legs fût caduc, que la cure ou l'établissement fussent supprimés au moment où le droit viendroit à s'ouvrir.

(5) *Ou l'incapacité du légataire.* On a annullé à Aix, le 5 juin 1809, (*Journal de la Jurisprudence du Code Civil*, Tom. XIII, page 241), un legs ainsi conçu: *Mes exécuteurs testamentaires remettront à Pierre une somme de quatorze mille francs, pour laquelle je lui ai fait connoître mes intentions*; et cela, quoique Pierre qui, dans l'espèce, étoit prêtre, et jouissoit de la meilleure réputation, eût offert d'affirmer qu'il n'étoit pas chargé de remettre la somme à un incapable, et qu'il eût même offert de n'en faire l'emploi qu'au vu et au su de la personne qu'il plairoit à la Cour de nommer.

La Cour d'Aix s'est fondée, 1°. sur ce que l'objet de la libéralité étoit incertain; que la destination de la disposition dépendoit de la volonté d'un tiers; et que, sous ces rapports, elle étoit nulle. Mais il est évident que l'arrêt a créé ici un moyen de nullité qui n'a aucun fondement dans la loi. Il n'existe pas dans

BIU Cujas

le Code, un seul texte, d'où l'on puisse induire que le Législateur ait entendu abroger l'ancienne législation Romaine et Française qui validoit les legs, et même les institutions faites, au profit de personnes incertaines. Cette vérité a été si bien reconnue par la Cour elle-même, que, pour justifier son assertion, elle a été obligée de recourir à une phrase du rapport du Tribunat sur le Titre *des Donations et des Testamens*, dans laquelle il est dit, qu'*en matière de disposition des biens, il ne peut y avoir de facultés que celles qui sont déférées par la loi :* d'où le rapporteur a conclu que, *le projet ne s'expliquant pas sur la faculté d'élire, le silence de la loi suffisoit pour avertir que cette faculté ne pouvoit plus être conférée.*

Personne, plus que moi, ne rend justice aux talens et à la sagacité de l'auteur du rapport dont il s'agit; mais je ne puis néanmoins me dispenser de faire observer que l'article 902 du Code contient précisément une disposition contraire au principe établi par le rapporteur.

« Toutes personnes, y est-il dit, peuvent disposer et recevoir, excepté « celles que la loi en déclare incapables. »

Ainsi, pour qu'une personne soit capable de recevoir, il n'est pas nécessaire que la loi lui en donne le droit; il suffit qu'elle ne le lui ait pas ôté; donc, tant qu'on ne citera pas un article du Code qui défende de donner à une personne incertaine, je suis fondé à prétendre que ces sortes de dispositions sont valables. Sans doute la faculté d'élire, telle qu'elle existoit dans l'ancien droit, n'existe plus; mais ce n'est point par le motif que la personne à élire est incertaine, c'est parce que cette faculté devant s'exercer à la volonté de l'héritier chargé d'élire, et le plus souvent même au moment de sa mort, ce seroit une véritable substitution, qui rentreroit dans la prohibition de l'art. 896. Mais si un testateur avoit fait une disposition ainsi conçue : *J'institue Pierre mon légataire universel, à la charge par lui de partager ma succession avec celui ou ceux de ses enfans qu'il voudra choisir;* certes, je ne vois pas sur quel moyen il seroit possible d'annuller une pareille institution. Ainsi, le rapporteur du Tribunat a bien pu dire que la faculté d'élire, telle qu'elle existoit anciennement, étoit abrogée, sans qu'on en puisse rien conclure, relativement aux dispositions faites au profit de personnes incertaines. D'ailleurs, l'on voit tous les jours des testamens qui contiennent l'ordre de remettre une somme d'argent à tel Curé, pour être par lui distribuée aux pauvres de sa paroisse, comme il le jugera convenable. Je ne crois pas que l'on se soit encore avisé de constester de pareilles dispositions, sous le prétexte que les légataires sont *personæ incertæ*, et que la destination de la disposition dépend de la volonté d'un tiers. Cependant ces sortes de legs sont radicalement nuls, si le principe avancé par la Cour d'Aix est vrai; car il y a incertitude dans les personnes gratifiées, et faculté d'élire dans la personne du Curé.

La Cour d'Aix a dit en deuxième lieu, qu'autoriser de pareilles dispositions,

BIU Cujas

ce seroit rendre illusoires toutes les lois relatives aux incapables, et ouvrir la porte à toutes sortes de fraudes. Mais cette Cour n'avoit-elle pas devant les yeux l'art. 1116 du Code, qui porte que *le dol*, ou la fraude, *ne se présume jamais*? Comment a-t-elle pu, d'après cela, annuller une disposition, sous prétexte *qu'il étoit possible* qu'elle fût faite en fraude de la loi? D'ailleurs, les incapacités étoient encore bien plus nombreuses dans l'ancien droit, qui admettoit cependant sans nulle difficulté ces sortes de dispositions, sauf à obliger, dans certains cas, le légataire, d'affirmer que l'objet, ou la somme, n'étoit pas destiné à une personne prohibée. La jurisprudence ancienne sur ce point étoit constante, ainsi qu'il sera prouvé ci-dessous. Et en effet, que peut-on craindre? que l'on ne profite de ces dispositions pour gratifier des personnes incapables. Mais que l'on fasse donc attention que le choix fait par le testateur, de la personne désignée par lui, pour lui confier l'exécution d'une disposition dont il ne devra compte qu'à sa propre conscience, est un puissant préjugé en faveur de sa probité; que la supposition même qu'il fera, de la chose léguée, l'emploi ordonné par le testateur, quand ce seroit même en faveur d'une personne incapable, est une preuve qu'on le regarde comme un homme d'une conscience scrupuleuse, et sur la fidélité duquel on peut compter. Peut-on croire, d'après cela, qu'un tel homme ira, en présence de la justice, faire un faux serment, uniquement dans la vue de valider une disposition dont il ne doit tirer aucun profit?

Enfin, n'omettons pas une dernière considération qui est de la plus haute importance, sous le rapport de la morale, et même de l'humanité. Il arrive souvent que, dans les derniers momens de la vie, le remords commande à un mourant des dispositions que la loi civile même ordonne, mais que le soin de sa réputation, et de celle de ses enfans, lui défend d'avouer. *Si on l'oblige*, comme dit l'annotateur de RICARD, *de consigner sa propre turpitude dans son testament, combien n'en verra-t-on pas qui n'auront pas le courage de sacrifier leur réputation, et qui aimeront mieux mourir injustes que déshonorés?* Le même inconvénient auroit lieu, si le testateur savoit que le dépositaire qu'il choisit, pourra être obligé de dévoiler son secret. Je vais plus loin. Je suppose qu'un mourant se croye obligé de faire une restitution: il remet manuellement la somme ou l'objet à restituer, au ministre du culte qui l'assiste dans ses derniers momens. Les héritiers ont connoissance de ce dépôt, et prennent le dépositaire à serment. Celui-ci déclare que telle chose lui a été remise effectivement par le défunt, avec ordre d'en faire un emploi convenu, mais à l'égard duquel il est tenu au secret. Dans le système de la Cour d'Aix, le dépositaire doit être condamné à restituer; car l'on sent qu'en pareille matière, la forme prise par le disposant est absolument indifférente, et que les moyens sont les mêmes dans l'un et l'autre cas. Je laisse maintenant à juger si un pareil système est admissible. Jugé à Bordeaux con-

BIU Cujas

formément à cette doctrine, par arrêt du 19 août 1814. (SIREY, 1815; 2e. partie, page 7.)

Nota. L'on s'est pourvu en Cassation contre l'arrêt d'Aix, et le pourvoi a été rejeté le 12 août 1811. (*Journ. de la Jurispr. du Code Civil*, tome XVIII, page 260.) Les motifs de l'arrêt de Cassation étant les mêmes que ceux qui avoient été donnés par la Cour d'Aix, je n'entrerai pas dans une nouvelle discussion à cet égard; je ne puis cependant me dispenser de relever un des *considérant* de l'arrêt, dans lequel il est dit que la Cour d'Appel a pu prononcer la nullité de la disposision, comme faite à une personne incertaine, et laissée à la volonté d'un tiers, et ce, sans violer aucune loi, *et en se conformant même au vœu de toutes les législations qui se sont succédées, notamment de la législation actuelle.*

Je suis fondé à penser que le rédacteur du Journal dans lequel j'ai puisé cet arrêt, en a mal copié les motifs. En effet, il est difficile, pour ne pas dire impossible, de penser que la Cour de Cassation ait pu dire que l'arrêt d'Aix étoit conforme au vœu de toutes les législations qui se sont succédées, tandis que, comme nous l'avons annoncé précédemment, et comme nous allons le prouver, la doctrine contraire existe invariablement depuis treize siècles.

C'est Justinien qui, dans le §. 27 des *Inst.*, Tit. *de Legatis*, a définitivement abrogé l'ancienne législation Romaine, qui défendoit toutes dispositions en faveurdes personnes incertaines. Mais nous voyons par la loi 24, Cod. *de Episcopis et Clericis*, que, même avant le règne de cet Empereur, les legs et même les institutions faites au profit des pauvres, étoient valables, quand même, dit la loi 49, §. 1, *eod.*, *non inveniretur de quibus testator cogitaverit*; et, dans ce cas, l'hérédité ou le legs étoit remis à l'hospice le plus pauvre, ou, à défaut d'hospice, à l'économe de la cathédrale, qui en faisoit la distribution aux pauvres. Depuis Justinien jusqu'à présent, c'est-à-dire, pendant près de treize cents ans, la doctrine établie dans le §. 27 des *Instit.*, relativement aux personnes incertaines, a été constamment suivie; et toutes les fois que des héritiers avides *ont demandé la nullité de pareilles dispositions*, leurs prétentions ont été proscrites, ainsi qu'il est aisé de le voir par les nombreux arrêts cités par RICARD, *des Donations*, partie 1re., nº. 589 et suivans; par son annotateur, *ibid.*, et par l'ancien DÉNISART, vº. *Fidéicommis*. Ajoutez ceux qui sont rapportés par CATELAN, livre I, chap. 23; par VEDEL, *ibid.*, LOUET, lett. L, *somm.* 5; BRODEAU, ROBERT, etc. En un mot, *il est difficile de trouver un point de Jurisprudence plus constant et plus invariable.* Et même parmi ces arrêts, il en est un précieux, en ce qu'il a été rendu sur une contestation parfaitement semblable à celle qui étoit soumise à la Cour d'Aix. Un testateur avoit ordonné qu'une somme de neuf mille francs seroit remise au curé de la paroisse de Saint-Jacques-de-la-Boucherie, à Paris, *pour être employée conformément à ce qu'il lui avoit dit en secret.*

BIU Cujas

Les héritiers demandèrent la nullité de la disposition; et il faut observer que toute la faveur paroisssoit être de leur côté. Le testateur avoit été marié deux fois; sa seconde femme lui avoit survécu. La demande en nullité étoit formée par les enfans du premier lit, qui prétendoient (et cela pouvoit paroître vraisemblable) que c'étoit un fidéicommis tacite au profit de leur belle-mère. Et cependant l'arrêt, en date du 23 décembre 1580, ordonna l'exécution du testament, en affirmant, par le Curé, que la veuve ne devoit point profiter de la somme léguée; et l'Arrêtiste (Anne Robert) observe que l'arrêt fut prononcé en robes rouges, comme devant établir un point de droit dès-lors constant.

Il est donc vrai de dire, comme je l'ai avancé, que cette doctrine a été constamment suivie dans l'ancienne législation, et que jamais de pareilles dispositions n'ont été soumises aux tribunaux, qu'elles n'aient été maintenues sans nulle difficulté.

Mais il faut bien prendre garde que ce n'est qu'à l'égard des héritiers que de semblables dispositions me paroissent devoir être exécutées. Car si la succession étoit mauvaise, et que la nullité de la disposition fût demandée par les créanciers, certainement ils devroient être écoutés. Car, quand on supposeroit qu'il s'agit de restitution, ce qui est le cas le plus favorable, celui à qui elle est due, n'est toujours qu'un créancier; et dès-lors, comme l'observe l'annotateur de Ricard, note (*x*) sur le n°. 598, (*des Donat.*, part. 1re.), des créanciers dont le titre est connu et établi, doivent être préférés à celui qui n'a en sa faveur qu'un titre incertain et inconnu.

Puisque nous venons de parler de la faculté d'élire, et de dispositions faites au profit de personnes incertaines, c'est ici le cas d'examiner en général, si une disposition laissée à la volonté d'un tiers, est valable. Les lois Romaines contiennent sur ce point des dispositions qui paroissent assez contradictoires, ainsi que l'observe Ricard (*des Donations*, part. 1re., n°. 569 et suivans.) Nous allons, au surplus, faire connoître les distinctions établies par cet auteur, ce qui nous paroissent, pour la plupart, devoir être admises, comme conformes au bon sens, à l'équité, au respect dû aux volontés des défunts, et comme n'étant en contradiction avec aucune disposition de nos lois.

1°. Ricard, n°. 572, regarde comme valables les dispositions dans lesquelles, le legs étant d'ailleurs constant, le testateur laisse à l'héritier, ou à toute autre personne, la faculté de choisir entre certaines personnes désignées, celle qui en devra profiter. *Plurimùm enim interest utrùm in potestate ejus quem testator obligare cogitat, faciat, si velit dare, an, post necessitatem dandi, solius distribuendi liberum arbitrium concedat.* (L. 7, §. 1, ff. *de Reb. dubiis.*) Telle est cette disposition : *Je laisse dix mille francs à celui de mes parens qui sera désigné par mon héritier, ou par telle autre personne, ou à celui des enfans de telle personne qu'elle désignera.* Dans ce

BIU Cujas

cas, si la personne chargée de faire la désignation, vient à mourir avant de l'avoir faite, le legs appartient conjointement à toutes les personnes entre lesquelles le choix devoit être fait. (L. 21, §. 1, ff. *de Statu lib.*) Il en est de même, si cette personne ne veut pas faire de choix. (L. 17, §. 1, ff. *de Legatis.* 2°.)

Quid, si l'un des éligibles vient à mourir avant que le choix ait été fait, pourra-t-il être choisi, de manière que le legs appartienne à sa succession ? L'Ordonnance des testamens, art. 62, décidoit que les enfans mêmes du décédé ne pouvoient être choisis. Et cette décision est conforme à celle de la loi 67, §. 7, ff. *de Legatis* 2°. En effet l'on peut dire que, dans ce cas, chacun des éligibles est censé institué, sous la condition, s'il est choisi. Or, il est de principe, qu'en fait de legs conditionnel, la succession du légataire ne peut rien réclamer, à moins qu'il n'ait survécu à l'événement de la condition. Par la même raison, il faut décider, que si la personne désignée ne fait pas de choix, le legs se partagera seulement entre les éligibles qui seront vivans et capables à l'époque où il sera certain que le choix ne peut avoir lieu. (*Dictâ l.* 67.)

Le choix une fois fait, est-il révocable ? Non. Le droit du chargé d'élire est consommé par l'élection. Il ne peut l'exercer une seconde fois. Si cependant l'élu n'avoit pas accepté, l'on pensoit que le chargé d'élire pouvoit varier, parce que, à l'égard de l'élu, la déclaration faite étoit *res inter alios acta*, tant qu'il n'y avoit pas concouru par son acceptation.

Peut-on choisir plusieurs des éligibles ? Je pense qu'oui ; car, puisque la personne chargée de choisir, peut, en ne faisant pas de choix, les faire tous concourir, à plus forte raison peut-elle diviser son choix entre plusieurs. (Despeisses, *des Successions*, part. 1re., tit. 2, sect. 6, art. 2, n°. 12.)

Y a-t-il quelques formes pour le choix ? Non. Il suffit que la volonté de l'élisant soit suffisamment et manifestement déclarée.

Il faut observer que, dans tous les cas, l'élu tient son droit du testateur, et non de l'élisant. En conséquence il ne seroit pas tenu d'imputer le legs sur la légitime qu'il auroit droit de prétendre sur la succession de l'élisant : *Non enim facultas necessariæ electionis, propriæ liberalitatis beneficium est* ; (*dictâ lege* 67, §. 1., ff. *de Legatis* 2°.) S'il s'agissoit d'une disposition universelle, ou à titre universel, il seroit seul tenu à l'égard des créanciers de la succession, qui n'auroient aucune action contre l'élisant, à moins qu'il ne fût lui-même un des successibles. Ce dernier n'a aucun droit sur les objets faisant partie de la disposition, et ne pourroit conséquemment disposer d'aucun. Il ne gagne aucuns fruits. Autrement cela rentreroit dans la classe des dispositions à charge de conserver et de rendre, prohibées par l'article 896.

2°. Ricard, n°. 573, regarde également comme valables les dispositions faites sous des conditions qui dépendent de la volonté d'un tiers, *putà : Je donne et lègue à Pierre, si Paul fait ou ne fait pas telle chose.* Le testateur

BIU Cujas

peut avoir eu une raison quelconque de subordonner sa disposition à l'exécution du fait qui est l'objet de la condition. (L. 68, ff. *de heredib. instit.*)

3°. La disposition est encore valable, si elle est conçue de manière que l'on puisse présumer que l'intention du testateur a été de la laisser à la volonté d'un tiers, ou même de l'héritier, mais *tanquàm in arbitrium boni viri*, comme s'il est dit, *si existimaverit*, *si comprobaverit*, *si justum putaverit*, parce que, dit la loi 75, ff. *de Legatis* 1°., *quasi viro potiùs bono ei commissum est*, *non in meram voluntatem heredis collatum.*

4°. Enfin, si la disposition dépend uniquement d'un acte pur et simple de la volonté de l'héritier ou d'un tiers, *putà*, *si voluerit heres aut Titius*, Ricard, n°. 570, pense qu'il y a nullité dans tous les cas. J'oserois n'être pas tout-à-fait de cet avis, et distinguer : La disposition laissée à la volonté de l'héritier, ou de toute autre personne chargée d'acquitter le legs, est nulle. (Argument tiré de l'article 1174.) *Secùs*, si elle est laissée à la volonté d'un tiers qui n'a aucun intérêt pécuniaire, à ce que la disposition soit exécutée ou non. Je fonde cette distinction sur la loi 43, §. 2, ff. *de Legatis* 1°., qui la consacre formellement. Je sais bien qu'une décision contraire paroît se rencontrer dans la loi 52, *in fine*, ff. *de Condit. et demonstr.* Mais je regarde cette dernière comme tenant un peu aux subtilités Romaines, qui ne sont point admises dans notre droit.

Observez 1°. que, dans tous les cas, on n'a jamais regardé comme personnes incertaines, celles dont la désignation, quoique non individuelle, est cependant renfermée dans un cercle extrêmement étroit. Tel seroit le legs fait aux domestiques qui seront au service du testateur au jour de son décès. Et il est bon de remarquer, à l'occasion de semblables legs qui ont lieu assez fréquemment, que le mot *domestiques* se prend en droit dans un sens beaucoup plus étendu que dans le style ordinaire, et qu'il s'applique *omnibus qui sunt in domo*, et salariés par le testateur. C'est ainsi qu'on a jugé au Parlement de Paris le 12 mai 1739, que cette expression s'appliquoit à un prêtre, bibliothécaire du testateur. *Voyez* Rousseaud de La Combe, *v°.* Domestique.

2°. Que le legs peut encore être caduc pour d'autres causes, *putà eâ causâ perplexâ*, si, par exemple, le testateur ayant deux amis ou deux parens du même nom, fait un legs à l'un d'eux, sans rien ajouter qui puisse servir à faire distinguer celui qu'il a voulu gratifier. (L. 62, §. 1, ff. *de Hered. instit.*) Mais pour peu que cela puisse se connoître, l'erreur dans la qualité, ou même dans le nom, n'empêcheroit pas le legs d'être valable. (L. 4, Cod. *de Testam.*)

(6) *De la prestation du legs.* Lorsque le legs est caduc, au profit de qui doit-il tomber, du légataire universel, ou de l'héritier légitime ? Je crois que l'on doit appliquer le principe que nous avons établi précédemment, pour le cas où un legs étant fait avec charge, celui qui est appelé à recueillir le bénéfice de la charge, en est incapable, et décider en conséquence que, dans le cas de

BIU Cujas

caducité d'un legs, cette caducité doit profiter à celui qui auroit été chargé d'acquitter le legs, s'il n'eût pas été caduc : *Eumdem sequuntur commoda, quem sequuntur onera.* Ainsi dans l'espèce, elle profitera au légataire universel, quand même l'héritier seroit légitimaire. Car c'est lui qui est chargé de tous les legs. (Art. 1009.) Il doit donc profiter de la caducité. *Sic* jugé en Cassation, le 20 juillet 1809. (*Journ. de la Jurisp. du Cod. Civ.*, tom. XIII, pag. 281.) Il en faudroit dire autant du légataire à titre universel, puisqu'il est chargé d'acquitter les legs particuliers, à raison de son émolument. C'est aussi le sentiment de RICARD, part. 3e., nº. 501. Cet auteur va même jusqu'à prétendre que, si une métairie a été léguée, et que le testateur en ait distrait quelques arpens pour les léguer à une autre personne, ces arpens, dans le cas où le legs qui en a été fait, resteroit sans effet, appartiendroient au légataire de la métairie. Je ne crois pas ce principe généralement applicable ; mais je pense que la décision doit dépendre de la manière dont le testateur s'est exprimé. Si, par exemple ; il a dit : Je donne ma métairie à Pierre, et je le charge de remettre telle portion de terrain à Paul ; alors c'est un legs avec charge, et d'après les principes établis note (8) de la pag. préc., si Paul est décédé ou incapable, Pierre doit profiter de la partie de terrain qui lui étoit léguée. Mais, s'il est dit dans le testament : Je donne ma métairie à Pierre, sauf telle portion de terrain que je donne à Paul, et que Paul ne recueille pas le legs, celui de Pierre n'en doit pas être augmenté, et la part de Paul tourne au profit de l'héritier, ou du légataire universel, s'il y en a un. Tel paroît être aussi l'avis de ROUSSEAUD DE LA COMBE, *vº.* ACCROISSEMENT, nº. 6.

Il peut arriver aussi que la caducitédu legs profite exclusivement à l'un des légataires à titre universel, *putà*, si ce dernier legs est de la totalité des biens de même nature que celui qui est l'objet du legs caduc ; *putà*, si cet objet est un immeuble, et qu'il y ait un légataire de tous les immeubles, un arrêt du 29 mars 1640, rapporté au Journal des Audiences, a jugé que la caducité devoit profiter exclusivement au légataire des immeubles. Et cette décision est fondée sur les principes que nous avons suivis jusqu'à présent.

(7) *Sauf le cas de substitution vulgaire et celui d'accroissement.* « Je « donne et lègue ma maison à Pierre ; si Pierre ne recueille pas le legs, je la « donne à Paul. » Voilà la substitution vulgaire :

« Je donne et lègue ma maison à Pierre : je donne ma maison à Paul. » La maison est censée léguée toute entière à chacun. Mais s'ils sont tous deux capables de recueillir, comme ils ne peuvent avoir chacun la maison en totalité, le legs se divise nécessairement entr'eux, *concursu faciunt partes*, comme disent les lois Romaines ; et chacun aura la moitié de la maison. Mais si l'un d'eux, Pierre, par exemple, est incapable ou prédécédé, alors comme l'exercice de son droit ne s'oppose plus à ce que Paul recueille entièrement le legs qui lui a été fait, Paul aura à lui seul la maison entière. Voilà une des espèces

BIU Cujas

de droit d'accroissement ; ou plutôt, c'est, dans l'espèce, un droit de non-décroissement.

Quid, s'il y a tout-à-la-fois colégataire et substitué, lequel sera préféré ? Par exemple dans cette disposition : « Je donne et lègue ma maison à « Pierre et à Paul : si Paul ne recueille pas le legs, je lui substitue Jean. » Paul meurt avant le testateur. Pierre réclame sa portion par droit d'accroissement ; Jean la réclame par droit de substitution. Lequel sera préféré ? Il faut décider que c'est Jean, parce que l'effet de la substitution vulgaire est de mettre le substitué entièrement à la place de l'institué ou du légataire, et de lui donner la part qu'il auroit eue, s'il avoit recueilli l'institution ou le legs. Donc, Jean doit avoir la moitié de la maison ; et il n'y auroit lieu au droit d'accroissement en faveur de Pierre, qu'autant que Paul et Jean seroient tous deux prédécédés, ou incapables de recueillir.

Il y auroit cependant un cas où le conjoint seroit préféré au substitué, c'est quand le testateur a substitué à tous les conjoints pris collectivement, comme dans cet exemple : *Je donne et lègue ma maison à Pierre et à Paul, s'ils ne recueillent pas le legs, je leur substitue Jacques.* Si Pierre ne recueille pas, Paul aura la maison entière, et Jacques n'aura de droit qu'autant que Pierre et Paul manqueront tous deux. (L. 41, §. 4, ff. *de Vulg. et pupill. Substit.*)

D'après la nature de la substitution vulgaire, l'on voit qu'il doit être de principe que le substitué ne peut jamais concourir avec l'institué. Mais il faut entendre que ce concours ne peut avoir lieu sur les mêmes objets. Car si le legs comprend plusieurs choses, et que l'institué ne l'accepte que pour une partie, le substitué peut réclamer le surplus.

(8) *Ou même par sa répudiation*, ou par son indignité, quoi qu'en dise Montvallon, qui, dans son traité *des Successions*, chap. 3, art. 2, prétend établir sur ce point, entre l'incapacité et l'indignité, une distinction qui ne seroit sûrement pas admise dans notre droit.

(9) *Au droit d'accroissement.* Y auroit-il lieu au droit d'accroissement entre deux donataires, dans les cas où ce droit a lieu entre les légataires ? Il faut distinguer : Il ne me paroît pas douteux que les dispositions relatives au droit d'accroissement dans les legs, ne doivent être appliquées aux donations de biens à venir. Ces dispositions doivent, en tous points, sauf la révocabilité, être assimilées aux dispositions testamentaires. Si donc une donation de ce genre, ou une institution contractuelle, a été faite au profit de deux époux (car le cas ne peut arriver autrement), et qu'au décès du donateur, l'un des donataires soit incapable ou décédé, et qu'il ne laisse pas de postérité, la donation doit appartenir en entier à l'autre.

Quant à la donation entre-vifs, comme tous les donataires sont saisis irrévocablement de leurs parts et portions, au moment même de la donation, s'ils

BIU Cujas

sont tous capables de recevoir à cette époque, il ne peut y avoir lieu au droit d'accroissement. Mais, s'il y en avoit un d'incapable, je ne vois pas pourquoi le droit d'accroissement n'auroit pas lieu en faveur de l'autre. C'est aussi l'opinion de RICARD (*des Donations*; part. 3, n°. 477 et suivans.) « Ce droit, « dit cet auteur, *loco citato*, n'est fondé que sur la raison et sur l'interprétation « des volontés des donateurs, lesquels ayant conjoint deux ou un plus grand « nombre de personnes dans un même bienfait, comme tous les particuliers « qui y sont appelés, ont la volonté solidaire du testateur, pour ce qui a été « l'objet de sa 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 volonté « du testateur. *Concursu partes faciunt.* Dès qu'ils ne concourent plus, il n'y a « plus de partage; et celui, ou ceux qui restent, doivent avoir la totalité. Or, la « même conjoncture se rencontrant dans la donation entre-vifs aussi bien que « dans les legs, la raison veut que l'un et l'autre soient susceptibles d'une même « résolution. » La même décision doit s'appliquer au cas où l'un des donataires, sans être incapable, ne pourroit cependant pas profiter de la disposition, *putà*, s'il est mort avant d'avoir valablement accepté.

Mais remarquez que nous avons raisonné jusqu'à présent dans l'hypothèse que la donation, soit de biens présens, soit de biens à venir, a été faite dans la forme indiquée par l'article 1044. Quant au cas exprimé dans l'article 1045, il ne peut donner lieu au droit d'accroissement dans aucune de ces deux donations, puisque ce droit ne peut avoir lieu qu'autant que les deux libéralités portent sur le même objet, et que, dans ce cas, l'une des deux donations ne peut être valable, sans entraîner la nullité de l'autre.

La charge de substitution frapperoit-elle sur les biens perçus par suite du droit d'accroissement? Espèce: Un père ayant trois enfans, charge l'un d'eux de restituer à ses enfans sa part dans le disponible. L'un des deux autres ne recueille pas. La part que le grevé prendra dans le disponible, en sus de ce qu'il auroit eu, si les deux frères fussent venus à la succession, fera-t-elle partie de la restitution? Je pense qu'oui, surtout d'après l'esprit actuel de nos substitutions. L'on doit penser qu'en grevant le disponible de restitution, le testateur a eu l'intention de venir, le plus possible, au secours de ses petits enfans, et que, par conséquent, s'il eût prévu l'événement, il n'eût pas manqué d'y comprendre la part que le grevé prendra dans la portion de celui qui ne recueille pas. C'est aussi l'avis de RICARD, *ibid.*, n°. 487 et suivans.

Il y avoit chez les Romains un droit d'accroissement particulier en matière d'usufruit. Lorsqu'un usufruit avoit été légué conjointement à deux personnes, *concursu partes faciebant.* Mais à quelqu'époque que l'un des légataires vînt à manquer, sa part accroissoit à l'autre usufruitier; et le propriétaire ne pouvoit rien prétendre dans l'usufruit, qu'après la mort de tous les usufruitiers. Ce droit différoit, comme l'on voit, de celui qui avoit lieu en matière de pro-

BIU Cujas

priété, en ce que, dans celui-ci, le droit cessoit, aussitôt qu'il étoit certain que tous les légataires avoient recueilli, au lieu qu'en matière d'usufruit, comme nous venons de le dire, le droit d'accroissement avoit lieu en tout temps. Cette doctrine étoit fondée sur ce que, disoit-on, le legs d'usufruit consiste en fait et en jouissance successive : *ususfructus quotidiè constituitur et legatur.* (L. 1, §. 3, ff. *de usufr. adcresc.*) Chaque fois donc qu'un des usufruitiers vient pour percevoir les fruits du fonds, il trouve un autre usufruitier qui a autant de droit que lui, et avec lequel conséquemment il est tenu de partager. Mais du moment que ce dernier n'existe plus, ou qu'il a renoncé à l'usufruit, rien ne gêne plus la jouissance du premier; et il prend en conséquence tous les fruits. Ce droit auroit-il encore lieu aujourd'hui ? Cela me paroîtroit difficile. La loi n'a établi qu'un mode d'accroissement. Il doit donc être tel qu'il soit commun au legs d'usufruit, comme au legs de propriété. Or, comme le mode adopté par les lois Romaines en matière d'usufruit, ne pourroit convenir au legs de propriété, il faut décider, qu'il ne pourroit y avoir lieu à d'autre accroissement, en matière d'usufruit, que celui qui a lieu en matière de propriété.

S'il y a un légataire de la nue propriété, et un légataire de l'usufruit, du même objet, et que le légataire de l'usufruit ne recueille pas son legs, à qui, de l'héritier, ou du légataire de la propriété, l'usufruit retournera-t-il ? L'usufruit se consolidera et se réunira à la propriété. Jugé dans ce sens, et avec raison, à Paris le 21 avril 1815. (Sirey, 1816; 2^e. partie, pag. 288.) Telle paroît être aussi la décision de la loi 33, ff. *de usufructu.*

(10) *Par une seule et même disposition.* C'est ce que les commentateurs des lois Romaines appeloient *conjunctio re et verbis.* Exemple : *Je donne et lègue dix mille francs à Pierre et à Paul.*

(11) *Et sans que la part de chacun ait été assignée.* La désignation des parts empêcheroit-elle toujours le droit d'accroissement ? C'est une question extrêmement délicate. On a voulu distinguer si la désignation des parts existoit dans l'institution, ou seulement dans l'exécution. Si, par exemple, le testateur avoit dit : *J'institue Pierre, Paul et Jean, mes légataires universels, chacun pour un tiers ;* dans ce cas, a-t-on dit, la désignation des parts affecte l'institution même. Chacun des légataires n'est institué que pour un tiers, et ne peut en avoir davantage, quoi qu'il arrive. Mais s'il a dit : *J'institue Pierre, Paul et Jean, mes légataires universels, à l'effet de diviser entre eux ma succession par portions égales ;* dans ce cas, il les appelle tous d'abord à la totalité de la succession, et il ne parle de parts ou de portions que dans l'exécution ; c'est-à-dire, relativement au partage qu'il prévoit devoir être fait après sa mort. Il ne fait alors que dire ce que la loi dit elle-même. Il doit donc y avoir lieu au droit d'accroissement. On a jugé à-peu-près dans ce sens, en Cassation, le 19 octobre 1808 (Sirey, 1809; 1^re. part., pag. 31); et le 14 mars 1815, (*Bulletin*, n°. 19.) Il me semble que le testateur ayant,

BIU Cujas

dans les deux cas, désigné les parts que chacun doit avoir, les deux dispositions rentrent également dans le cas prévu par l'article 1044. Quant au moyen tiré de ce que le partage se seroit toujours fait de cette manière, c'est le cas d'appliquer la maxime : *Expressa nocent, non expressa non nocent.* Je pense donc qu'il est plus simple de décider que, toutes les fois que le testateur a désigné les parts, il n'y a pas lieu au droit d'accroissement. Cela paroît plus conforme au texte de l'article 1044, et à l'intérêt des héritiers légitimes, qui, en général, dans notre droit, sont regardés plus favorablement. Telle paroit avoir été aussi l'ancienne jurisprudence, ainsi qu'il résulte d'un arrêt de Paris du 11 juillet 1647, cité par RICARD, *ibid.*, n°. 508. Dans l'espèce de cet arrêt, un oncle avoit donné à ses neveux, tous ses meubles, pour être partagés entre eux comme frères. L'un des deux étant décédé avant le testateur, on jugea que le survivant ne pouvoit réclamer que la moitié des meubles.

Si cependant les circonstances étoient telles que l'on pût croire que le testateur a voulu plutôt détruire un doute qui pouvoit s'élever, que désigner les parts de chacun, alors la désignation des parts pourroit n'être pas un obstacle au droit d'accroissement. Ainsi, dans cette disposition : *J'institue mon frère et ses enfans mes légataires universels ; savoir, mon frère pour moitié, et ses enfans pour l'autre moitié*, l'on pourra, s'il n'y a d'ailleurs aucune présomption qui s'y oppose, on pourra, dis-je, supposer que le testateur a pu craindre que l'on ne pensât qu'il avoit voulu partager sa succession entre son frère et ses neveux, par portions égales, de manière que le père n'eût qu'une part égale à celle de l'un de ses enfans ; et qu'il a voulu prévenir un procès, en faisant connoître ses intentions.

Remarquez que dans cette espèce, les enfans du frère sont censés entr'eux *conjuncti re et verbis, et disjuncti* à l'égard de leur père. En conséquence, si l'un d'eux est décédé avant le testateur, sa part revient à ses frères et sœurs seulement, et le père ne peut rien prétendre dans la moitié assignée à ses enfans, qu'autant qu'ils seroient tous décédés avant le testateur, ou incapables de recueillir à son décès. *Voyez* la note (3) de la page suivante.

PAGE 90.

(1) *Non susceptible d'être divisée sans détérioration ;* ainsi il ne suffiroit pas qu'il y eût incommodité dans la division, comme lorsqu'il s'agit de licitation ou de partage. Il faut encore que la division ne puisse se faire sans détérioration, comme dans le legs d'une maison. Il m'est impossible d'expliquer pourquoi l'on exige, dans ce cas, que la chose soit à-peu-près impartageable. Il me semble que cela devroit s'appliquer bien plutôt au cas où la chose est donnée à deux personnes par la même disposition. En effet, quand il y a deux dispositions, l'on peut dire que le tout à eté donné à chacun des légataires.

BIU Cujas

Lorsqu'ils sont tous deux capables de recueillir, alors nécessairement *concursu partes faciunt.* Mais quand l'un ne se présente pas, alors l'autre prend tout, ou plutôt garde tout, non par droit d'accroissement, mais par droit de non-décroissement. Il devroit peu importer, d'après cela, que la chose fût, ou non, divisible. Mais quand la même chose est léguée à deux personnes par la même disposition, l'on ne peut dire que le tout a été légué à chacun. Donc, quand la chose léguée est divisible, on peut présumer que le testateur a pensé qu'elle seroit divisée, et que, par conséquent, il n'a eu intention que de léguer une portion à chacun. Mais, au surplus, comme la loi est formelle, il n'y a pas lieu à interpréter.

(2) *Par le même acte.* Ce sont les *conjuncti re* des Romains. On les appelle aussi *disjuncti*, par opposition aux *conjuncti re et verbis*, dont la conjonction est bien plus étroite, comme on le verra dans la note suivante.

Quid, si la même chose a été léguée à deux personnes, mais par deux testamens différens? Il n'y a pas lieu au droit d'accroissement; mais le dernier legs révoque le premier. (Art. 1036.)

Quid, si un objet est d'abord légué en entier à une personne, et qu'une partie du même objet soit ensuite léguée à une autre? Le premier legs est censé diminué de la partie comprise dans le second. (L. 23, Cod. *de Legatis.*)

(3) *Conjointement avec lui. Quid*, s'il y a tout-à-la-fois *conjunctio re et verbis*, et *conjunctio re* dans le cas prévu par l'art. 1045, c'est-à-dire, avec impossibilité, ou presque impossibilité de partage? Les conjoints *re et verbis* sont préférés, entr'eux, aux conjoints *re*. Mais aussi ils ne comptent tous ensemble que pour une part. Exemple:

Je donne ma maison à Pierre;

Je donne ma maison à Paul;

Je donne ma maison à Jean et à Jacques.

Si tous les légataires sont capables, et acceptent, le legs se partage par tiers, dont un pour Pierre, un deuxième pour Paul, et le troisième pour Jean et Jacques, qui auront chacun un sixième.

Si l'un est incapable, ou répudie le legs, il faut distinguer: Si c'est un conjoint *re*, sa part se reverse par parties égales, sur l'autre conjoint *re*, et sur les conjoints *re et verbis*, qui ne comptent que pour une tête. Ainsi, dans l'espèce, si Pierre est incapable, sa part accroît pour moitié à Paul, et pour l'autre moitié à Jean et à Jacques, qui auront en conséquence chacun un quart de la maison, et Paul en aura la moitié.

Mais si l'incapable est un des conjoints *re et verbis*, sa part accroît exclusivement à celui qui est conjoint *re et verbis* avec lui; et les conjoints *re* n'ont rien à prétendre dans les parts des conjoints *re et verbis*, que lorsque ces derniers manquent tous, ou sont tous incapables. C'est pour cette raison que les conjoints *re* sont appelés *disjuncti.*

BIU Cujas

Si donc Jean est incapable, sa part accroît à Jacques seul. Si Jean et Jacques sont incapables tous deux, leur part accroît à Pierre et à Paul par portions égales.

Quid, si l'un des co-légataires est institué purement et simplement, et l'autre sous condition, que le premier vienne à mourir après le testateur, et qu'ensuite la condition vienne à défaillir, les héritiers du décédé peuvent-ils réclamer le droit d'accroissement? Oui; car ce droit faisoit partie du legs qui lui a été fait, et qui lui a été acquis. (L. 26, §. 1, ff. *de Condit. et demonstrat.*) L'on peut dire, dans ce cas, que chacun des légataires est institué pour la totalité, à la charge de rendre la moitié à l'autre, s'il peut acquérir, et s'il accepte le legs.

Si l'un des co-légataires est grevé d'une charge, et qu'il vienne à manquer, sa part accroît-elle *cum onere* ou *sine onere*? Chez les Romains on distinguoit: Entre les conjoints *re et verbis*, l'accroissement avoit lieu *cum onere*; mais aussi le co-légataire pouvoit y renoncer. Entre les conjoints *re tantùm*, l'accroissement avoit lieu, malgré le co-légataire; mais aussi il avoit lieu *sine onere*, parce que ce n'étoit pas un véritable droit d'accroissement; c'étoit plutôt, comme nous l'avons dit, un droit de non-décroissement. Ce n'étoit pas la part de l'incapable qui accroissoit à celle du capable; c'étoit la part du capable qui n'étoit pas diminuée de celle de l'incapable. (*L.* unic., §. 11, Cod. *de Caduc. toll.*) Ces distinctions paroissent fondées sur les véritables principes de la matière, et devoir en conséquence être admises dans le silence du Code à cet égard.

Nota. Je ne dois cependant pas laisser ignorer que RICARD, partie 3, nos. 551 et suivans, n'adopte pas ces distinctions, et qu'il pense que, dans tous les cas, et quelle que soit la nature de la conjonction, la charge passe au co-légataire. Il se fonde sur ce que le testateur ayant voulu que, dans le cas où tous les légataires concourroient, chacun d'eux se contentât d'une part dans l'objet, ne peut avoir eu l'intention que l'un d'eux recueillît la totalité, sans être tenu des charges qu'il a imposées à l'autre co-légataire. Mais il me semble que ce raisonnement n'est pas exact. Dans la conjonction *re*, le testateur est présumé avoir eu l'intention de laisser la chose entière à chacun; savoir: à l'un sans charge, à l'autre avec charge. A la vérité, comme ils se trouvent avoir tous un droit égal, il faut bien que la chose se partage, si tous se présentent pour recueillir: *Concursu faciunt partes*. Mais le partage n'a pas lieu dans ce cas, par un effet de la volonté du testateur; mais *ex necessitate rei*. Donc, quand l'un d'eux vient à manquer, l'on ne peut dire que l'autre prend sa part; mais bien que le legs qui lui a été fait, n'éprouve point de diminution par le concours de l'autre. C'est ce que l'on exprime quand l'on dit qu'entre les conjoints *re*, il y a lieu, non au droit d'accroissement, mais au droit de non-décroissement. Donc, comme celui qui recueille le tout, ne prend rien du chef

BIU Cujas

de l'autre co-légataire, l'on ne voit pas comment on pourroit l'obliger d'accomplir la charge imposée à ce dernier.

Mais il est bien entendu, que, même entre les conjoints *re et verbis*, la charge ne passe au co-légataire, qu'autant qu'elle n'est pas personnelle, c'est-à-dire, qu'elle n'est pas attachée particulièrement à la personne, comme seroit la condition de se marier, de faire un tableau, ou autre chose semblable.

(4) *Quand le legs est sujet à délivrance.* Les legs à titre universel et les legs particuliers sont toujours sujets à délivrance. Les legs universels n'y sont sujets, que lorsqu'il y a des légitimaires. Hors ce cas, ils saisissent le légataire de plein droit.

Mais remarquez qu'en matière de legs principalement, il faut distinguer deux espèces de saisine, celle de la propriété, et celle de la possession. Dans toute espèce de legs pur et simple, ou à terme, la saisine de propriété a lieu de plein droit, lorsque l'objet légué est un corps certain et déterminé. Le légataire est donc, comme nous l'avons dit, propriétaire, de plein droit, de l'objet légué, du moment du décès. Mais la saisine de possession n'a lieu de droit que dans les legs universels, et encore quand il n'y a pas de légitimaires, comme nous l'allons voir tout-à-l'heure.

Quelle est la nature de l'action en délivrance ? Elle est purement personnelle; car elle ne peut être dirigée que contre la personne de l'héritier ou du légataire universel. En effet, le legs ne pouvant avoir d'exécution, qu'autant que la validité du testament total, ou de la disposition particulière, n'est pas attaquée, il est évident que la délivrance du legs ne peut être consentie que par ceux qui ont intérêt de contester cette validité. On les assigne, pour qu'ils aient à consentir cette exécution, sinon que le jugement à intervenir vaudra consentement. Or cette demande en exécution du testament, n'est autre chose que l'action en délivrance. Mais cette action ne préjudicie en rien aux autres actions que le légataire peut avoir à exercer, et qui varient suivant la nature de l'objet légué. Si c'est un corps certain, le légataire a, comme nous l'avons dit, le *jus in re*, et par conséquent, sauf le cas de l'article 1141, l'action réelle contre tout détenteur de l'objet; action qu'il ne peut néanmoins exercer qu'après que la délivrance du legs aura été ordonnée ou volontairement consentie. Si c'est une somme d'argent, il peut exercer l'action hypothécaire pour le total de son legs, sur tous et chacun des immeubles de la succession. (Art. 1017.) Et, s'il a demandé la séparation des patrimoines, son hypothèque est même privilégiée à l'égard des créanciers de l'héritier, sauf l'inscription dans les six mois de l'ouverture de la succession. (Art. 2111.)

Observez que, quoique l'action en délivrance du legs soit, comme nous l'avons dit, une action personnelle, elle doit cependant, aux termes de l'ar-

BIU Cujas

ticle 59 du Code de Procédure, être portée devant le juge du lieu de l'ouverture de la succession.

(5) *Pourvu qu'il n'en résulte pas de diminution de la réserve légale.* Dans le concours d'un héritier à réserve, et d'un légataire, à la charge de qui doivent être les frais de scellé, inventaire, partage, etc. ? On peut dire pour le légitimaire, que ces frais sont occasionnés par le legs universel, et qu'il en résulte une diminution de la réserve légale. Mais l'on peut répondre que ces frais ont lieu dans l'intérêt de toutes les parties, pour déterminer, aussi bien ce que le légitimaire peut exiger, que ce dont le défunt a pu disposer. Ils doivent donc être prélevés sur la masse, comme charges de la succession : et la réserve ne s'établissant que *deducto ære alieno*, ne doit être calculée qu'après le payement de toutes les dettes. Jugé dans ce sens à Paris le 1^er^. août 1811. (Sirey, 1813; 2^e^. part., pag. 284.)

(6) *Enregistré en totalité.* Mais alors il faut déduire du droit dû sur l'universalité de la succession, le droit perçu sur chaque legs en particulier. *Sic* jugé en Cassation, le 8 septembre 1808. (Sirey, 1809; 1^re^. part., pag. 142.) Et cela s'applique aux legs, soit de rentes perpétuelles, soit de rentes viagères, mais non aux legs d'usufruit. *Voir* deux arrêts de la même Cour des 23 septembre 1811, et 17 mars 1812. (Sirey, 1813; 1^re^. part., pag. 422 et 423.)

Aux termes de l'article 21 de la loi du 22 frimaire an 7, les testamens déposés chez les notaires, ou par eux reçus, doivent être enregistrés, dans les trois mois du décès des testateurs, à la diligence des héritiers, légataires, ou exécuteurs testamentaires; et ce, à peine du double droit, aux termes de l'article 38.

(7) *A une ou plusieurs personnes.* Ceci a besoin de distinction : Si le testateur a dit : *J'institue Pierre, Paul et Jacques, mes légataires universels*, c'est le cas de l'article 1003. Ils sont vraiment tous trois légataires universels; ils sont en conséquence saisis, s'il n'y a point d'héritiers à réserve; et si l'un d'eux vient à manquer, il y a lieu au droit d'accroissement. Mais s'il a dit : *J'institue Pierre, Paul et Jacques, mes légataires universels, chacun pour un tiers de mes biens*, quoiqu'ils prennent également à eux trois toute la succession; cependant, comme leurs parts sont désignées, ils ne sont que légataires à titre universel; ils ne sont saisis dans aucun cas, et il ne peut y avoir lieu entr'eux au droit d'accroissement.

Quid, si le testateur avoit dit : *Je lègue le tiers de mes biens à Pierre, et le surplus à Paul ?* Il est clair que le mot *surplus* est ici synonyme des mots *deux tiers*; et que le testateur n'a entendu léguer à Paul que ce qui resteroit, le tiers déduit; ils sont donc tous deux légataires à titre universel, et il n'y a pas lieu au droit d'accroissement. (Cette décision est consignée littéralement dans les motifs.) Il en seroit autrement s'il avoit dit : *Je donne à Pierre le tiers de mes biens, et j'institue Paul mon légataire universel.* Dans ce cas, si Pierre ne recueille pas, sa part accroît à Paul. (Argument tiré de l'art. 1011,

BIU Cujas

qui suppose évidemment qu'il peut y avoir tout-à-la-fois, legs univesel, et legs à titre universel.) D'ailleurs, dans ce dernier cas, le testateur a manifesté l'intention de donner toute sa succession à Paul, à la vérité, en le grevant de legs en faveur de quelques personnes. Mais il résulte toujours de là que, si ces legs deviennent caducs, le montant doit se réunir au legs universel. Dans le premier cas, au contraire, le testateur a désigné la part de chaque légataire. Chacun d'eux ne peut donc, dans aucun cas, réclamer que celle qui lui est assignée; et si l'un d'eux vient à manquer, sa part appartiendra aux héritiers légitimes, et les autres légataires ne pourront y rien réclamer.

Quid, si le premier legs est un legs particulier, comme s'il est dit : *Je donne et lègue ma maison de campagne à Pierre, et le surplus de tous mes biens à Paul?* Je pense que dans ce cas, Paul est légataire universel, et que, si le legs de la maison est caduc, c'est lui qui doit en profiter. La raison de différence avec le cas précédent, c'est que, dans ce dernier, le mot *surplus* peut et doit même raisonnablement s'interpréter par ceux-ci : *les deux tiers* : donc, les parts de chacun sont désignées; donc, il ne doit pas y avoir lieu au droit d'accroissement. Dans cette dernière espèce, au contraire, il est évident que le même mot ne peut signifier une quote de l'hérédité, mais bien l'hérédité entière, moins la maison de campagne; ce qui est le caractère du legs universel.

Au surplus, dans toutes ces questions, c'est surtout à l'intention du testateur qu'il faut se référer, s'il est possible de la connoître par les expressions du testament.

(8) *Si le testateur laisse des héritiers légitimaires. Quid*, s'il n'y a pas d'autre successible qu'un enfant naturel, le légataire universel est-il obligé de lui demander la délivrance? Je ne le pense pas, quoique l'enfant naturel ait une espèce de réserve sur les legs? L'enfant naturel est tenu de demander l'envoi en possession, même quand il prend la totalité de la succession. Le légataire est donc saisi avant lui, puisqu'il a la saisine de droit.

L'on dira peut-être que cette raison n'est pas applicable au cas où le testament est olographe ou mystique, puisqu'alors le légataire universel est lui-même tenu de demander la délivrance. Je réponds que l'obligation imposée dans ce cas au légataire, ne tient pas à la nature de son droit, mais à la forme du testament, puisqu'il n'y seroit pas tenu, si le testament étoit par acte public; au lieu que la même obligation, à l'égard de l'enfant naturel, tient à la nature de son droit, puisque, dans tous les cas, il est obligé de demander l'envoi. Il est donc certain que le droit du légataire est légalement plus fort que celui de l'enfant naturel.

(9) *Par le légataire.* Lorsqu'il y a un légitimaire, le testateur pourroit-il dispenser le légataire universel de l'obligation de demander la délivrance, et ordonner qu'il sera saisi de plein droit? Non; le légitimaire ne tient son droit de réserve et de saisine, que de la loi : la volonté de l'homme ne peut y déroger.

BIU Cujas

Devant quel tribunal doit être portée la demande en délivrance des legs? Devant le tribunal de l'ouverture de la succession. (*Cod. de Procéd.*, art. 59.)

Quid, si les légitimaires renoncent à la succession? Il est de principe que l'héritier qui renonce, est, à l'égard de la succession, comme s'il n'existoit pas. Le légataire est donc alors saisi de plein droit.

Quand il y a des légitimaires, et que la délivrance du legs universel est consentie, il doit être procédé, entr'eux et le légataire, à un partage dans la même forme qu'entre cohéritiers. L'on a prétendu que cela étoit vrai, quant à la constatation de la masse et à la formation des lots, qui devoient avoir lieu de concert; mais que, quant à la répartition, c'étoit au légitimaire à choisir le lot qu'il jugeoit convenable de délivrer au légataire. L'on se fonde sur ce que ce dernier étant tenu de demander la délivrance, et l'héritier étant saisi de toute la succession, celui-ci se trouve débiteur, et, qu'en conséquence, le choix lui appartient. Mais ce système ne me paroît pas admissible pour plusieurs raisons. 1°. Parce qu'il arriveroit fréquemment qu'il ne pourroit avoir lieu. Si l'on suppose en effet qu'il existe quatre enfans et un légataire universel, il revient à chaque enfant trois seizièmes de la succession, et au légataire quatre seizièmes ou un quart. Or, comme l'on avoue que la formation des lots doit avoir lieu de concert avec le légataire, il est certain que, par cela seul que l'on aura fait un lot d'un quart, il appartiendra de droit au légataire. Il en est de même du cas où il n'y a qu'un légitimaire ascendant; car il n'a droit qu'à un quart de la succession, et le légataire aux trois quarts;

2°. Parce que, comme nous l'avons dit, la demande en délivrance est réellement, dans ce cas, une action dirigée contre l'héritier, pour qu'il ait à consentir l'exécution du testament, plutôt qu'une véritable action en remise de l'objet légué; car, autrement, il faudroit prétendre que l'héritier a le droit de former seul les lots. Or, on n'a pas été jusque-là.

3°. Parce que la même décision devroit avoir lieu dans le cas où il existeroit un héritier non-légitimaire, et quatre légataires à titre universel, chacun pour un quart; car ils sont tenus de lui demander la délivrance. Or, il seroit absurde de prétendre que, dans ce cas, l'héritier qui n'a rien à prétendre dans la succession, peut former les lots, et délivrer à chaque légataire celui qu'il juge convenable.

Je pense donc qu'il faut tenir, qu'une fois la délivrance du legs consentie et ordonnée, les héritiers et le légataire sont entièrement *loco coheredum*, et qu'il faut appliquer au partage qui a lieu entr'eux, toutes les règles du partage entre cohéritiers.

PAGE 91.

(1) *A été volontairement consentie*. Dans ce cas, les fruits que le légitimaire a perçus dans l'intervalle, doivent-ils être imputés sur sa légitime, à l'effet

BIU Cujas

de diminuer d'autant la réduction que doit éprouver le legs universel? Je ne le pense pas. Au termes des articles 922 et 1090, pour calculer la légitime et le disponible, on ne considère la valeur et le montant des biens qu'à l'époque du décès. Le légitimaire est saisi de sa réserve, à compter de ce moment. Quant aux fruits qu'il perçoit depuis, il les gagne comme possesseur de bonne foi, et parce que le silence gardé pendant si long-temps par le légataire, a dû lui faire croire que le legs étoit caduc. C'est donc un fait entièrement étranger à sa légitime, et qui ne peut en diminuer le montant. Enfin la loi 22, §. 2, ff. *ad Senat. Trebell.*, décide formellement que, si l'héritier fidéicommissaire a négligé de demander le fidéicommis, les fruits que le fiduciaire a perçus dans l'intervalle, ne doivent point être imputés sur la quarte, *quià*, dit la loi, *negligentiá petentis*, *non judicio defuncti percepti videntur.* Il en seroit autrement dans le cas, par exemple, d'un legs à terme; dans ce cas, les fruits perçus depuis l'ouverture jusqu'à l'échéance du terme, sont imputés, *quià ex judicio testantis percepti videntur.* (Ibid., et *LL.* 15, §. 6, et 24, §. 1, ff. *ad leg. Falcid.*)

(2) *Personnellement pour sa part et portion.* En est-il tenu à l'égard des créanciers, ou seulement à l'égard du légitimaire? Ou, en d'autres termes, le créancier peut-il agir pour le tout contre le légitimaire, sauf le recours de ce dernier contre le légataire universel? ou est-il tenu de diviser son action entre le légitimaire et le légataire, au prorata de ce que chacun prend dans la succession? La raison de douter se tire de ce qu'il est dit dans l'article 1009, que le légataire universel, concourant avec un légitimaire, est tenu des dettes, personnellement pour sa part et portion, et hypothécairement pour le tout: ce qui paroît devoir s'entendre de l'action des créanciers; car ce n'est qu'à leur égard qu'il peut être tenu hypothécairement pour le tout. Je pense néanmoins que le légitimaire est tenu de toutes les dettes, sauf son recours. En effet, il est constant qu'il est saisi de plein droit de toute la succession, puisque le légataire universel est tenu de lui demander la délivrance. Or, du moment qu'il a accepté, et par l'effet de la saisine, il contracte l'obligation de payer toutes les dettes; et cette obligation, résultant du quasi-contrat d'adition d'hérédité, ne peut être altérée ni diminuée, à l'égard des créanciers, par aucun fait postérieur. L'héritier est donc, dans ce cas, *una eademque persona cum defuncto*, et, comme tel, tenu de toutes ses dettes. Quant à l'article 1009, il peut être entendu dans le sens que, si le créancier veut agir directement contre le légataire universel, il peut le faire, puisque cela tend à prévenir un circuit d'actions; et qu'alors, il peut intenter contre lui l'action personnelle pour sa part et portion seulement, et l'hypothécaire pour le tout.

Il résulte de ce qui vient d'être dit, que le légitimaire ne doit pas se contenter de prendre sa légitime, et d'abandonner le surplus au légataire universel, en le chargeant de payer les dettes; car si celui-ci devenoit insolvable, il se trouveroit exposé aux poursuites des créanciers, sauf son recours contre le légataire,

BIU Cujas

recours qui deviendroit, par le fait, inutile. Il doit donc veiller à ce que les dettes soient payées.

Mais si le légataire universel n'est tenu des dettes, dans ce cas, que pour sa part et portion, en quoi diffère-t-il du légataire à titre universel? Il n'en diffère pas *effectu*, dans l'espèce proposée; mais il en diffère dans le principe, en ce que, s'il n'étoit, par exemple, que légataire, à titre universel, de la moitié de la succession, il ne pourroit, quoi qu'il arrivât, prendre que cette moitié, au lieu que, s'il est légataire universel, même concourant avec trois enfans, ce qui ne lui donne droit qu'au quart des biens, il prendra cependant toute la succession, en cas de renonciation des trois enfans.

(3) *Hypothécairement pour le tout.* Nous avons vu au Titre *des Successions*, ce que signifient ces expressions.

(4) *Tous les legs*, soit particuliers, soit à titre universel. Cela est tout simple. Puisque l'on suppose que le légitimaire n'a que sa réserve, qui ne peut être entamée par des dispositions à titre gratuit, il faut bien que les legs soient à la charge du légataire universel; et dans ce cas, lorsque le légitimaire n'a pris que ce qui lui revient pour sa réserve, les légataires n'ont pas d'action contre lui pour le payement de leurs legs.

(5) *Sauf réduction, si elle a lieu*, mais pour la légitime seulement. La Falcidie est entièrement abrogée, et le légataire universel n'a le droit de faire subir aucune réduction, dans son propre intérêt, aux légataires particuliers. Ainsi donc, voici comment doit être entendu cet article 1009. *Espèce:*

Un père ayant un fils, et des biens de valeur de soixante mille francs, institue un légataire universel, et fait pour trente mille francs de legs particuliers. S'il n'y avoit point de légitimaire, après le payement des legs particuliers, il resteroit trente mille francs au légataire universel; mais comme le fils a droit de prendre, pour sa réserve, la moitié des biens, les legs devront, en conséquence, être réduits à moitié. Les légataires particuliers seront donc réduits à quinze mille francs, et le légataire universel à pareille somme.

Si nous supposons maintenant que, dans la même espèce, les legs particuliers sont de soixante mille francs, il est évident que, quand il n'y auroit pas de légitimaire, le legs universel seroit réduit à zéro. L'existence du légitimaire est donc alors, pour ce qui concerne le légataire universel, une chose absolument indifférente, attendu que, comme il est chargé de payer tous les legs, il ne peut prendre que ce qui reste, après leur entier acquittement. Or, ici, les légataires particuliers absorberoient toute la succession, s'il n'y avoit pas de légitimaire. Comme il en existe un, ils seront, à la vérité, obligés de souffrir une réduction pour compléter la légitime; mais le légitimaire une fois satisfait, le reste de la succession leur appartient en entier.

On ne peut, il est vrai, se dissimuler que ce sens, qui est le seul que l'on doive donner à l'article 1009, ne semble contraire à la disposition de l'article

BIU Cujas

926. En effet, puisque l'article 1009 préfère tous les légataires, quels qu'ils soient, au légataire universel, il sembleroit qu'on auroit dû également l'obliger seul au payement des légitimes, comme cela étoit dans l'ancien droit; cependant d'après l'article 926, lorsqu'il s'agit de la légitime, l'on ne fait aucune distinction entre les legs, soit universels, soit particuliers; et ils sont tous obligés de souffrir la réduction, s'il y a lieu, au marc le franc. J'avoue que les dispositions de l'ancien système étoient plus conséquentes. Cependant celles du Code peuvent encore se justifier. Lorsqu'il y a un légitimaire, il n'y a vraiment pas de légataire universel; c'est tout simplement un légataire à titre universel. C'est l'héritier *sine parte* des Romains, qui ne doit avoir que ce qui reste, après le payement de tous ceux dont les parts sont désignées: *Partibus autem in quorumdam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit, siquidem aliqua pars assi deerit, ex eâ parte heres fit.* (§. 6, Instit., *de hered. Instit.*) Il est donc tout simple, dans ce cas, que le légataire universel ne soit pas chargé seul des légitimes, et qu'il y fasse contribuer ses co-légataires. Mais lorsqu'il n'y a point de légitimaire, comme alors il y a vraiment legs universel dans toute l'étendue du terme, les principes anciens reçoivent toute leur application; et, comme il n'y a plus de Falcidie, il est tenu d'acquitter les legs en totalité.

Ainsi donc, toutes les fois que les legs particuliers, ou à titre universel, égalent ou excèdent le montant de la succession, le légataire universel n'a rien à réclamer, soit qu'il y ait, ou non, des légitimaires.

Mais si le montant des legs, autres que le legs universel, excède le montant de la succession, comment seront-ils payés entr'eux? Le légataire à titre universel, quand il en existe un, devant contribuer au payement des legs particuliers, aux termes de l'article 1012, et ainsi que cela est formellement énoncé dans *les Motifs*, j'en conclus que les légataires particuliers doivent lui être préférés. Si tous les legs sont particuliers, alors *decrescent pro ratâ.* (§. 3, Instit., *ad legem Falcid.*) Dans ce dernier cas, s'il y a un légitimaire, il prendra sa réserve, calculée sur la masse, et abandonnera le surplus aux légataires, qui se la partageront au marc le franc du montant de leurs legs respectifs. Mais les légataires de corps certains ne doivent-ils pas être préférés aux légataires de quantités? Il me semble que, puisque tous les legs, quels qu'ils soient, contribuent au payement de la légitime, on en doit tirer la conséquence que la loi n'en regarde aucun comme plus favorable que l'autre. Seulement les légataires de corps certains pourront réclamer les objets qui leur ont été légués, à la charge de payer une somme égale à ce dont leur legs doit décroître proportionnellement; il n'y auroit donc exception qu'à l'égard des legs dont le testateur auroit ordonné le payement de préférence à tous autres. Il n'est pas même nécessaire qu'il ait manifesté expressément ses intentions à cet égard. Sa volonté peut être présumée d'après les circonstances; *putà*,

BIU Cujas

s'il a déclaré que tel legs étoit fait à titre de restitution; car les créanciers étant d'après la loi, préférés aux légataires, par cela seul qu'il a mis le légataire au nombre des créanciers, il a manifesté l'intention que ce legs fût acquitté de préférence aux autres.

(6) *Sans être obligé de demander la délivrance.* Cependant on a jugé plusieurs fois que l'héritier qui annonce l'intention d'attaquer le testament, peut faire tous les actes conservatoires nécessaires; qu'il peut en conséquence, faire apposer les scellés, faire procéder à l'inventaire, sauf à en supporter les frais en définitif, si le testament est maintenu. Ce système me paroît juste et fondé sur l'équité.

(7) *De toutes les dettes.* En est-il tenu *ultrà vires?* Dans l'ancien droit coutumier on tenoit la négative; mais cela étoit fondé sur ce que le legs, même universel, n'empêchoit pas la saisine de l'héritier légitime, tellement que le légataire étoit toujours obligé de lui demander la délivrance; et si l'héritier avoit renoncé, il devoit diriger son action contre un curateur à la succession vacante, qu'il étoit obligé de faire nommer. Le légataire universel ne représentoit donc pas la personne du défunt: car, autrement, il eût été saisi de plein droit. Il ne succédoit donc qu'aux biens, et il n'étoit tenu des dettes que parce qu'elles sont une charge des biens. Il n'en étoit donc pas débiteur personnel: cette qualité résidoit essentiellement dans la personne de l'héritier légitime, qui, malgré qu'il fût dépouillé entièrement de la succession par le legs universel, pouvoit néanmoins être poursuivi par les créanciers de la succession, tant qu'il n'avoit pas renoncé. Le légataire universel n'étoit donc tenu des dettes que *propter bona.* Or, il étoit, et il est encore de principe, que celui qui n'est tenu d'une dette qu'à cause d'une chose qu'il possède, peut s'en décharger en abandonnant la chose. De là on concluoit que le légataire universel, qui avoit fait inventaire, pouvoit se libérer de l'obligation de payer les dettes de la succession, en abandonnant tous les biens compris audit inventaire.

Aujourd'hui que les principes des pays de droit écrit ont prévalu, pour les cas où il n'y a point de légitimaire, et qu'il a été décidé qu'alors le légataire universel seroit saisi de plein droit, non seulement de la propriété, mais encore de la possession, sans être tenu de demander la délivrance à qui que ce soit, il faut tenir que, dans ce cas, le légataire universel est un véritable héritier, et, comme tel, tenu des dettes, personnellement, et *ultrà vires*, sauf à lui à prendre le bénéfice d'inventaire. Et, en effet, à quel titre pourroit-il être saisi *ipso jure*, si ce n'est parce qu'il succède à la personne du défunt, qu'il en est, comme disent les Auteurs, la continuation? Il faut bien, d'ailleurs, que cette personne soit continuée. *La place du défunt*, disoit l'Orateur du Gouvernement, *ne peut rester vacante.* Dans l'ancien droit coutumier, elle se continuoit dans l'héritier du sang, qui lors même qu'il y avoit un légataire universel, étoit, comme nous l'avons dit, tenu indéfiniment des dettes, tant

BIU Cujas

qu'il n'avoit pas renoncé. Aujourd'hui, il n'a pas besoin de renoncer; la succession ne lui est pas même déférée; il n'y a jamais eu de droit. Les créanciers n'ont aucune action à exercer contre lui; et s'ils n'avoient point contre le légataire l'action personnelle qu'ils avoient contre le défunt, et qu'ils auroient eue contre l'héritier, s'il n'y avoit pas eu de legs universel, il s'ensuivroit qu'un débiteur pourroit priver ses créanciers du bénéfice de cette action, par cela seul qu'il feroit un legs universel : ce qui est contraire au principe que, *nemo potest proprio facto se ab obligatione liberare*, principe qui ne peut s'entendre que de l'obligation personnelle, puisqu'il est certain que l'on peut se libérer de l'obligation réelle, par son fait, c'est-à-dire, en délaissant la chose à cause de laquelle on est débiteur. Il est donc vrai de dire que, dans le droit actuel, quand il n'y a pas de légitimaire, le légataire universel est ce qu'étoit l'héritier institué des pays de droit écrit, et qu'il doit en conséquence prendre le bénéfice d'inventaire, s'il ne veut pas être tenu indéfiniment des dettes.

Telle paroît avoir été également l'opinion du Conseil-d'Etat. Nous voyons en effet, que, dans tout le cours de la discussion sur l'article 1014, et sur la question de savoir si la saisine devoit être accordée au légataire universel, de préférence à l'héritier du sang, le premier est continuellement appélé *héritier testamentaire*, et comparé à l'héritier institué des Romains.

« L'héritier testamentaire n'a besoin que de son titre pour se mettre en possession. » (M. *Malleville.*)

« Lorsqu'il existe un héritier testamentaire, il n'y a plus d'héritier légal; « car la loi n'attache pas moins d'effet à la disposition que fait l'homme, en « vertu de l'autorisation qu'elle lui donne, qu'à la disposition qu'elle fait elle-« même directement. Ainsi, l'héritier testamentaire est *héritier légal*, comme « l'héritier *ab intestat.* » (M. *Portalis.*)

« La maxime, *le mort saisit le vif*, reçoit ici son application : elle est fondée « sur ce qu'il ne peut y avoir aucun intervalle entre le défunt et son héritier. « La possession du premier continue immédiatement dans la personne du se-« cond : peu importe que l'héritier soit testamentaire ou *ab intestat.* » (M. *Portalis.*)

« Les deux sortes *d'héritiers* ont les mêmes droits au moment où s'ouvre la « succession. » (M. *Muraire.*)

« La loi, qui donne au testateur le droit de disposer de la totalité de sa for-« tune, veut certainement aussi que ses droits passent immédiatement, et par « le seul effet de sa volonté, à l'*héritier* qu'il institue. » (Le consul *Cambacerès.*)

Il résulte bien évidemment de ces différens passages que, quand il n'y a pas de légitimaire, le légataire universel, ou héritier testamentaire, a absolument les mêmes droits, et doit conséquemment être sujet aux mêmes obligations que l'héritier du sang; et ce qui le prouve d'une manière bien évidente, c'est

BIU Cujas

que le Code lui-même, dans l'article 896, se sert de ces mots, *l'héritier institué*, pour désigner le légataire universel; et enfin un décret, du 12 octobre 1812 (*Bulletin*, n°. 8390), autorise l'acceptation, *sous bénéfice d'inventaire*, d'un legs universel, fait à l'œuvre des Pauvres malades de Villeneuve-lès-Avignon. Le Législateur a donc reconnu lui-même que le légataire universel pouvoit avoir besoin du bénéfice d'inventaire. On retrouve la même disposition dans les décrets du 3 janvier 1813 (*Bulletin*, n°. 8636), 18 du même mois (n°. 8725 et 8822), 25 mai suivant (n°. 9341), 19 juin (n°. 9440), 21 dudit (n°. 9442 et 9450), etc., etc.

Je pense, d'après cela, que tout ce qui est dit au Titre *des Successions*, relativement à l'héritier *intestat*, doit être appliqué à l'héritier testamentaire, ou légataire universel; car, comme l'a dit l'un des opinans, leurs droits sont absolument les mêmes. Si l'un a la saisine dans un cas, en vertu de l'article 724, l'autre l'a également dans un autre cas, en vertu de l'article 1006. Or, si le légataire universel est saisi comme l'héritier du sang, il est donc sujet, comme lui, à l'action des créanciers, tant qu'il n'a pas répudié le legs.

Les titres exécutoires contre le défunt, le sont également contre le légataire, après le délai et la formalité prescrits par l'article 877.

Le légataire a les délais pour faire inventaire et pour délibérer, et l'on doit lui appliquer tout ce qui est dit relativement à l'acceptation et à ses effets, ainsi qu'au bénéfice d'inventaire et à la répudiation, par les sections 1 et 2 du chapitre IV du Titre *des Successions*.

Je sais que ces principes pourront paroître singuliers aux Jurisconsultes des pays coutumiers; mais aussi ils paroîtront simples et naturels à ceux des pays de droit écrit: et puisqu'on a adopté l'opinion de ceux-ci, touchant la saisine de l'héritier testamentaire, il y auroit de l'inconséquence à ne pas admettre tous les effets que la loi a nécessairement attachés à cette saisine. (Voir Ricard, *des disposit. condit.*, n°. 119, *in fine*.)

(8) *Et de tous les legs. Quid*, si, après que le payement des legs a été fait par le légataire, le testament est déclaré nul à la requête de l'héritier? Le légataire universel sera quitte envers l'héritier, en lui restituant ce qui lui sera resté après le payement des legs, sauf à l'héritier à se pourvoir contre les légataires particuliers, en restitution de ce qui leur aura été payé. (*L.* 17, ff., *de heredit. petit.*)

(9) *Si le testament est par acte public.* Parce qu'alors il peut être mis en forme exécutoire.

(10) *Ou mystique.* Quand le testament est mystique, il est bien authentique, puisqu'il est reconnu devant notaire; mais il n'est pas, et ne peut pas être exécutoire. L'acte de suscription n'est qu'un procès-verbal: or, comment donner à un pareil acte la forme exécutoire?

(11) *Par une Ordonnance du Président du Tribunal*, dans l'arrondisse-

BIU Cujas

ment duquel la succession est ouverte. Cette Ordonnance est mise au bas d'une requête à laquelle est joint l'acte de dépôt du testament, dont il sera question ci-après, sect. IV. (Art. 1008.)

Remarquez que l'obligation de demander l'envoi en possession n'empêche pas que le légataire ne gagne les fruits, à compter du décès.

Quid, si l'écriture du testament olographe est contestée? L'envoi doit être suspendu jusqu'après la vérification, qui est, comme nous l'avons dit, à la charge du légataire.

Quid, si l'héritier *ab intestat* déclare s'inscrire en faux contre l'acte de suscription du testament mystique? Il est de principe que la simple inscription de faux ne suffit pas pour suspendre l'exécution de l'acte authentique (art. 1319); mais ce sera au juge à prendre les mesures conservatoires nécessaires pour empêcher le divertissement des effets de la succession, et ce, aux frais de qui il appartiendra.

Quid, s'il y a semblable inscription contre le testament par acte public? La question est plus difficile, puisque le légataire est saisi de droit, sans être obligé de demander l'envoi; mais je pense néanmoins que le Juge pourra prendre les mêmes mesures que dans le cas précédent, et permettre à l'héritier du sang de faire apposer les scellés et procéder à l'inventaire, à ses risques, périls et fortune.

(12) *Ou de tous ses immeubles.* Mais il faut que ces immeubles soient laissés *per modum universitatis*, c'est-à-dire, en bloc, et sans désignation particulière des objets légués; car si, par exemple, le testateur, n'ayant que deux maisons à Paris, avoit dit: *Je donne et lègue à Pierre mes deux maisons de Paris*, Pierre ne seroit qu'un légataire particulier, et, comme tel, dispensé de contribuer aux dettes; au lieu que s'il avoit dit: *Je donne à Pierre tous mes immeubles*, ce dernier seroit alors légataire à titre universel, et tenu des dettes au prorata. Et que l'on ne dise pas que c'est là une pure subtilité, une chicane de mots, l'*aucupium syllabarum* des Romains; il peut, à la vérité, arriver par le fait, que le légataire ne retire pas plus de profit d'un legs que de l'autre; mais il n'en est pas moins vrai que le droit en lui-même est bien différent; car,

1°. Si, depuis le testament, le testateur a acquis d'autres maisons, elles seront comprises dans le legs à titre universel, mais non dans le legs particulier.

2°. Si, depuis la même époque, le testateur a vendu ses maisons de Paris, et en a acheté d'autres à la campagne, le legs particulier sera entièrement caduc, au lieu que le légataire à titre universel pourra réclamer les maisons achetées en remplacement.

Quid, si le testateur a légué tous ses bois, tous ses prés, toutes ses terres labourables? Ce sont autant de legs particuliers; car ce ne sont pas des quotes de la succession, ni même des quotes de ses immeubles. Il en est de

BIU Cujas

même, à plus forte raison, s'il a laissé tous les bois, tous les prés, et même tous les immeubles qu'il possède dans tel département.

Quid, si le testateur se trouvoit, au moment de son décès, avoir droit à une succession non encore liquidée, et qu'il ait légué cette même succession? Ce sera un legs particulier : ce n'est pas une quote de la succession du testateur. Le légataire ne sera donc pas tenu des dettes propres au testateur. Quant à celles provenant de la succession léguée, il en sera tenu, même *ultrà vires*, de la même manière que le seroit celui à qui le testateur auroit vendu cette même succession. Si cependant le testateur avoit payé quelques dettes de cette succession, avant de mourir, je ne pense pas que le légataire soit tenu d'en rembourser le montant, comme le seroit un acquéreur. (Article 1698.) La différence résulte de ce que le testateur peut augmenter la chose léguée, autant qu'il le juge convenable, sans que, pour cela, le légataire soit sujet à aucune restitution : or, en payant les dettes de la succession qu'il a léguée, il est censé avoir voulu augmenter le legs. C'est aussi l'avis de RICARD, part. III, n°. 1532.

(13) *Comme un legs à titre universel.* Ce qui le prouve, c'est qu'il est obligé de contribuer aux dettes, comme on le verra tout-à-l'heure.

(14) *De demander la délivrance.* De quand ont-ils les fruits? Puisque l'article 1012 les assimile au légataire universel sous le rapport des charges, ils doivent également lui être assimilés sous le rapport des bénéfices. Je pense donc qu'on doit leur appliquer l'article 1005. D'ailleurs, dans le cas d'un legs à titre universel, la demande en délivrance est une espèce de pétition d'hérédité; et dans cette action, il est de principe que *fructus augent hereditatem*: et comme le legs à titre universel est ordinairement d'une quote de l'hérédité, il est certain qu'il se trouve augmenté d'autant. On ne doit excepter que le cas où la succession a été possédée de bonne foi. Or, l'article 1005 suppose qu'il n'y a bonne foi de la part de l'héritier, que lorsque la demande a été formée après l'année du décès.

Pour la manière dont le partage doit être fait, quand la délivrance du legs a été ordonnée, ou consentie, *voyez* la note (9) de la page précédente *in fine*.

Observez que l'action en délivrance d'un legs se prescrit, comme toutes les autres actions, par trente ans à compter du jour du décès, ou à compter de l'échéance du terme, ou de l'événement de la condition, suivant que le legs étoit conditionnel, ou à terme.

(15) *A défaut, aux légataires universels.* Je crois cependant que, s'il y a un légataire universel, qui ait obtenu la délivrance, un légataire à titre universel, et un légitimaire, le légataire à titre universel doit former sa demande contre le légataire universel. A quoi bon, en effet, dans cette espèce, demander la délivrance au légitimaire, qui ne doit rien, et qui n'a rien à contester?

Quid, s'il n'y a qu'un successeur irrégulier, *putà*, un enfant naturel, ou le

BIU Cujas

conjoint? Je pense qu'il faut distinguer : Si le successeur irrégulier s'est fait envoyer en possession, c'est contre lui que la demande en délivrance doit être dirigée; sinon, il faudra faire nommer un curateur à la succession vacante, contre lequel l'action sera intentée.

PAGE 92.

(1) *Et hypothécairement pour le tout.* Appliquez ici ce que nous avons dit relativement au payement des dettes par le légataire universel, sauf que les légataires à titre universel ne peuvent jamais être tenus *ultrà vires*, quoiqu'ils n'aient pas pris le bénéfice d'inventaire, pourvu toutefois qu'il y ait eu inventaire. En effet, ils ne sont pas saisis, puisqu'ils sont obligés de demander la délivrance. Ils ne sont donc pas la continuation de la personne du défunt; ils ne sont donc pas tenus personnellement, mais comme détenteurs des biens de la succession; ils peuvent donc se libérer en les délaissant. Ils ne sont donc point tenus *ultrà vires*.

Mais les légataires à titre universel sont-ils tenus des dettes pour leur part et portion à l'égard des créanciers, ou seulement à l'égard de l'héritier ou du légataire universel? Ou, en d'autres termes, s'il y a un légataire universel, un légataire à titre universel pour un tiers, par exemple, et point d'héritier à réserve, le créancier sera-t-il tenu de diviser son action, et de demander les deux tiers de sa créance au légataire universel, et l'autre tiers au légataire à titre universel? ou pourra-t-il demander le tout au légataire universel, sauf le recours de ce dernier contre le légataire à titre universel? Je crois ce dernier avis plus conforme aux principes, et qu'il faut appliquer à ce cas, ce que nous avons dit ci-dessus, note (2) de la page précédente. Lorsqu'il n'y a pas d'héritier à réserve, le légataire universel est *loco heredis*, puisqu'il est saisi de toute la succession. Or, quand il y a un héritier légitime, qui a accepté la succession, bien certainement il est tenu de toutes les dettes à l'égard des créanciers, lors même qu'il y a des légataires à titre universel, et sauf son recours contre ces derniers. Donc, *à pari*, etc. Il y a même plusieurs circonstances dans lesquelles il seroit à-peu-près impossible de forcer les créanciers d'agir directement contre les légataires à titre universel, actuellement qu'on regarde comme tels, les légataires de tous les immeubles, ou de tout le mobilier, ou d'une quote des immeubles ou du mobilier. Dans ces différens cas, en effet, quelle portion de dettes les créanciers pourroient-ils demander à ces légataires? Il faudroit, pour la déterminer, fixer la valeur du legs, comparativement à la masse de la succession. Mais d'abord il est très-possible que cette proportion n'ait pas été établie dans le partage; et même, quand elle l'auroit été, cette fixation pourroit-elle être opposée aux créanciers, à l'égard desquels elle est *res inter alios acta?* La fixation même, établie avec un premier créancier, n'en lieroit pas un second. Il résulteroit donc de-là des diffi-

BIU Cujas

cultés sans nombre qui seront évitées, en adoptant l'avis que je viens d'établir, et qui est, d'ailleurs, comme je l'ai dit, conforme aux véritables principes.

(2) *Sont seuls tenus*, concurremment avec le légataire universel, s'il en existe un. Si donc il y a un légataire universel, un légataire à titre universel, du tiers, par exemple, et des legs particuliers, l'on doit commencer par payer les legs particuliers; le légataire à titre universel prend le tiers du restant, et le légataire universel prend le surplus.

(3) *Quel que soit, dans ces deux cas, le montant des dispositions.* Comme il n'y a point ici de réserve, les héritiers légitimes ne peuvent se dispenser de contribuer aux legs qu'en renonçant à la succession. Mais remarquez que si le legs à titre universel n'est pas d'une quote de la succession, et qu'il y ait des legs de corps certains, il peut arriver, d'après la nature de l'objet légué, que le legs soit à la charge, ou de l'héritier seul, ou du légataire à titre universel seul. Si, par exemple, il y a un légataire de tout le mobilier, et que le testateur ait légué une maison, il est évident que ce dernier legs sera à la charge de l'héritier seul, et *vice versâ*.

Quid à l'égard des legs particuliers d'argent comptant? Ils doivent être supportés par les légataires à titre universel, et par l'héritier, *pro modo emolumenti*, et quand même il y auroit un legs de tout le mobilier. La raison de différence avec le cas précédent, est que le testateur, en léguant une somme d'argent, n'est pas censé avoir légué précisément les deniers qui se trouveroient dans sa succession, mais avoir grevé sa succession entière de l'obligation de payer telle somme. Il en seroit autrement, s'il avoit légué tous les deniers comptans qui se trouveroient à son décès; car alors le legs seroit à la charge du légataire du mobilier seul.

(4) *Doit contribuer aux dettes.* Observez qu'il contribue aux dettes, à l'égard de l'héritier, mais qu'il n'en est pas tenu envers les créanciers, sauf l'action hypothécaire, et sauf ce qui va être dit relativement aux arrérages des rentes et pensions. Il résulte, en effet, de l'article 612, que si l'usufruitier ne veut pas avancer la somme nécessaire pour le payement des dettes, l'héritier ne peut l'y forcer. Donc, à plus forte raison, les créanciers n'ont-ils pas d'action contre lui.

(5) *Une portion des biens soumis à l'usufruit.* On ne peut exiger que le propriétaire vende ses biens personnels pour payer les dettes dont sont grevés des biens dont il n'a pas la jouissance.

(6) *Léguées par le testateur.* Ici, il est tenu non-seulement à l'égard de l'héritier, mais encore à l'égard des créanciers, qui ont une action directe contre lui. « Les legs de pensions ou de rentes viagères, dit l'article 610, doi-« vent être acquittés par le légataire universel en usufruit. » Donc ce légataire en est débiteur direct, tant que dure l'usufruit.

Quid, à l'égard des rentes viagères ou pensions constituées par le testateur,

BIU Cujas

de son vivant ? Je pense que l'usufruitier en est également tenu, et que l'art. ne parle des legs qu'*enunciativè, non verò exclusivè.* D'ailleurs, si la succession comprend des rentes viagères constituées au profit du testateur, mais qui ne soient pas éteintes par sa mort, le légataire a droit d'en percevoir les arrérages, et sans être obligé à restitution, pendant toute la durée de son usufruit. Donc, réciproquement, il doit acquitter toutes les rentes semblables dont la succession est grevée.

Quid, des arrérages des rentes perpétuelles ? Le légataire en usufruit en doit être tenu *à fortiori.* (Argument tiré des articles 385, 608, 609 et 1409) ; et si l'article 610 n'a parlé que des rentes viagères, c'est qu'il n'y avoit que celles-là à l'égard desquelles il pût y avoir quelque difficulté, parce que, comme il n'y a pas de fonds dans ces sortes de rentes, on auroit pu regarder les arrérages comme constituant, au moins en partie, le fonds de la rente, et décider en conséquence qu'ils devoient être, pour une portion quelconque, à la charge du propriétaire. Mais, quant aux rentes constituées, il ne pouvoit y avoir de doute. Les intérêts de ces rentes sont charges des fruits; l'usufruitier doit donc en être tenu, tant que dure son usufruit.

Mais s'il étoit usufruitier à titre particulier seulement, il est clair qu'il ne seroit pas tenu personnellement, même des arrérages de la dette hypothéquée sur le fonds dont il a l'usufruit. (Art. 611.)

PAGE 93.

(1) *D'un ou de plusieurs objets désignés.* Les faits peuvent aussi être l'objet des legs. Ainsi le testateur peut ordonner à son héritier de faire, ou faire faire quelque chose dans l'intérêt d'un tiers, ou de lui vendre telle chose, ou d'acheter de lui telle chose. Dans ces deux derniers cas, si le prix n'est pas désigné, il est fixé à dire d'experts.

(2) *Il appartient à l'héritier.* En général, le choix appartient toujours au débiteur, quand il n'a pas été expressément accordé au créancier. (Art. 1190 et 1246.)

Mais *quid*, si le choix a été donné au légataire ? Il peut choisir la meilleure chose, parmi celles qui appartenoient au défunt. Peut-il varier ? Je ne le pense pas ; du moment qu'il a déclaré son choix, il a consommé le droit que lui donnoit le testament. La chose qu'il a choisie est devenue sa propriété, et de ce moment elle est à ses risques; elle ne peut plus cesser de l'être. (L. 20, ff. *de opt. vel elect. legatâ*, et RICARD, *des Donat.*, partie 2, n°. 153.)

Quid, si le légataire vient à mourir avant d'avoir fait son choix ? Le choix appartiendra à ses héritiers. S'ils ne s'accordent pas, le juge décidera *quid utilius* pour la masse, ou bien le sort fixera celui qui doit choisir pour tous. (L. 3, Cod. *comm. de Legatis.*)

BIU Cujas

(3) *Comme il n'est pas obligé de la donner de la meilleure.* Mais remarquez :

1°. Que l'héritier n'est tenu, qu'autant qu'il se trouve dans la succession des choses de la nature de celle qui a été léguée : autrement le legs seroit nul; car le testateur n'a pu léguer que ce qui lui appartenoit. (Art. 1021.)

2°. Que, dans cette espèce de legs, l'héritier est tenu de l'éviction, si toutefois il existoit dans la succession d'autres choses de la même nature; car dès qu'il y a eu éviction, c'est que la chose donnée n'appartenoit pas au testateur; et dès-lors l'héritier n'a pu la donner en payement du legs, et il doit en délivrer une autre. (L. 29, §. 3, ff. *de Legatis* 3°.) Mais si la chose livrée étoit unique, il est évident que l'héritier n'est pas tenu de l'éviction.

(4) *Soit que le testateur ait su, ou non, qu'elle ne lui appartenoit pas.* Dérogation au droit Romain, et à l'ancien droit Français, qui déclaroient le legs valable, lorsque le légataire pouvoit prouver que le testateur savoit que la chose ne lui appartenoit pas. Il faut cependant excepter de cette prohibition, la disposition particulière portée en l'art. 1423; et même celle qui concerne le legs d'une chose grevée d'usufruit, dans le cas où le testateur a ordonné à son héritier de racheter ledit usufruit. (*Voyez* l'art. 1020, et ci-après la note (11) de la page 94.)

Observez qu'entre la disposition du droit Romain, qui déclaroit valable le legs de la chose d'autrui, quand le testateur savoit que la chose ne lui appartenoit pas, et la disposition du droit Français, qui déclare un pareil legs nul, il n'y a de différence, pour ainsi dire, que dans les mots. Car supposons que maintenant quelqu'un fasse la disposition suivante :

« Je sais qu'un tel, mon ami, désire avoir telle maison, qui est en vente en « ce moment; je charge en conséquence mon héritier de lui fournir la somme « nécessaire pour l'acheter aux meilleures conditions possibles. »

Certainement, je ne vois pas comment l'on pourroit contester une pareille disposition; et cependant c'est à-peu-près le legs de la chose d'autrui, tel que l'entendoient les Romains.

Quid, si le testateur a légué une chose dont il est propriétaire par indivis? Je pense qu'il faut distinguer : Si l'indivision résulte d'un titre universel, qui est encore resté dans les termes de l'universalité; *putà*, si l'objet fait partie d'une succession à laquelle le testateur est appelé, et qui n'est pas encore partagée, il faut appliquer l'art. 1423, et adjuger l'objet légué au légataire, s'il tombe dans le lot du testateur. Sinon, il devra se contenter de l'estimation. Mais si les parts quoiqu'indivises, sont cependant déterminées pour la quotité, je pense que le legs ne doit valoir que pour la part du testateur.

Le legs de la chose de l'héritier seroit-il valable? Chez les Romains, il valoit *indistinctè*, c'est-à-dire, soit que le testateur ait su, ou non, que la chose ne lui appartenoit pas. L'héritier étoit même obligé de délivrer la

BIU Cujas

chose même au légataire, et ne pouvoit lui offrir l'estimation. Dans notre droit, il me semble qu'un pareil legs ne devroit valoir, qu'autant que le testateur l'auroit fait en connoissance de cause, c'est-à-dire, sachant que la chose appartient à son héritier, et qu'alors il doit être considéré comme une charge de l'institution, si c'étoit un légataire universel, ou de l'hérédité, si c'étoit un héritier légitime.

Au reste, il résulte de la disposition de l'art. 1021, que, lorsque le legs est d'un corps certain, et que le légataire est évincé par un prétendant droit à la propriété, il n'y a pas lieu à l'action en garantie. En effet, dès qu'il y a eu éviction, c'est qu'il a été jugé que la chose n'appartenoit pas au testateur. Dans ce cas, le legs étant nul, ne peut conséquemment donner lieu à l'action en garantie. Il en seroit autrement, si l'action en garantie résultoit d'une créance hypothécaire contractée par le défunt. Le légataire n'étant pas tenu des dettes, l'héritier est tenu de le garantir des poursuites des créanciers, ou, s'il a été obligé de dégager l'hypothèque, de lui rembourser ce qu'il a payé à cet effet. (Art. 874.)

Le legs de l'usufruit d'un fonds, dont le testateur n'avoit que la nue propriété, est-il valable? Oui. (L. 72, ff. *de usufructu.*) L'on doit penser que le testateur a eu en vue le cas où cet usufruit se réuniroit à la propriété, et que ce n'est que pour ce cas que le legs a été fait.

Le legs de colonnes ou autres pièces faisant partie d'un édifice appartenant au défunt, seroit il valable? La raison de douter se tire des Lois 41, §. 1, et 43, ff. *de Legatis* 1°., qui annulloient ces sortes de legs. Or, le principe sur lequel cette disposition étoit fondée, *ne ruinis ædium deformaretur aspectus urbis*, paroît conservé chez nous par l'art. 554 du Code. Cependant, je pense que le legs seroit valable, parce qu'en effet l'art. 554 conserve bien la disposition de la loi des douze Tables, qui ne veut pas que le propriétaire d'un bâtiment puisse être forcé de le détruire, pour restituer quelques matériaux appartenant à autrui; mais nous n'avons pas adopté le sénatus-consulte rendu sous Adrien, qui avoit défendu même les conventions volontaires sur ces sortes d'objets. Mais aussi, je pense que, d'après l'esprit de l'art. 554, l'héritier pourroit se libérer en payant l'estimation de la chose léguée.

(5) *En compensation des gages qui peuvent lui être dus.* Ainsi, ils pourront demander leurs legs; et, en outre, le créancier, sa créance; et le domestique, ses gages.

Quid cependant, si la créance résultoit d'une disposition à titre gratuit; *putà*, si Pierre, après s'être constitué débiteur envers Paul, *donationis causâ*, d'une somme de 3,000 francs, lui fait un legs de pareille somme, ou d'une somme plus forte, ou si, après avoir fait le legs, il lui fait la donation, Pierre pourra-t-il demander tout à-la-fois l'exécution du legs et de la donation? Je pense que c'est d'abord ici une question d'intention. S'il n'est pas possible

BIU Cujas

de découvrir quelle a pu être celle du disposant, mon avis seroit qu'il faut distinguer : Si le testament est postérieur à la donation, Paul pourra demander l'exécution des deux dispositions; la raison de décider résulte de ce qu'il se trouvoit irrévocablement saisi, par la donation, du droit de demander les 3,000 francs; le legs ne pouvant lui donner plus de droit qu'il n'en a déjà, on ne peut supposer que le testateur ait voulu faire quelque chose d'inutile. Mais si la donation est postérieure à la confection du testament, l'on peut penser que le disposant a voulu accélérer l'effet de sa disposition testamentaire, et qu'il a eu l'intention d'assurer davantage, et de son vivant, à Paul, la somme dont il vouloit le gratifier. L'on présumera donc, sauf la preuve contraire, que les deux dispositions n'en font qu'une, et qu'il doit être fait compensation, au moins jusqu'à concurrence. Cette distinction paroît consacrée par le suffrage des Jurisconsultes Romains. (*Voir* les lois 4, ff. *de dotis Collat.*, 22, ff. *de Legat.* 2°., *et* 11, Cod. *de Legatis.*)

Pour le cas où les deux dispositions auroient été faites par deux testamens différens, voyez ci-dessus la note (3) de la page 87.

Quid, si un malade remet à un de ses amis le billet de son débiteur, avec ordre de le remettre, à lui créancier, s'il revient en santé, et de le remettre au débiteur, s'il vient à mourir? Je crois cette disposition valable (*L.* 3, §. 2, ff. *de Liberat. Leg.*); mais comme donation *causâ mortis*. Elle n'aura lieu en conséquence que *deducto ære alieno*. *Nec obstat* que cette disposition n'est point revêtue des formes testamentaires; car de même qu'une donation d'effets mobiliers est valable sans aucun acte, lorsqu'elle est accompagnée de la tradition réelle, de même celle dont il s'agit, étant accompagnée d'une espèce de tradition, n'a besoin d'être revêtue d'aucune formalité. (*Voyez* ci-dessus, note (6) de la page 67, et deux arrêts cités par l'annotateur de Ricard, dans l'addition au chap. 5 de la 1re. partie du Traité *des Donations*; sect. 1re. §. 1.)

Quid, si quelqu'un lègue à son débiteur ce qu'il lui doit, et qu'il reçoive son payement de son vivant? Le legs est caduc. Remarquez, en effet, que ce n'est pas la somme due qui est léguée; car le débiteur en est propriétaire (art. 1893), *et nemini res sua legari potest*; le legs est donc simplement celui de la libération de la créance : or, quand la créance n'existe plus, il ne peut plus y avoir de libération.

Quid, si le legs de libération est fait à l'un des deux débiteurs solidaires? Le legs est valable, et la dette est éteinte, même à l'égard de l'autre co-débiteur, à moins que le testateur n'ait manifesté expressément l'intention contraire. (Art. 1285.) Mais dans ce dernier cas, et pour déterminer ce que la succession peut demander au débiteur qui n'est pas libéré, nous allons poser l'espèce suivante :

Primus et *Secundus* sont débiteurs solidaires. Le créancier lègue à *Primus*

BIU Cujas

ce qu'il lui doit. Mais il résulte des termes du testament, que le créancier n'a pas eu l'intention que *Secundus* profitât de la libération. Je dis que, dans ce cas même, il faut cependant encore apporter une distinction, fondée sur ce que l'on doit toujours présumer que le testateur a voulu que le legs profitât à *Primus*.

En conséquence, si *Primus* étoit seul intéressé dans la dette, l'héritier ne pourroit rien demander, même à *Secundus*. Car, comme alors *Secundus* pourroit répéter contre *Primus* tout ce qu'il auroit payé (art. 1216), il en résulteroit que le legs fait à *Primus* lui seroit entièrement inutile. Or, *omne legatum debet esse utile legatario*. Si *Primus* n'étoit pas seul intéressé dans la dette, l'héritier aura action contre *Secundus*, mais seulement jusqu'à concurrence de son intérêt. En effet, s'il étoit obligé de payer davantage, il auroit un recours contre *Primus*. Par la même raison, si *Secundus* étoit seul intéressé dans la dette, l'héritier auroit action contre lui pour le total.

Quid, si le même legs est fait à la caution? Le débiteur principal n'est pas libéré. (Art. 1286.) Mais s'il est fait au débiteur principal, la caution est libérée. (Voyez l'alinéa précédent.)

(6) *Mais il est tenu d'en demander la délivrance. Nec obstat* que le légataire particulier est saisi du moment du décès, puisqu'il transmet à ses héritiers; car il est saisi de la propriété seulement, qui est de droit. Mais quant à la possession, qui est de fait, il faut qu'il la demande à l'héritier. Il en est de lui, comme des héritiers d'un absent, qui sont censés saisis du moment de la disparution, et qui cependant, sont obligés de se faire envoyer en possession par le tribunal.

(7) *Dans l'ordre établi pour les légataires à titre universel. Quid*, si le legs est d'une chose mobilière, et qu'il y ait un exécuteur testamentaire qui ait la saisine? La demande doit être formée contre l'héritier, et l'exécuteur testamentaire doit être assigné en déclaration de jugement commun. La demande doit être formée contre l'héritier, parce que c'est à lui à consentir l'exécution du testament; et l'on doit faire intervenir l'exécuteur, parce que c'est à lui à acquitter le legs, d'après le consentement volontaire ou forcé de l'héritier.

Observez que si, par le testament, il y a une personne chargée spécialement d'acquitter le legs sur sa part, c'est contr'elle seule que la demande doit être dirigée, parce qu'elle seule a intérêt de la contester. En un mot, le principe général sur ce point, est que ceux qui profiteroient de la caducité du legs, sont les seuls contre lesquels la demande en délivrance doit être dirigée, parce qu'eux seuls ont intérêt de contester le legs.

(8) *Et il ne peut prétendre les fruits ou intérêts. Quid*, si ce sont des fruits qui sont légués? Par exemple: *Je lègue les fruits qui seront pendans*

BIU Cujas

par racines sur telle terre au moment de mon décès. Ces fruits sont dus bien certainement, mais comme capital, et non comme fruits et s'ils avoient été recueillis par l'héritier, dans le cas où le légataire ne se seroit pas présenté, celui-ci ne pourroit réclamer les intérêts de la somme représentative de ces fruits, qne du jour de la demande.

Quid, si le legs est d'un usufruit ? Dans ce cas, comme l'usufruit est quelque chose de distinct de la perception des fruits, *cùm consistat in jure, perceptio verò fructuum in facto*, je pense qu'on doit le comparer à une rente viagère, et le regarder comme un être moral produisant des fruits. Les fruits ne seroient donc dus que du jour de la demande.

Quid, si le legs consistoit dans la remise d'une dette portant intérêt ? Je pense qu'alors le legs pouvant s'acquérir par voie d'exception, on ne peut forcer le légataire de former une demande en délivrance. Les intérêts cesseront donc de plein droit, à compter du jour du décès. On doit, eu égard aux fruits, en dire autant du légataire qui est déjà possesseur de la chose léguée à quelqu'autre titre.

Quid, si c'est un prélegs ? Comme le prélégataire est saisi comme héritier, je pense qu'on ne peut le forcer de former une demande. Il est vrai, qu'il n'est saisi que pour sa part, et que, *stricto jure*, il devroit former la demande contre ses cohéritiers, chacun pour leur part ; mais *res amarè tractandæ non sunt inter coheredes.* Et il paroît que tel étoit anciennement l'usage. *Voir* un arrêt du 9 août 1604, rapporté par Brodeau, Lettre H, somm. 16, n°. 2, et par Chöppin, *de Privil. Rustic.*, L. 3, chap. 7, n°. *ultimo. Voir* aussi Chabrol sur la Coutume d'Auvergne, chap. 12, art. 42, *quest.* 4.

Quid, si le legs est à terme ou sous condition ? Les fruits ne courent au profit du légataire, qu'à compter de la demande formée postérieurement à l'échéance du terme, ou à l'événement de la condition. (L. 21, ff. *de opt. vel elect. legatâ.*)

Quid, si la chose léguée est un bien rural qui avoit des fruits pendans au moment du décès, et que la demande en délivrance n'ait été formée qu'après la récolte ? Ricard, part. 2, n°. 117, pense que les fruits recueillis appartiennent au légataire, parce que, dit-il, ils faisoient partie du legs que l'héritier n'a pu diminuer par son fait. Il se fonde à ce sujet sur la loi 27, ff. *de Usufructu.* Lebrun est aussi de cet avis. Pothier, sur la Coutume d'Orléans (*des Testamens*, sect. 6, art. 2., §. 4, n°. 95), adopte l'opinion contraire. Il me semble qu'aucun de ces auteurs n'a touché le véritable point de la difficulté. En effet, rappelons le principe que la chose doit être délivrée dans l'état où elle se trouve au moment du décès, et que, d'un autre côté, les fruits produits par la chose, depuis le décès, mais avant la demande en délivrance, appartiennent à l'héritier. Cela posé, si, conformément à l'opinion de Ricard, l'héritier est obligé de restituer au légataire les fruits provenant de la récolte qui étoit pen-

BIU Cujas

dante au moment du décès, il est clair que la chose lui sera délivrée dans un état meilleur que celui où elle se trouvoit à ce même moment. Car certainement une récolte non mûre ne vaut pas la même récolte mûre et coupée. Et d'ailleurs, il se trouvera par-là que le légataire aura gagné les fruits du moment du décès, contre la teneur expresse de la loi. D'un autre côté, si l'on adjuge ces fruits à l'héritier, conformément à l'opinion de POTHIER, la chose sera délivrée pire qu'elle n'étoit au moment du décès. Car une terre couverte vaut mieux qu'une terre entièrement nue. Je pense donc qu'il faut estimer l'augmentation que la circonstance des fruits pendans devoit donner à la terre, d'après l'état où ils se trouvoient au moment du décès, et que cette augmentation doit faire partie du legs, et est due en conséquence, dans tous les cas, au légataire. Quant à la loi 27, ff. *de Usufructu*, il est évident, comme dit POTHIER *loco citato*, qu'elle doit être entendue du cas où l'usufruitier est entré en jouissance avant la récolte. Car autrement il n'auroit eu aucune part aux fruits.

Lorsque le fonds légué est délivré au légataire avec les fruits pendans, doit-il compte des labours et semences ? Il faut distinguer : Si ces frais ont été faits par l'héritier, il est clair que le légataire en doit compte. *Secùs*, s'ils ont été faits par le testateur. Car, encore une fois, l'objet est censé légué dans l'état où il se trouvoit au moment du décès. Or, à cette époque, les dépenses étoient faites. Ainsi, quand même ces frais se trouveroient encore dus par le testateur, ils n'en seroient pas moins à la charge de la succession.

Quid, si le legs est d'un corps certain, n'étant de nature à ne produire ni fruits ni intérêts ? Il faut adopter, à cet égard, la distinction de la loi 3, §. 4, ff. *de Usuris*. S'il paroît que l'intention du testateur a été que l'objet fût vendu par le légataire, pour, avec le produit, acquitter quelques charges, ou faire d'autres dépenses quelconques, les intérêts de la valeur, en argent, de l'objet légué, sont dus à compter du jour de la demande. *Secùs*, dans le cas contraire. (RICARD, *ibid*, n°. 119.)

(9) *Lui a été volontairement consentie.* Le testateur pourroit-il dispenser le légataire de la nécessité de former la demande en délivrance? Je pense qu'oui. Mais cette disposition ne peut avoir pour effet que de faire courir les intérêts ou les fruits, du jour du décès. Car si l'héritier refuse de livrer la chose, il faudra bien que le légataire le poursuive, pour le faire condamner à livrer.

(10) *Dans son testament*, soit dans celui qui contient la disposition principale, soit dans un testament postérieur. Mais il faut que cette déclaration soit faite par testament, parce que c'est réellement une nouvelle disposition.

PAGE 94.

(1) *Et qu'il a été fait à titre d'alimens.* DOMAT ajoute un troisième cas qui est juste (Liv. IV, Tit. II, sect. VIII, art. 3); c'est celui où l'héritier auroit caché le testament. Il doit être alors condamné à des dommages-intérêts, dans

BIU Cujas

lesquels on fera entrer les fruits ou intérêts de la chose léguée. C'est aussi l'avis de POTHIER, Cout. d'Orléans, *des Testamens*, sect. 6, art. 2, §. 4, n°. 96.

(2) *Et hypothécairement pour le tout.* Le Code a suivi l'opinion de BACQUET et de RENUSSON, et a rejeté celle de POTHIER et de RICARD, qui pensoient, conformément à la loi 1, Cod. *Comm. de Legatis*, que, dans aucun cas, l'action hypothécaire ne pouvoit être plus étendue que la personnelle. Cette hypothèque est donc du nombre de celles qui sont nommées en droit *légales*, parce qu'elle est établie par la loi seule, et indépendamment de toute convention. Mais remarquez que cette hypothèque n'a d'effet qu'à l'égard des débiteurs du legs et de leurs ayant-cause, et non à l'égard des créanciers de la succession, qui doivent être préférés aux légataires, ainsi que nous l'avons vu au Titre *des Successions*, et d'après la maxime : *Nemo liberalis, nisi liberatus.* (*Voyez* ci-dessus, la note (1) de la pag. 89.) Elle n'en auroit pas davantage à l'égard des immeubles qui auroient été spécialement légués à d'autres légataires. Autrement ce seroit favoriser les légataires de quantités, au préjudice des légataires de corps certains. D'ailleurs cette hypothèque ne peut commencer que contre l'héritier, et ces immeubles ne lui ont jamais appartenu. Il résulte de-là que si ces legs étoient caducs, les immeubles qui y sont compris seroient frappés de l'hypothèque des légataires, parce qu'ils deviendroient alors la propriété de l'héritier.

Cette hypothèque frapperoit-elle sur les immeubles échus aux légitimaires pour leur réserve? Je ne le pense pas. En effet, ils ne peuvent être tenus comme représentant le testateur, puisque le testateur n'étoit pas tenu des legs. D'un autre côté, ils n'en sont pas tenus en vertu du quasi-contrat d'adition d'hérédité, puisqu'aux termes de l'article 1009, ce quasi-contrat ne les oblige pas envers les légataires. Or, d'après l'article 1017, il n'y a que les immeubles échus à ceux qui sont débiteurs des legs, qui soient sujets à l'action hypothécaire des légataires. Enfin, la légitime ou réserve est considérée comme une espèce de dette, payable, à la vérité, après tous les créanciers du défunt, mais aussi payable avant tous les légataires.

(3) *Elle en est seule tenue.* Le testateur peut-il imposer à l'un de ses héritiers ou légataires, l'obligation d'acquitter tous les legs, ou tels legs particuliers? Oui, sans doute, pourvu que, si le grevé est légitimaire, il n'en résulte pas de diminution de la réserve légale. Dans ce cas, les légataires n'ont l'action personnelle que contre celui qui a été chargé d'acquitter leurs legs. Mais auroient-ils au moins l'action hypothécaire contre les autres héritiers détenteurs des immeubles de la succession? Il me semble que l'on devroit décider la négative. En effet, quand le testateur a fait un legs en général, sans désigner la personne qui doit l'acquitter, il est censé en avoir fait une charge de toute sa succession, et si, par un motif de grande utilité, la loi a voulu que chacun des héritiers ne fût tenu personnellement dudit legs que pour sa part et

BIU Cujas

portion, elle a adouci cette disposition qui n'est peut-être pas trop équitable, en donnant aux légataires une action hypothécaire que leur donne le droit de suivre les immeubles de la succession entre les mains de tout détenteur. Mais quand le testateur a désigné la personne qui doit acquitter le legs, il a par cela même déclaré qu'il n'entendoit pas que le legs fût regardé comme une charge de toute sa succession, mais seulement de la part de celui qui est chargé de l'acquitter. Le légataire est donc dans ce cas créancier personnel de ce dernier, et non de la succession; il auroit sans doute, comme tout créancier, le droit d'intervenir au partage, pour veiller à ce que la part de son débiteur ne soit pas composée d'une manière préjudiciable à ses intérêts. Il auroit aussi, en vertu de l'article 1017, une action hypothécaire sur les immeubles de la succession qui tomberoient dans le lot de ce débiteur. Mais là se borneroit son droit, et je ne pense pas qu'il puisse exercer aucune action sur la part des autres héritiers.

Le principe que les héritiers ne sont tenus personnellement des legs que chacun pour sa part et portion, souffre encore exception dans les cas suivans:

1°. Lorsque la chose léguée est indivisible. Chacun des héritiers est tenu pour le tout;

2°. Lorsque c'est un corps certain. L'héritier qui le possède, peut être poursuivi pour le tout;

3°. Enfin, si l'intention du testateur a été que le legs ne pût être acquitté partiellement. Chacun des héritiers peut alors être poursuivi pour le tout. La présomption de l'intention peut résulter de la nature du legs, *putà*, s'il s'agit d'une pension alimentaire. (L. 3, §. 1, ff. *de Alim. vel. cib. legatis.*)

Toutes ces exceptions sont fondées sur les dispositions de l'article 1221.

Dans tous les cas, l'héritier qui a payé la totalité du legs, a son recours contre ses cohéritiers.

(4) *Est périe totalement. Quid*, s'il en reste quelque chose? Il faut distinguer: Si la chose a péri depuis la mort du testateur, ce qui reste est dû dans tous les cas, parce que le légataire ayant été saisi de la propriété de toute la chose, du moment du décès, a également droit sur tout ce qui en faisoit partie, soit comme chose principale, soit comme chose accessoire. Mais si la chose a péri pendant la vie du testateur, pour déterminer le droit que le légataire peut conserver sur ce qui reste, il faut d'abord distinguer si ce qui reste peut être regardé comme la chose principale, ou comme en faisant partie. Dans ce cas, il peut être réclamé par le légataire: mais si ce qui reste ne peut être regardé que comme l'accessoire de la chose léguée, le legs est entièrement éteint. (*L.* 1, ff. *de Peculio legato*); et le jurisconsulte en donne la raison dans la loi 2: *Quia quæ accessionum locum obtinent, extinguuntur, quùm principales res peremptæ fuerint.*

Puisqu'il faut que la chose soit périe totalement, pour que le legs soit caduc,

BIU Cujas

l'on doit en conclure que l'on ne doit pas adopter la décision de la loi 65, §. 1, ff. *de Legatis*, 2°., portant que si un attelage de quatre chevaux, *quadriga*, a été légué, et que le principal des quatre chevaux soit péri, le legs est nul, parce que l'attelage n'existe plus. Cette décision, déjà réprouvée par Ricard, 3e. partie, n°. 369 et suivans, est d'ailleurs contredite par celle de la loi 22, ff. *de Legatis*, 1°., portant que si un troupeau de bœufs a été légué, et qu'il n'en reste qu'un au décès du testateur, il est dû au légataire. Or, bien certainement, il n'existe plus de troupeau.

Il peut arriver que la chose léguée n'existe plus en espèce, *in specie*, au moment de la mort du testateur, mais que néanmoins elle existe en matière; comme si de l'argenterie avoit été léguée, et que le testateur en ait fait faire un lingot. Pour résoudre les questions qui peuvent s'élever à ce sujet, il faut soigneusement distinguer la forme de la matière. C'est la forme qui ordinairement constitue la chose, *forma dat esse rei*. Le legs d'une voiture n'est pas le legs des différens matériaux qui la composent; de même que le legs de ces matériaux, pris ensemble ou séparément, mais désignés comme matériaux, ne seroit pas le legs de la voiture. La forme peut donc changer, sans que la matière périsse; et le legs de la chose n'en est pas moins caduc; comme, d'un autre côté, la matière peut périr, et le legs n'en est pas moins valable, si la forme n'est pas changée. Exemple du premier cas: On a légué un bateau: ce bateau a été ensuite déchiré, et avec le bois on a fait un hangard. La matière subsiste; mais la forme est changée: le legs est nul. En effet, le bateau n'est pas dû, puisqu'il n'existe plus. Le hangard ne l'est pas davantage, puisque ce n'est pas lui qui a été légué. Le légataire n'auroit pas plus de droit sur les planches, quand elles n'auroient pas été employées. (*L.* 88, §. 2, ff. *de Legatis*, 3°.) De même, si des planches ont été léguées, et qu'avec ces planches le testateur ait fait faire un bateau, ou un meuble, le légataire n'a rien à réclamer. (*L. eâd.* §. 1.) A la vérité, le §. 3 de la même loi décide, que, si un lingot de métal a été légué, le légataire peut réclamer les vases faits avec ce lingot. Mais cette décision tient à la doctrine des jurisconsultes appelés *erciscundi*, qui distinguoient si la matière pouvoit, ou non, reprendre sa première forme, et qui, dans le cas de l'affirmative, adjugeoient le nouvel ouvrage au légataire, et déclaroient le legs nul dans le cas contraire. Cette doctrine n'est pas admise chez nous. (Art. 570.) Je pense donc, d'après cela, et encore par analogie de l'article 1038, que l'on verroit dans le changement de forme, quel qu'il soit, une preuve du changement de volonté du testateur, et que dans l'espèce du §. 3 de la loi 88, le legs seroit pareillement déclaré nul. Car on ne peut pas dire que des vases soient un lingot.

Par la même raison, si une femme a légué ses bracelets de diamans, et que, depuis son testament, elle ait détruit ses bracelets, et qu'avec les mêmes pièces elle ait fait faire un collier, le jurisconsulte Marcellus décide que le legs est

BIU Cujas

éteint. (*L.* 6, §. 1, ff. *de auro, argento, etc.*) et il en donne deux raisons; la première, c'est que, *id quod testamento datum est, in suâ specie non permansit;* et la seconde, que *dissolutione et permutatione tali, voluntas quoque videatur mutata.* Enfin, si le legs est d'une créance, et que la créance ait été remboursée du vivant du testateur, le legs est éteint. (*L.* 21, ff. *de Liberat. Legatâ.*) Il en seroit autrement si le legs étoit d'une somme d'argent, à prendre dans telle créance. Le legs seroit valable quand même la créance seroit remboursée. *Voyez* ci-dessus la note (10) *in fine* de la page 88.

Exemple du second cas : Une maison ou un navire a été légué, et ils ont été tellement réparés depuis, qu'il ne reste plus un seul des matériaux qui les composoient au moment du testament. La matière n'existe donc plus; mais la forme n'est pas changée. Le legs est donc valable. (*L.* 65, §. 2, ff., *de Legatis*, 1°.)

Il faut, au surplus, observer que toutes ces décisions sont subordonnées à la preuve de l'intention du testateur, toutes les fois qu'il est possible de la découvrir.

Quid, si une maison a été léguée, et qu'elle ait été ensuite brûlée du vivant du testateur, le terrain est-il dû? Je pense qu'oui. Il faisoit partie du legs. A la vérité, comme nous l'avons établi précédemment, quand la chose principale a péri du vivant du testateur, le légataire ne peut pas même réclamer l'accessoire : mais ici c'est, au contraire, l'accessoire qui a péri; le terrain est la chose principale, *œdificium solo cedit.* La règle n'est donc pas applicable. Par la même raison, je pense que, si le testateur avoit fait construire une nouvelle maison sur l'emplacement de l'ancienne, elle appartiendroit au légataire. Car, d'après l'article 1019, si le terrain eût été légué seul, et que le testateur y eût fait bâtir une maison, la maison seroit due; donc, etc. Les Romains n'étoient pas d'accord sur ces différentes questions. Si un terrain avoit été légué, et que sur ce terrain, le testateur eût fait bâtir une maison, la loi 44, §. 4. ff., *de Legatis*, 1°., décidoit que le terrain et la maison étoient dus au légataire. La même décision se retrouvoit dans la loi 39, ff., *de Legatis*, 2°. Au contraire, la loi 79, §. 2, ff., *de Legatis*, 3°., décidoit que, dans ce cas, le legs étoit annullé. Cujas avouoit de bonne foi qu'il voyoit là une antinomie. Ricard, *ibid.*, n°. 396, a cherché inutilement à concilier ces diverses lois. D'un autre côté, si le testateur avoit légué une maison, et que, cette maison étant brûlée entièrement, il en ait fait rebâtir une autre, ils décidoient que le legs étoit caduc, à moins que le légataire ne prouvât que le testateur avoit persévéré à son égard dans la même volonté. (*L.* 65, §. 2, ff. *eod.*) J'avoue que je ne puis concevoir cette décision; elle suppose en effet que, dans le legs d'une maison, c'est la maison qui est la chose principale, et que le terrain n'est regardé que comme l'accessoire; tandis qu'il est de principe que c'est le terrain qui est la chose principale, tellement que la maison bâtie par un tiers avec ses matériaux sur le terrain d'autrui, appartient au propriétaire du terrain. Si donc le terrain est la chose principale, la

BIU Cujas

perte de la maison n'a pu anéantir le legs du terrain : et dans ce cas, le légataire a droit de le demander, ainsi que toutes les constructions qui ont pu y être faites par le propriétaire, conformément à l'article 1019.

La même décision n'auroit pas lieu, si c'étoit seulement l'usufruit de la maison qui eût été légué. Nous avons vu les motifs de la différence, au Titre *de l'Usufruit.* Voyez au 1^er^. Vol., note (5) de la page 152.

(5) *Du fait,* Il suffit du fait de la part de l'héritier, et quand il n'y auroit point de faute de sa part, Pour comprendre cette distinction, il faut se rappeler un principe que nous avons déjà eu occasion d'établir, que, *qui rem quasi suam neglexit, in culpâ non est.* Si donc un meuble a été légué, et que l'héritier ignorant le testament, en ait disposé, il en doit l'estimation. (*L.* 112, §. 1, ff. *de Legatis*, 1°.) Cependant il n'y a pas de faute ; car il a disposé de la chose comme lui appartenant. Mais il y a un fait de sa part, et cela suffit. *Nemo potest proprio facto se ab obligatione liberare.* (*L.* 91, §. 2, ff. *de verborum Obligat.*) S'il connoissoit le testament lorsqu'il a disposé de l'objet, alors il y auroit dol, et il seroit condamné, non-seulement à payer l'estimation, mais encore aux dommages-intérêts du légataire.

(6) *Ou de la faute.* De quelle faute est tenu l'héritier? Les Romains décidoient qu'il étoit tenu de la faute légère (*L.* 108, §. 12, ff. *de Legatis* 1°.); c'est-à-dire, qu'il étoit tenu d'apporter à la conservation de la chose, les soins d'un bon père de famille. Il en seroit de même chez nous. (Art. 1137.)

Quid, s'il y a plusieurs héritiers, et que la chose ait péri par le fait ou par la faute de l'un d'eux? Les autres sont libérés. (*L.* 48, §. 1, ff. *de Legatis*, 1°.) Ils ne sont pas débiteurs solidaires; ils sont tenus chacun pour leur part. Le fait de l'un est pour les autres un cas fortuit, dont ils ne sont pas garans. Mais le légataire aura action, pour le tout, contre le cohéritier par le fait ou la faute duquel la chose a péri.

(7) *Entre les mains du légataire.* (Voir l'article 1302, et ci-après, la note (1) de la pag. 172.)

(8) *Avec les accessoires nécessaires ;* c'est-à-dire, sans lesquels la chose ne pourroit servir à son usage ordinaire. Si donc un attelage a été légué, le harnois est dû. Il en est de même de la cage d'une pendule. De même, si le fonds légué est enclavé, et qu'il n'y ait d'autre moyen de parvenir à la voie publique, qu'en passant par un fonds appartenant à la succession, l'héritier doit livrer gratuitement le passage. (*L.* 1, §1, ff. *Si usus f. petat.*) Par la même raison, tous les frais de mise en possession, et en général tous ceux qui sont nécessaires pour mettre le légataire à portée de jouir de la chose léguée, sont à la charge de l'héritier. (*L.* 39, ff. . *de Legatis*, 1°.) Cependant nous voyons par l'article 1016, que les droits d'enregistrement sont dus par le légataire. Il en étoit de même dans l'ancienne législation ; l'héritier n'étoit pas tenu d'acquitter les droits de mutation. (Ricard, *des Donations*, part. 2, n°. 48.)

BIU Cujas

Quid, à l'égard des titres de propriété des objets légués ? Chez les Romains, l'héritier pouvoit les garder, en garantissant au légataire qu'il l'en aideroit en cas de besoin. (*L.* 24, Cod. *de Fideicommissis*,) et RICARD partage cette opinion. (*Ibid.*, n°. 54.) Je pense qu'il en seroit autrement dans le droit actuel (argument tiré de l'article 842), et que ces titres devroient être remis aux légataires, à la charge, par eux, d'en aider l'héritier.

Quid, si la chose principale a péri. Nous avons examiné cette question ci-dessus, note (4), et nous avons dit qu'il falloit distinguer : Si elle a péri pendant la vie du testateur, le légataire ne peut réclamer l'accessoire. (*LL.* 1 et 2, ff., *de Pecul. legat.*); car l'accessoire n'est dû qu'autant que le principal est également dû. Or ici, le principal n'a jamais été dû ; mais si la chose a péri depuis le décès du testateur, le légataire ayant été saisi de la propriété du principal et de l'accessoire, peut réclamer ce qui reste.

Pour connoître comment on doit entendre le legs d'une maison meublée, ou d'une maison avec tout ce qui s'y trouve, *voyez* ci-dessus, Liv. II, Titre I, chap. I, sect. II.

(9) *Au jour du décès du testateur.* Il faut entendre cela, dans le sens que l'héritier est responsable des dégradations commises sur l'objet légué, et qu'il a pu empêcher (art. 1136 et 1137), comme il auroit droit d'être indemnisé des dépenses que lui auroit coûtées la conservation de la chose. Mais quant aux améliorations ou détériorations intrinsèques ou fortuites, que la chose a pu éprouver depuis le décès du testateur, il est évident qu'elles regardent le légataire, puisqu'il devenu propriétaire à l'époque de ce décès.

Où la chose léguée doit-elle être délivrée ? Il faut distinguer : S'il s'agit d'un corps certain, il doit être délivré au lieu où il étoit au moment du décès du testateur. (*L.* 47, ff. *de Legatis*, 1°.) S'il s'agit d'une quantité, je pense qu'elle doit être payée au lieu de l'ouverture de la succession. Car, aux termes de l'article 59 du Code de Procédure, c'est devant le juge de l'ouverture que la demande en délivrance doit être portée ; et en général la chose doit être payée où elle est demandée. (*LL.* 38, ff. *de Judiciis*, et 47, §. 1, ff. *de Legatis*, 1°.)

(10) *Le légataire ne peut demander qu'elle soit dégagée.* L'article 1020 compare ici l'usufruit à l'hypothèque, dans le sens seulement que l'héritier n'est tenu de dégager la chose dans aucun des deux cas. Ainsi il ne sera pas obligé de payer la dette hypothéquée, avant son échéance. Mais il y a toujours cette différence, que le légataire est obligé de souffrir l'usufruit, sans recours contre l'héritier ; au lieu que, s'il paye par l'effet de l'hypothèque, il a son recours contre l'héritier, ainsi qu'il est dit dans le texte, et que cela est porté par l'article 874. Cette différence provient de ce que l'usufruit est un démembrement de la propriété. Lors donc que le testateur a légué un fonds soumis à un usufruit, il a légué le fonds, moins l'usufruit, *deducto usufructu*. Il n'en

BIU Cujas

est pas de même de l'hypothèque, qui n'est que l'affectation du fonds au payement d'une créance dont le légataire n'est pas tenu.

(11) *Qu'autant que le testateur l'a expressément ordonné.* Mais si le testateur a fait cette disposition dans le cas de l'usufruit, il a vraiment légué la chose d'autrui, puisque l'héritier est alors obligé, ou de s'arranger avec l'usufruitier pour obtenir sa renonciation à l'usufruit, ou d'indemniser le légataire; ce qui est vraiment léguer la chose d'autrui, dans le sens que l'entendoient les Romains. Il faut dire que c'est une exception à l'article 1021.

(12) *Et demeure subrogé aux droits du créancier.* Mais si le légataire est en même temps héritier, pourroit-il exercer la subrogation pour le tout contre chacun des cohéritiers détenteurs d'immeubles hypothéqués à la même dette, ou seulement pour la part de chacun, conformément à l'article 875? Je pense qu'il ne pourra l'exercer que pour la part de chacun. Cette décision est, sinon dans la lettre, au moins dans l'esprit de l'article 875, qui a voulu éviter le circuit d'action entre cohéritiers. Or, ce circuit auroit lieu dans l'espèce, s'il pouvoit agir pour le tout contre chacun de ses cohéritiers.

Observez que le recours du légataire contre l'héritier a lieu, quand même il s'agiroit d'une rente originairement foncière; ces rentes étant devenues essentiellement rachetables, ont perdu par-là le caractère de foncières: elles ont donc cessé d'être une charge spéciale du fonds baillé à rente, et doivent être entièrement assimilées aux rentes constituées.

Page 95.

(1) *Et à toutes les constructions.* Cette décision met fin aux controverses qui existoient dans l'ancien droit, et qui prenoient leur source dans les lois Romaines, dont les décisions paroissent effectivement opposées, ainsi que nous l'avons vu ci dessus *Note* (4) de la page préc. (*Voir les lois* 44, §. 4, ff. *de Legatis*, 1°., et 39, ff. *de Legatis*, 2°., qui décidoient, comme le fait l'article 1019 du Code, et la loi 79, §. 2, ff. *de Legatis*, 3°., qui paroît statuer le contraire, et dont la doctrine a été avec raison réprouvée.)

(2) *A moins que ce fonds ne soit un enclos*, et qu'il n'ait été légué comme enclos, ou comme pièce, ou comme fonds ne formant qu'un tout; comme si le testateur a dit: *Je lègue mon clos, ma pièce de terre, etc., de tel endroit.* Mais s'il avoit légué par mesure, *putà*, s'il avoit dit: *Je lègue dix arpens de terres que j'ai dans tel endroit*, je pense que, quand même ces dix arpens seroient clos, les augmentations n'appartiendroient pas au légataire.

Observez que la disposition de cet article doit s'appliquer à toute espèce de clôture, soit qu'elle ait lieu par le moyen d'un mur, d'une haie, ou même d'un fossé.

(3) *Et qu'elles n'aient servi à en augmenter l'enceinte.* Il en seroit autrement, si le clos avoit été donné entre-vifs, que le donateur s'en fût réservé

BIU Cujas

l'usufruit, et que, pendant sa jouissance, il en eût augmenté l'enceinte. Le donataire ne pourroit, dans aucun cas, réclamer les augmentations. La raison de différence est que le donataire est saisi du moment de la donation; il doit donc prendre la chose telle qu'elle étoit à cette époque. Le légataire, au contraire, n'est saisi qu'au moment du décès; il peut donc réclamer la chose telle qu'elle se trouve à cet instant.

Par la même raison, si le legs est d'un troupeau, le légataire peut réclamer celui qui existe au moment du décès, quoiqu'il soit beaucoup plus considérable qu'au moment de la confection du testament, et quand même il n'existeroit plus aucune des bêtes qui existoient alors; comme il ne peut réclamer que le troupeau qui existe à la même époque, quand il seroit beaucoup moindre.

Mais *quid*, si le nombre des bêtes est tellement réduit, qu'il ne puisse plus être appelé troupeau, le legs est-il encore valable? la raison de douter se tire de ce que nous avons dit ci-dessus *note* (4), de la page 94, que c'est la forme *quæ dat esse rei*, en sorte que, quand même la matière subsisteroit, si la forme n'existe plus, le legs est éteint. Or on peut dire qu'ici la forme a été changée, puisque c'est un troupeau qui a été légué, et qu'il n'existe plus de troupeau. Cependant la loi 22, ff. *de Legatis* 1°., décide que le legs est valable. La raison de décider est que les choses dont il est question dans la *note* (4), sont considérées comme ne faisant qu'un tout. Lorsque le testateur, par exemple, lègue un bateau, il ne considère point les planches qui le composent; il voit le bateau, c'est lui seul qu'il veut léguer. Mais lorsqu'il lègue un troupeau, il est certain qu'il a en vue les bestiaux qui le composent, de sorte que l'on peut dire avec Ricard, partie 3, n°. 366, qu'indépendamment du legs du troupeau en masse, il y a autant de legs qu'il y a d'individus différens; legs qui peuvent avoir leur effet séparément, si quelques-uns des individus périssent, et que d'autres existent encore au moment du décès.

(4) *Exécuteurs testamentaires.* Ces exécuteurs testamentaires sont les mandataires du défunt; ou plutôt ils sont les mandataires des héritiers et des légataires, nommés par le défunt. Il se forme donc entr'eux et les héritiers et légataires, à-peu-près les mêmes obligations qu'entre un mandant et un mandataire.

Indépendamment de ce que l'exécuteur testamentaire est médiateur entre l'héritier et les légataires, il peut être utile, surtout dans le cas où le testament contient des dispositions dont personne n'a intérêt de poursuivre l'exécution, comme seroient des prières en général, l'érection d'un tombeau au testateur. On trouve dans la *Nov.* 68, de l'empereur Léon, une trace de l'usage qui existoit alors, à ce qu'il paroît, de nommer des exécuteurs testamentaires.

L'individu nommé exécuteur testamentaire, peut-il refuser cette fonction? Oui, sans doute, excepté toutefois dans les cas suivans:

1°. S'il lui a été fait un legs à cette condition, et qu'il l'ait accepté, comme s'il est dit: *Je donne et lègue à ...., pour les peines et soins que lui causera*

BIU Cujas

l'exécution de mon testament. Si le legs a été fait purement et simplement, l'on pensoit anciennement que le légataire pouvoit prendre le legs, et refuser l'exécution (Ricard, *des Donat.*, partie III, n°. 236); mais j'avoue que la disposition des lois Romaines me paroît beaucoup plus équitable: *Omnibus qui contrà voluntatem defuncti faciunt, ut indignis auferatur hereditas.* (Paul, *Sentent.*, Lib. 3, Tit. 5.) Et l'opinion de Ricard, sur ce point, peut paroître d'autant plus singulière, qu'il décide tout autrement, dans le cas où le légataire a été désigné par le testateur pour être tuteur de ses enfans. Il pense que, dans ce cas, et quoique le legs ait été fait purement et simplement, le légataire qui refuse la tutelle, quand même il auroit une excuse légitime, doit être privé de son legs. Or, certainement les fonctions de tuteur sont bien plus onéreuses et de bien plus longue durée, que celles d'exécuteur testamentaire; et par conséquent, celui qui les refuse, est bien plus excusable.

Le second cas dans lequel l'exécuteur testamentaire ne peut refuser, c'est quand il a commencé à gérer: *Contractus ab initio sunt voluntatis, et ex post facto, necessitatis.* Si, cependant, il se trouvoit dans l'impossibilité de continuer la gestion, sans éprouver lui-même un préjudice considérable, alors il pourroit renoncer. (Art. 2007.)

(5) *Qu'ils auront cette saisine.* Quel droit leur donne cette saisine? Si le testateur ne s'est pas exprimé à cet égard, l'éxécuteur testamentaire qui a la saisine, peut, si toutefois cela est nécessaire pour le payement des legs mobiliers, faire vendre les meubles à sa requête; il peut poursuivre les débiteurs de la succession, recevoir les payemens faits par eux, même le remboursement des rentes constituées, s'il en est offert pendant la saisine. Mais s'il y a contestation de la part des débiteurs, soit sur le fonds de la dette elle-même, soit sur la quotité qui est encore due, l'exécuteur testamentaire doit mettre en cause l'héritier, parce que celui-ci est propriétaire, et qu'il a intérêt. Autrement, le jugement seroit à son égard comme non-avenu, ou, du moins, il auroit le droit d'y former tierce-opposition.

L'exécuteur testamentaire pourroit-il toucher les revenus des immeubles? Quant à ceux qui étoient échus au moment du décès, il n'y a pas de difficulté: ce sont des meubles; ils tombent de droit dans la saisine. Quant à ceux qui échoient depuis le décès, Ricard, *des Donations*, part. 2, n°. 77, est d'avis qu'ils n'y tombent pas. Il prétend que, par le mot *mobilier*, il faut entendre ce qui étoit tel au moment du décès. Or, continue-t-il, les fruits qui n'étoient pas encore percus à cette époque, étoient immeubles; donc ils n'ont pas été compris dans la saisine. Il me semble que ce raisonnement approche un peu de la subtilité. Supposons en effet qu'il existe dans la succession, un immeuble qui soit affermé. Le prix du bail se perçoit en vertu de l'action *locati*. Cette action qui se trouvoit dans la succession au moment du décès, est une action mobilière; elle fait donc partie de la saisine, ainsi que les produits qui en résultent, comme les

BIU Cujas

fermages dus par les locataires. Or le droit peut-il être différent, lorsque le testateur exploite par lui-même? Aussi DE LA COMBE, *verbo* EXÉCUTEUR TESTAMENTAIRE, n°. 7, atteste-t-il que l'usage du Châtelet de Paris étoit conforme à cette dernière opinion.

L'exécuteur testamentaire qui a la saisine, est-il chargé de payer les dettes de la succession? Non; et ce qui le prouve, c'est que, lors-même qu'il a la saisine, l'héritier peut la faire cesser, en justifiant seulement du payement des legs mobiliers, ou en offrant la somme nécessaire pour cela.

Si l'héritier refusoit à l'exécuteur testamentaire la saisine qui lui auroit été donnée par le testateur, l'éxécuteur pourroit-il agir au possessoire, et par voie de complainte? RICARD, *ibid*, n°. 73, est d'avis de la négative, non par la raison que la complainte n'a pas lieu pour meubles; car on pensoit généralement qu'elle pouvoit avoit lieu pour une universalité de meubles; mais parce que la possession de l'exécuteur testamentaire, n'est point une véritable possession pouvant servir de base à l'action possessoire, puisqu'il ne prétend aucun droit *in re*, ni *ad rem*, sur les biens de la succession. C'est seulement une espèce de séquestre autorisé par la loi pour faciliter le payement des legs: l'exécuteur possède donc seulement au nom de l'héritier qui est toujours le véritable possesseur, et qui auroit droit de prescrire en cette qualité, et contre lequel conséquemment la complainte ne peut être intentée.

(6) *Mais elle ne peut durer au-de-là de l'an et jour, à compter du décès.* Anciennement que la saisine étoit de droit, il étoit tout simple que la loi en eût fixé la durée. Il étoit encore naturel d'adopter la même disposition dans notre droit, pour le cas où le testateur s'est contenté de donner la saisine, sans en fixer le terme. Mais l'on ne voit pas pourquoi, surtout quand il n'y a pas de légitimaire, le testateur ne pourroit pas prolonger la saisine; car il me semble que celui qui peut priver ses héritiers de sa succession, peut leur imposer telle condition qu'il juge convenable, pourvu qu'elle ne soit pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Le testateur n'a-t-il pas pu prévoir que sa succession seroit d'une liquidation longue et difficile? S'il a fait des legs sous des conditions dont l'événement, ou à un terme dont l'échéance, puisse se prolonger plus d'un an après sa mort, n'a-t-il pas pu désirer que la saisine de l'exécuteur se prolongeât jusque-là? Pourquoi le priver de ce droit? D'après ces raisons qui me paroissent sans replique, je penserois volontiers que la disposition de l'article 1026 n'est applicable qu'au cas où le testateur s'est contenté de donner la saisine, sans rien déterminer quant à la durée; et que, dans le cas contraire, la question rentre dans le droit commun, d'après lequel les dispositions des testamens doivent être exécutées, toutes les fois qu'elles ne sont pas contraires aux lois ou aux bonnes mœurs. Je pense, par la même raison, que le testateur pourroit donner à son exécuteur testamentaire, la saisine, non-seulement de son mobilier, mais encore de toute sa succession, pourvu qu'il

BIU Cujas

n'en résulte pas de préjudice au droit des légitimaires; comme aussi que, si l'exécution du testament étoit entièrement terminée avant la fin de l'année ou du terme fixé par le testateur, l'héritier pourroit demander la cessation de la saisine. Quel motif, en effet, l'exécuteur pourroit-il alléguer pour le conserver?

Si l'exécuteur testamentaire a été autorisé par le testateur à vendre des immeubles pour l'acquittement des legs, doit-il y appeler les héritiers? L'affirmative a été jugée à Bruxelles le 2 août 1809, (Sirey, 1813; 2e. partie, page 349) et avec raison. Les héritiers sont propriétaires et possesseurs. La vente des biens de la succession ne peut donc avoir lieu sans leur participation.

Quid, dans le cas où, la saisine ne durant qu'un an, il existe des dispositions qui n'ont pu être exécutées pendant l'année? Si l'exécuteur testamentaire craint que l'héritier ne dissipe la succession, il peut et doit prendre les précautions nécessaires pour l'exécution des legs. Ainsi, je pense qu'il peut et doit, le cas échéant, demander la séparation des patrimoines du chef des légataires dont il est censé le mandataire. Si la succession comprend des immeubles, il doit prendre des inscriptions hypothécaires, conformément aux articles 1017 et 2111. Si elle est toute mobilière, je pense qu'il peut exiger que l'héritier donne caution ou consigne la somme nécessaire pour l'acquittement des legs non encore payés (*voyez* ci-dessus la note (8) de la page 88); qu'il peut même se faire autoriser à faire des saisies-arrêts entre les mains des débiteurs de la succession, etc.

Quid, si le testament ou l'exécution ont été contestés? Je pense que l'année ne doit courir que du jour où l'exécuteur a pu se mettre en possession.

Observez que toutes les causes qui, aux termes de l'article 2003, font cesser le mandat, *ex personâ mandatarii*, telles que la renonciation du mandataire, quand il peut renoncer, sa mort naturelle ou civile, son interdiction ou sa déconfiture, font cesser l'exécution testamentaire, et par conséquent la saisine, si elle a eu lieu.

(7) *Et qu'ils aient tous accepté.* S'ils n'ont pas tous accepté, aucun ne peut agir, comme nous allons voir tout-à-l'heure, note (6) de la page suivante. Il n'y a donc plus de responsabilité.

(8) *Ils sont solidairement responsables.* Pourquoi y a-t-il solidarité entre les exécuteurs testamentaires, tandis qu'aux termes de l'article 1995, elle n'existe pas entre les mandataires? C'est que, dans le mandat, le mandant peut révoquer par l'effet de sa seule volonté; mais ici les héritiers ne peuvent révoquer sans une cause légitime et approuvée par le juge: il étoit donc nécessaire d'augmenter leurs sûretés. D'ailleurs, puisque l'on permet à un seul, ainsi que nous le verrons tout-à-l'heure, d'agir au défaut des autres, il étoit naturel de leur imposer une responsabilité qui les obligeât de se surveiller mutuellement.

(9) *Relatives au mobilier*, ainsi que de l'exécution des autres volontés du

BIU Cujas

testateur, qui doivent se résoudre définitivement en sommes mobilières ; *putà*, pour l'érection d'un monument, ou autres choses semblables. Quant aux legs immobiliers, la même disposition n'a pas lieu, parce que la propriété de la chose étant passée directement au légataire, l'héritier ne peut en disposer à son préjudice.

(10) *Par la mort de celui à qui elle avoit été déférée ;* et, dans ce cas, s'il lui avoit été fait un legs, et qu'il ne l'ait pas encore touché, sa succession a droit de le réclamer, quand même l'exécution ne seroit pas terminée ; il n'a pas tenu à lui de la terminer.

Page 96.

(1) *De faire apposer les scellés, s'il y a lieu.* Comme nous l'avons vu au Titre précédent, l'apposition des scellés n'est indispensable, qu'autant que, parmi les héritiers, il y a des absens, des mineurs ou des interdits non pourvus de tuteurs.

(2) *En présence des héritiers*, institués ou *ab intestat*, ou en présence d'un notaire, pour représenter les non-présens. (*Procéd.* 942.) C'est à l'exécuteur testamentaire à faire procéder à cet inventaire, et les héritiers ont seulement droit d'être présens ; c'est donc à lui à choisir le notaire, et les autres officiers, sauf aux héritiers à leur en adjoindre d'autres, s'ils le jugent convenable.

Le testateur pourroit-il, en donnant la saisine à son exécuteur testamentaire, le dispenser de faire inventaire ? Oui, pourvu qu'il n'existe pas d'héritier à réserve, et que l'exécuteur ne soit pas incapable, soit entièrement, soit jusqu'à concurrence d'une certaine quotité, de recevoir du testateur. Argument tiré de la loi 13, Cod. *Arbit. tut.* ; et Ricard, part. 2. n°. 86 et suivans. Mais la dispense de faire inventaire, n'emporteroit pas celle de rendre compte. Le testateur pourroit-il le dispenser également de cette dernière obligation ? Oui, dans les cas qui viennent d'être rapportés. Mais cette dispense, à son tour, n'emporteroit pas celle de payer le reliquat. Seulement, l'on seroit tenu de s'en rapporter à sa bonne foi. (L. 119, ff. *de Legatis*, 1°.)

(3) *De veiller à ce que le testament soit exécuté.* Remarquez qu'il n'est pas dit *d'exécuter le testament*, parce qu'en effet l'exécuteur testamentaire ne peut même, quand il a la saisine, procéder à cette exécution de sa seule volonté. Il faut qu'elle soit consentie par l'héritier, ou ordonnée avec lui, sur la poursuite, soit des légataires, soit de l'exécuteur lui-même.

(4) *Pour l'acquittement des legs.* Les héritiers pourront donc empêcher cette vente, en offrant une somme suffisante. L'exécuteur pourroit-il, en cas d'insuffisance du mobilier, provoquer la vente des immeubles ? Je ne le pense pas. Les immeubles ne peuvent être vendus que par expropriation forcée, qui ne peut être poursuivie qu'à la requête du créancier, c'est-à-dire du légataire.

BIU Cujas

(5) *Relativement à l'exécution dont ils ont été chargés*; et cela, quand même le testateur auroit fait un legs, nommément pour l'exécution testamentaire, parce que le legs est censé, plutôt la récompense de la peine que cause l'exécution, que le payement des frais qu'elle occasionne.

Où la demande en reddition de compte doit-elle être portée? Devant le tribunal de l'ouverture de la succession. (Procéd. Art. 59.

De quelle faute est tenu l'exécuteur testamentaire? Je pense qu'il doit être tenu comme le mandataire (*voyez* au 3e. vol., le Titre *du Mandat*), et d'autant plus que c'est la chose de l'héritier qu'il administre, et qu'il n'a pas été choisi par lui. (*Voyez* la note (8) de la page précédente.)

(6) *Et qu'ils ont tous accepté. Quid*, s'ils n'ont pas tous accepté? Il paroît résulter de la rédaction de l'article 1033, que, dans ce cas, ceux-mêmes qui ont accepté, ne peuvent agir: et cette disposition est fondée en raison. Quand ils ont tous accepté, comme ils sont solidairement responsables, l'héritier a toutes les sûretés que le testateur a voulu lui donner. Mais si l'un d'eux n'a pas accepté, il n'est pas tenu. Les sûretés de l'héritier seroient donc diminuées. Il est possible, d'ailleurs, que, de la part du testateur, la désignation ait été indivisible, tellement qu'il n'eût peut-être pas nommé l'un sans l'autre. (Argument tiré de l'article 1858.) Enfin, c'est peut-être la mauvaise réputation de celui qui a accepté, qui a déterminé les autres à refuser.

(7) *Le mineur*, même émancipé, puisqu'il est question de curateur.

(8) *Même avec l'autorisation de son tuteur ou curateur.* Dans ce cas, ce seroit réellement le tuteur ou le curateur qui dirigeroit l'exécution; or, ce n'est pas à eux que le défunt a donné sa confiance. *Nec obstat* l'article 1990, qui permet de choisir un mineur pour mandataire: car, dans cet article, il s'agit d'un choix volontaire. Or, celui qui charge volontairement un mineur de sa procuration, s'expose à toutes les suites d'un pareil choix, et notamment à voir annuller, par l'action en rescision, les obligations que le mineur pourroit avoir contractées envers lui par suite du mandat: *Debet igitur sibi imputare cur talem elegerit.* Mais l'exécuteur testamentaire est mandataire obligé des héritiers et des légataires. On ne peut les forcer de laisser la gestion des affaires de la succession à un homme, qui peut, à son gré, se faire restituer contre ses obligations.

Quid, s'il a été fait un legs au mineur, en sa qualité d'exécuteur testamentaire? Pourra-t-il prendre le legs, ne pouvant se charger de l'exécution? Je pense qu'il faut distinguer: Si le testateur le croyoit majeur, je crois le legs caduc. *Secùs*, s'il savoit qu'il étoit mineur. Dans ce dernier cas, la condition est contraire aux lois; et, sous ce rapport, elle est réputée non écrite. Mais ce sera à l'héritier à prouver que le testateur a été trompé sur l'âge du légataire.

(9) *Qu'avec l'autorisation de son mari.* Pourquoi ne peut-elle pas se faire autoriser par justice? Pour plusieurs raisons. D'abord, il n'y a pas nécessité

BIU Cujas

pour elle d'accepter ; en second lieu, il faut, comme nous l'avons dit, donner à l'héritier toutes les sûretés possibles. Or, il n'est pas très-sûr de traiter avec une femme mariée sous le régime de la communauté, et seulement autorisée par justice, puisqu'on ne peut alors poursuivre, pendant le mariage, que la nue propriété de ses immeubles personnels.

Quid, s'il y a un legs attaché à l'exécution testamentaire ? Je pense que le legs est caduc, si le mari refuse d'autoriser ; autrement, ce seroit lui procurer le moyen de concerter avec sa femme un moyen frauduleux d'avoir le bénéfice sans les charges. D'ailleurs, il y a cette différence avec le cas précédent, relatif au mineur, qu'à l'égard de celui-ci, la condition est réellement illicite, puisque la loi défend absolument de charger un mineur de l'exécution d'un testament ; au lieu qu'elle ne fait pas la même défense à l'égard de la femme ; elle se contente de subordonner l'exécution à la volonté du mari.

Quelle sera l'étendue de l'obligation de la femme qui a accepté avec l'autorisation de son mari ? Il faut distinguer : S'il lui a été fait un legs mobilier, comme la communauté profite du legs, je pense que l'exécution des obligations contractées par la femme, peut être poursuivie sur les biens personnels de la femme, sur ceux du mari, et sur ceux de la communauté. (Argument tiré des articles 1411 et 1419.) Mais si le legs n'est pas de nature à tomber dans la communauté ; *putà*, si c'est un immeuble, la femme est tenue seule, et sur ses biens personnels. (Argument tiré de l'article 1413.)

(10) *Avec l'autorisation de justice. Quid*, si elle est simplement non commune ? Comme ses droits sont encore bien moins étendus que ceux de la femme mariée sous le régime de la communauté, je pense qu'on doit, à plus forte raison, lui appliquer ce qui a été dit, relativement à cette dernière.

Quid, si elle est mariée sous le régime dotal ? Lui appliquer ce qui vient d'être dit, relativement à la femme séparée.

(11) *Par le fait du testateur.* Le testament est encore révoqué par le fait du testateur, lorsqu'il encourt la mort civile, ainsi que nous l'avons vu au Livre Ier.

(12) *Soit dans un testament postérieur. Quid*, Si le testateur s'est contenté de dire dans un acte écrit, daté et signé de sa main : *Je révoque mon testament*, ou *tous mes testamens ?* Cette révocation est-elle valable ? La raison de douter est que cet acte peut être regardé comme un testament, puisqu'il réunit toutes les formalités requises pour les testamens olographes. Mais ce qui me décideroit pour la négative, c'est que le Code a défini lui-même le testament, un acte par lequel on dispose de tout ou partie de ses biens. Or ici, le défunt ne dispose de rien ; donc cet acte n'est pas un testament. Mais, objecte-t-on : *Dat qui non adimit*, disent les lois Romaines. *His* (*Succedentibus ab intestato*) *creditur paterfamilias sponte suâ relinquere legitimam hereditatem.* (L. 8, §. 1, ff. *de Jure Codicill.*) Le testateur, en

BIU Cujas

révoquant son testament, gratifie ses héritiers *ab intestat*, puisqu'il détruit l'acte qui leur ôtoit tout ou partie de ses biens. Donc le testateur dispose réellement en leur faveur par l'acte de révocation ; donc cet acte est un testament. Mais qui ne sent que ce raisonnement est un pur sophisme, qu'il n'est pas difficile de mener jusqu'à l'absurde. Car il en résulteroit que toute personne qui meurt *intestat*, a fait un testament : car elle a disposé en faveur de ses héritiers légitimes, par cela seul qu'elle ne leur a pas ôté ce qu'elle pouvoit leur ôter. Quant au principe cité des lois Romaines, il faut se reporter au cas pour lequel il a été établi.

Il faut d'abord savoir que les fidéicommis étoient extrêmement favorisés à Rome, puisqu'on pouvoit les faire, *etiam nutu*. D'un autre côté, l'on tenoit, comme de raison, qu'on ne pouvoit grever de fidéicommis, que ceux en faveur de qui on avoit disposé. Et, à ce sujet, l'on avoit demandé si l'on pouvoit faire un fidéicommis par codicille, et sans faire de testament. La raison de douter étoit, que l'on ne pouvoir instituer d'héritiers par codicilles. Le fidéicommis ne pouvoit donc frapper que les héritiers *ab intestat*. Or, disoit-on, le testateur qui ne les a pas institués, ne peut les grever de fidéicommis, puisqu'ils ne tiennent pas leur droit de lui, mais de la loi seule. Mais les jurisconsultes Romains, toujours singulièrement portés, comme nous l'avons dit, à favoriser les fidéicommis, avoient décidé néanmoins que le fidéicommis étoit valable, attendu que le testateur étoit censé gratifier ses héritiers *ab intestat*, en ne leur ôtant pas la succession, ainsi qu'il le pouvoit. Mais l'on sent que ce motif ne peut s'appliquer au cas dont il s'agit ; car, pourquoi la loi exige-t-elle un acte notarié, quand la révocation n'est pas faite par un testament? C'est afin de protéger le testateur contre l'influence des personnes qui l'entourent, et qui pourroient profiter de sa foiblesse pour lui arracher une révocation. On présume que, devant un officier public, il sera plus libre et plus maître de sa propre volonté. Or, l'inconvénient qu'on a voulu éviter, auroit lieu, s'il suffisoit d'un acte sous seing-privé, même écrit en entier de la main du testateur.

On objecte encore qu'il sera facile d'éluder la loi, en faisant insérer dans l'acte une disposition d'une somme modique, au profit d'un individu quelconque; ce sera alors un testament, dans le sens de l'article 894 ; et cela suffira bien certainement pour révoquer. Je réponds que c'est un inconvénient inséparable de la chose même. Dès qu'on admet les testamens olographes, l'on ne peut refuser au testateur le droit d'en faire un second, un troisième, et par conséquent de révoquer le premier. Mais au moins faudra-t-il une disposition ; cela sera plus long, et plus difficile à arracher par la fraude ou les sollicitations.

Nota. Je ne dois pas dissimuler qu'il a été jugé contre l'opinion que je viens d'établir, à Paris le 8 février 1810, et en Cassation le 17 mai 1814. (Sirey, 1815; 1re. part., pag. 17.) Mais je n'ai rien trouvé dans les motifs de ces

BIU Cujas

arrêts qui me parût suffisant pour me déterminer à changer d'avis sur ce point.

Il s'est encore élevé sur ce même article une question fort importante et fort controversée ; c'est celle de savoir si un testament, qui réuniroit toutes les formalités nécessaires pour valoir comme acte notarié, mais qui seroit nul comme testament, *putà*, par l'incapacité d'un des témoins, par le défaut de mention qu'il a été écrit par le notaire, etc. ; si ce testament, disons-nous, vaudroit au moins comme révocation, dans le cas où il révoqueroit effectivement un précédent testament.

J'avoue que cette question m'a toujours paru extrêmement délicate. L'on prétend qu'elle a été décidée pour la négative par un arrêt de la Cour de Cassation, du 4 novembre 1811. (*Journ. de la jurispr. du Code Civ.*, tom. XVIII, pag. 12.) Mais d'abord, c'est un arrêt de rejet, qui ne forme conséquemment point préjugé ; et, d'ailleurs, fidèle au plan que je me suis tracé, de discuter, de soumettre au raisonnement toutes les autorités, excepté celle de la loi, je crois pouvoir examiner encore la question, sous le point de vue sous lequel j'imagine qu'elle doit être envisagée.

Je pense d'abord que, dans notre droit, d'où l'on a banni toutes les subtilités, et où tout se traite *ex æquo et bono*, il est difficile de décider ce point de droit d'une manière générale, et que la question peut et doit être résolue diversement, suivant les circonstances. Les personnes qui soutiennent que, dans tous les cas, l'acte est nul, même comme révocation, disent qu'un testament est un tout indivisible, qui ne peut être scindé, et qui doit valoir, ou être nul, pour le tout. Cela est vrai : et si la révocation ne pouvoit se faire que par testament, il seroit également constant que toute révocation contenue dans un testament nul, seroit également nulle. Mais une révocation, aux termes de l'article 1035, peut se faire par tout autre acte que par un testament : et d'après cela, pourquoi ne considéreroit-on pas l'acte dont il s'agit, comme en contenant deux distincts, savoir, un testament et une révocation ; et, dans ce cas, pourquoi la nullité de l'un des deux actes entraîneroit-elle la nullité de l'autre ? Croit-on qu'un acte sous seing-privé, qui contiendroit une donation entre-vifs, et en même temps pouvoir au donataire de gérer les affaires du donateur, ne vaudroit pas comme procuration, quoique bien certainement il fût nul comme donation ? Pourquoi donc, dans l'espèce, l'acte de révocation ne pourroit-il être valable, nonobstant la nullité de l'acte testamentaire ? N'est-ce pas le cas d'appliquer la maxime : *Utile per inutile non vitiatur ?* Tel est aussi le sentiment de Pothier qui décide formellement, dans son traité *des Donat. testam.*, chap. 6, sect. 2, §. 1, que « quoiqu'un second testament, « qui contient une clause de révocation du premier, soit nul en la forme, le « premier ne laisse pas d'être révoqué. Car, ajoute-t-il, la révocation des testa- « mens pouvant se faire *nudâ voluntate*, le second testament, quoique nul,

BIU Cujas

« doit être valable pour la clause de révocation, qui n'est pas assujettie aux « formalités testamentaires. »

Et Domat, part. 2., Liv. 3, Tit. 1., sect. 5, établit dans la note qui suit l'art. 19, que « lorsqu'il s'agit de la validité d'un acte où sont comprises deux « choses qui ont entr'elles quelque liaison, si l'une des deux ne peut subsister, « l'acte ne laisse pas de valoir pour celle qui peut subsister sans l'autre. »

Ricard, *des Donat.*, part. 3, n°. 107, dit formellement « qu'il ne fait pas « de difficulté qu'en général, il ne puisse être mêlé dans un testament, une « autre espèce de contrat, laquelle étant accomplie dans sa forme, ne suivra « point la nature du testament, mais celle qui lui est propre; comme si un « testateur, en faisant son testament, y mêle une clause qui emporte une do- « nation entre-vifs, et qui en ait toutes les qualités et les solennités nécessaires; « je dis que cet acte, à l'égard de cette clause, demeure irrévocable, parce « qu'elle contient en soi un acte séparé, et qui, pour être engagé dans le « corps d'un autre, n'en emporte point la nature. »

Enfin, malgré toute la subtilité des lois Romaines, et l'attachement scrupuleux des Jurisconsultes à la rigueur des formes, Papinien lui-même a consacré la doctrine que nous établissons ici, dans la loi 1, §. 1, ff. *quibus modis pignus vel hyp. solvitur.* Il s'agit dans cette loi d'un créancier hypothécaire qui a fait remise de sa créance, à titre de donation, à son débiteur. La donation se trouve nulle. L'on demande si les hypothèques subsistent, et Papinien décide la négative, attendu, dit-il, que la loi défendoit bien la donation, mais non la remise de l'hypothèque. Papinien a donc décidé par là qu'un acte qui contient deux opérations, peut être valable pour l'une, quoiqu'il soit nul pour l'autre; et il y a même cela de remarquable dans cette loi, que la remise de l'hypothèque n'avoit pas été stipulée expressément, et qu'elle n'étoit que la conséquence de la remise de la dette. Il auroit donc semblé naturel que cette dernière remise se trouvant nulle, la première le fût également; et cependant, comme on vient de le dire, le contraire est décidé par Papinien. Ce jurisconsulte a donc pensé comme Pothier, Domat, et Ricard, que lorsqu'un acte contient deux choses, l'une peut être valable, et l'autre nulle, et ce, même soit qu'elles ayent, ou non, une liaison quelconque entr'elles.

Voir également un arrêt du parlement de Paris du 29 décembre 1687, qui a jugé qu'un testament antérieur avoit pu être révoqué par un codicille nul en la forme. Cet arrêt est rapporté au Journal du Palais, et par De La Combe, *verbo* Testament, sect. 5, dist. 2, n°. 3.

On insiste et l'on dit: Le testateur n'est censé avoir voulu révoquer son premier testament, qu'autant que le second sera valable. Et en effet, si nous supposons qu'un homme ait, par un premier testament, institué un légataire universel; qu'ensuite il en ait fait un second, contenant quelques changemens, et dans lequel il ait cependant institué le même légataire universel; que ce se-

BIU Cujas

cond testament, contenant révocation du premier, comme cela est ordinairement d'usage, se trouve nul, par défaut de quelqu'une des formalités requises exclusivement pour les testamens, mais dont l'omission ne l'empêche pas de valoir comme acte notarié, il s'ensuivra que le légataire universel, qui a en sa faveur l'expression bien prononcée de la volonté du testateur, répétée dans deux testamens successifs, se trouvera néanmoins privé de son legs; car il ne pourra le réclamer en vertu du premier testament, puisqu'on suppose la révocation valable. Il ne le pourra pas davantage, en vertu du second qui est nul. Or, cette disposition seroit souverainement injuste.

Je réponds d'abord que le principe, d'après lequel on suppose que le testateur n'a voulu révoquer son premier testament, qu'autant que le second seroit valable, pouvoit être vrai dans le droit Romain, où c'étoit une espèce de déshonneur de mourir *intestat*, et où d'ailleurs l'existence seule d'un second testament suffisoit pour emporter révocation totale du premier. On ne présumoit jamais qu'une personne avoit voulu mourir sans avoir disposé de ses biens; et d'après cela, l'on devoit supposer que la révocation du premier testament étoit subordonnée à la validité du second, *quod ità demùm* (dit la loi 18, ff. *de Legatis*, 3°.) *à priore testamento velim recedi, si posterius valiturum sit.* Et ce qui prouve que tel est le seul motif du Jurisconsulte dans ladite loi 18, c'est la décision donnée dans la loi 36, §. 3, ff., *de Testam. milit.*, dont voici l'espèce: Un vétéran avoit fait, pendant qu'il servoit, son testament, *jure communi.* En mourant, il déclare, mais sans aucune solennité, qu'il veut l'annuller et mourir *intestat.* Le Jurisconsulte décide que le testament doit subsister, quant aux institutions d'héritier, mais non quant aux legs; et que, si les légataires agissent contre l'héritier, celui-ci pourra les repousser par l'exception du dol, *ex eo quod dolo agunt, qui contrà voluntatem defuncti petunt legata:* preuve bien évidente de la différence importante que les Romains établissoient entre les legs et l'institution d'héritier.

Au surplus, ces motifs sont bien loin d'exister dans notre droit, où les testamens et les institutions d'héritier ne sont pas, à beaucoup près, regardés aussi favorablement que chez les Romains. Quant à l'exemple proposé, j'avoue que l'argument qu'on en tire seroit de la plus grande force, si je prétendois que par cela seul qu'il existe une révocation dans un second testament, le premier se trouve pleinement et indéfiniment révoqué; mais ce n'est pas là mon système. Je me reporte entièrement au texte de la loi: et voici comme je raisonne à ce sujet.

L'article 1035 dit expressément que les testamens peuvent être révoqués par tout acte devant notaires, *portant déclaration de changement de volonté*: pour qu'il y ait révocation, il faut donc qu'il y ait changement de volonté. Or, peut-on dire qu'il y a changement de volonté, à l'égard des dispositions du premier testament, qui se trouvent maintenues par le second? Et même à l'égard

BIU Cujas

de celles qui sont seulement modifiées, comme la révocation peut n'être que partielle, l'on peut dire qu'il n'y a pas changement de volonté, jusqu'à concurrence de la quotité pour laquelle la première disposition est maintenue. Ainsi, soit un premier testament ainsi conçu :

« J'institue Pierre mon légataire universel ;

« Je lègue trois mille francs à Paul, deux mille francs à Jacques, et quinze « cents francs à Guillaume. »

Depuis, le testateur, changeant de volonté sur quelques points, fait un second testament contenant révocation du premier, et, en outre les dispositions suivantes :

« J'institue Paul mon légataire universel ;

« Je lègue trois mille francs à Pierre, deux mille francs à Guillaume, et « quinze cents francs à Nicolas. »

Ce second testament se trouve nul, comme testament, quoiqu'il puisse valoir comme acte notarié. Sans doute, si je prétendois qu'il a révoqué en entier le premier, je donnerois la plus grande force à l'objection ci-dessus, qui me paroîtroit alors insoluble. Mais je suis loin, comme je l'ai dit, d'adopter cette opinion ; et voici comme je raisonne :

Aux termes de l'article 1035, il n'y a révocation que quand il y a déclaration de changement de volonté. En conséquence, j'examine quelles sont les dispositions du premier testament, à l'égard desquelles il y a, dans le second, changement total ou partiel de volonté.

Je prends d'abord le legs universel fait à Pierre. Je vois que, par le second acte, il est réduit à trois mille francs. Je le regarde donc comme révoqué, en tant qu'il excède trois mille francs. (*Nota.* Il est bien entendu que je suppose dans l'espèce, le legs universel d'une valeur supérieure à trois mille francs.)

Je prends ensuite le legs de trois mille francs fait à Paul. Y a-t-il, à son égard, volonté contraire? Non, sans doute, puisque par le second acte il est institué légataire universel. Le legs de trois mille francs n'est donc pas révoqué.

Même raisonnement pour Guillaume, qui touchera ses quinze cents francs.

Quant à Jacques et Nicolas, ils n'auront rien à prétendre, savoir : Jacques, parce que la révocation a tout son effet à son égard, puisqu'il n'est pas nommé dans le second acte ; et Nicolas, parce qu'il ne peut rien réclamer qu'en vertu du second acte, qui est nul, comme acte de disposition.

L'on voit que, par cette explication, qui paroît dictée par les simples lumières de la raison, et qui n'est nullement en contradiction avec le texte de l'article 1035, l'objection s'évanouit entièrement, puisque je donne au premier testament tout l'effet qu'il peut avoir, relativement aux dispositions à l'égard desquelles le testateur a conservé, ou n'a fait que modifier ses premières intentions. En un mot, supposons un instant, qu'au lieu de faire un testament,

BIU Cujas

le testateur a déclaré dans un simple acte notarié, qu'il entendoit révoquer partiellement son premier testament; qu'en conséquence il révoquoit, purement et simplement, le legs fait à Jacques, ainsi que celui fait à Pierre, en tant qu'il excédoit trois mille francs, etc.: pourroit-on contester une pareille révocation? non, sans doute; car la loi qui permet au testateur de révoquer son testament en entier, lui permet également de le révoquer en partie. Et, parce qu'il aura ajouté à cette révocation bien formelle, bien expresse, quelques autres dispositions qu'il ne pouvoit faire par le même acte, on en conclura que la révocation est nulle, et que les premières dispositions doivent être maintenues! Encore une fois, n'est-ce pas le cas d'appliquer la maxime: *Utile per inutile non vitiatur.*

Nota. Un arrêt d'Aix, du 20 avril 1809 (Sirey, 1813; 2e. part., p. 342), paroît avoir décidé qu'un acte, nul comme testament, étoit également nul comme acte de révocation. Mais comme, dans l'espèce, c'étoit la même personne qui étoit instituée dans les deux testamens, on n'en peut rien conclure contre notre système.

Un arrêt de Douai du 26 février 1809, a jugé dans le sens des distinctions que je viens d'établir, et le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté le 23 janvier 1810. (Sirey, 1810; 1re. part., pag. 127.)

Quid, si le second testament, nul comme tel, mais valable comme acte révocatoire, ne contient qu'une révocation tacite, *putà*, parce qu'il renferme des dispositions contraires à celles du premier, le premier est-il révoqué, comme dans le cas de la révocation expresse? On peut dire pour l'affirmative que la révocation tacite doit avoir autant d'effet que l'expresse. Mais l'on peut répondre que la révocation tacite a effectivement le même effet que la révocation expresse. Mais il y a cette différence néanmoins, que la révocation expresse existe par elle-même, et indépendamment de toute autre disposition. Il suffit donc qu'elle soit prouvée dans la forme qui lui convient. Mais la révocation tacite n'existe pas par elle-même. Elle résulte d'autres dispotions. Pour qu'elle soit prouvée, il faut donc que les dispositions dont on la fait résulter, le soient également. Or, des dispositions testamentaires ne peuvent être prouvées que dans les formes testamentaires. Si l'acte qui les contient, est nul comme testament, il en résulte nécessairement la nullité de toutes les dispositions testamentaires qui y sont contenues, et par suite de la révocation tacite qui n'en est que la conséquence.

Quid, dans l'espèce suivante? Un testateur a révoqué son premier testament, par un second qui est valable. Il révoque ensuite le second par un simple acte notarié, dans lequel il déclare que son intention est que le premier ait son effet. *Quid juris?* Quelques personnes ont pensé que la succession devoit être déférée *ab intestat*, et que les deux testamens étoient nuls, savoir: le second, parce qu'il étoit révoqué par un acte en forme; et le premier, parce

BIU Cujas

qu'ayant été une fois annullé par la révocation contenue dans le second testament fait valablement, il ne pouvoit revivre que par une nouvelle manifestation de la volonté du testateur, exprimée dans les formes requises pour les dispositions testamentaires. Je pense que le contraire de cette opinion a été décidé en droit Romain, où les dispositions relatives aux testamens étoient peut-être encore plus rigoureuses que chez nous. Voici, en effet, l'espèce posée par PAPINIEN, dans la loi 11, §. 2, ff. *de Bonorum Possessione secundùm tabulas.*

Un père de famille fait son testament; il se donne en adrogation, est émancipé, et meurt. PAPINIEN décide que l'héritier institué ne peut réclamer l'exécution du testament qui a été annullé par l'adrogation du testateur. « Il « en seroit autrement, dit-il, si le testateur avoit, par un acte quelconque, « *codicillis aut aliis litteris*, manifesté l'intention que son testament fût « valable. Dans ce cas, sa volonté qui avoit changé, est censée renouvelée par « sa déclaration. *Voluntas quæ defecerat, judicio recenti rediisse intel-* « *ligitur.* » PAPINIEN compare ce cas à celui où un testateur, après avoir fait un deuxième testament, ce qui, chez les Romains, emportoit de plein droit révocation du premier, auroit ensuite détruit ce second testament, en laissant subsister le premier. Il se fait ensuite l'objection sur laquelle repose précisément le système que nous combattons. « Mais alors, dit-il, n'est-ce pas fonder « un testament sur une simple déclaration de volonté, *nudâ voluntate*, « tandis que cette déclaration doit être entourée d'un grand nombre de for- « malités, toutes rigoureusement requises par la loi? Non, répond-il: *nec* « *putaverit quisquam nudâ voluntate constitui testamentum.* Car il ne « s'agit point ici du droit ou de la validité du testament, mais de l'effet de « l'exception que l'on peut opposer à l'héritier institué: *Non enim de jure* « *testamenti maximè quæritur, sed de viribus exceptionis.* » Ce qui a besoin d'être expliqué. C'est comme si PAPINIEN avoit dit:

« Quand l'héritier institué demandera la possession des biens en vertu du « premier testament, si on lui oppose l'exception tirée du changement de vo- « lonté, il détruira cette exception, en disant que le changement de volonté « n'existe pas, puisque le testateur a manifesté depuis une volonté contraire. « Les juges n'auront donc point à examiner la validité du testament, *non de* « *jure testamenti quæritur*, mais seulement la valeur de l'exception opposée « à la demande de l'héritier, *sed de viribus exceptionis*: et comme il sera « prouvé que le changement de volonté n'a pas persévéré jusqu'à la mort, « l'exception ne sera pas admise, et par conséquent le testament aura son « effet. »

Il me semble que cette décision de PAPINIEN est parfaitement applicable à l'espèce proposée. *Sic* jugé en Cassation, le 4 décembre 1811. (SIREY, 1812; 1re. part., pag. 129.)

BIU Cujas

Cette loi est expliquée par RICARD, *des Donations*, part. 3, n°. 178. Mais malgré tout le respect que j'ai pour la sagacité de cet auteur, je pense qu'il a mal saisi le sens des dernières paroles de PAPINIEN, et que l'on doit s'en tenir à l'explication que nous venons de donner, et qui est conforme à celle de POTHIER, dans sa note sur ladite loi.

PAGE 97.

(1) *Portant déclaration du changement de volonté.* Observez que l'acte de révocation peut être fait et expédié sur la même feuille que le testament même. (*Décret du* 15 *juin* 1812, *Bulletin*, n°. 8023.)

(2) *Où il ne puisse plus être regardé comme tel ;* et, dans ce cas, la révocation est totale, par exemple, si le testateur a bâtonné ou déchiré son testament; s'il a déchiré l'enveloppe du testament mystique. Si cependant ce testament étoit entièrement écrit, daté, et signé de sa main, il pourroit valoir comme olographe, à moins qu'il ne fût prouvé qu'en lui ôtant le caractère de testament mystique, l'intention du testateur a été de l'anéantir tout-à-fait.

Quid, si le fait d'où peut résulter la révocation, est l'effet du hasard? C'est alors une question de fait. Ce sera au juge à décider d'après les circonstances, si l'accident est tel qu'il en puisse résulter quelque doute sur la véracité ou la sincérité du testament. Dans le cas de la négative, il doit en ordonner l'exécution.

Remarquez 1°. que si le testament est olographe, le testateur peut, sans anéantir entièrement son testament, se contenter de raturer ou d'effacer celles de ses dispositions qu'il veut anéantir; et alors il n'y a que celles qui sont raturées ou effacées, qui soient anéanties.

2°. Qu'il peut arriver que la disposition doive être présumée révoquée, par cela seul qu'une autre disposition l'a été, lorsque cette dernière est évidemment corélative avec la première. C'est la décision de la loi 25, ff. *de adim. vel. transfer. leg.*, dont l'explication fera connoître comment cette règle peut être appliquée.

Dans l'espèce de cette loi, un testateur avoit institué deux héritiers, et légué à l'un d'eux un fonds par préciput. Il avoit ensuite légué à l'autre, aussi à titre de prélegs, une créance qu'il avoit contre un tiers, mais seulement jusqu'à concurrence de la valeur du fonds légué au premier. Depuis son testament, et sans avoir aucun sujet de haine ni d'animosité contre le premier prélégataire, il avoit aliéné le fonds qui lui étoit légué. Le jurisconsulte décide que l'autre héritier ne peut réclamer le legs de la créance; et le motif de cette décision est, que ce dernier legs ayant eu évidemment pour but d'égaler les deux légataires, l'intention du testateur ne seroit pas remplie, si l'un eût pu exiger le prélegs, tandis que celui de l'autre se trouvoit révoqué par l'aliénation du fonds légué.

BIU Cujas

Cette décision est admise par RICARD, part. 3, n°. 253, et le seroit certainement dans notre droit.

3°. Que le legs est également éteint, s'il a été fait pour indemniser le légataire d'une charge qui lui avoit été imposée par le testateur, et qui depuis a été transférée à un autre, comme s'il a été fait un legs à l'exécuteur testamentaire, avec l'énonciation formelle que c'étoit pour l'indemniser des peines et soins que lui donneroit l'exécution, et que, depuis, cette exécution ait été transférée à un autre. Mais, dans ce cas, le legs passe-t-il au deuxième exécuteur? Non, à moins que le testament ne contienne quelque disposition d'où l'on puisse inférer que le testateur a eu l'intention de le lui transmettre.

(3) *Ou qui leur sont contraires.* Le premier testament contient cette disposition : *Je lègue ma maison de ville à Pierre.* Le second contient celle-ci : *Je lègue ma maison de ville à Paul.* Le premier legs est révoqué. *Secùs*, si les deux legs étoient faits par le même acte : car alors les deux légataires seroient censés conjoints. (Art. 1045.)

Quid, si l'usufruit seulement de la maison a été légué à Paul par le second testament? Le legs fait à Pierre est révoqué pour l'usufruit seulement.

Quid, si une somme est léguée à Pierre par un premier testament, et qu'il lui soit légué une somme pareille ou différente par un second testament, qui ne contient pas révocation du premier? *Voyez* ci-dessus la note (4) de la page 256.

Quid, si un fonds a été légué par un premier testament, et une somme d'argent au même légataire par un second? Je pense que, sauf la preuve de l'intention contraire du testateur, les deux legs sont dus. *Nec obstat* la loi 6, ff. *de adim. Legatis*, dans laquelle il est dit que, *si pro fundo res legata sit, fundus ademptus intelligitur.* Car l'on suppose dans cette loi que *res pro fundo legata est*, c'est-à-dire, que le testateur a dit : *Au lieu du fonds que j'ai légué à Paul, je lui laisse telle chose.* Il est évident que, dans ce cas, le legs du fonds est révoqué. C'est ainsi que cette loi est expliquée par POTHIER dans ses Pandectes.

Quid, si deux personnes ont été instituées légataires universels par deux testamens différens? Il faut, avant tout, consulter l'intention du testateur. Si on ne peut la découvrir, je pense que le premier legs est révoqué. Ce n'est pas qu'il soit impossible qu'il y ait tout-à-la-fois deux légataires universels. L'article 1003 le suppose au contraire formellement. Mais je pense qu'il faut entendre cet article du cas où ils ont été institués tous deux par le même testament. En effet, il est dans la nature des choses qu'il n'existe qu'un légataire universel. Quand le testateur en a institué deux par le même testament, il a alors manifesté formellement l'intention de diviser le profit du legs entre deux personnes, avec droit d'accroissement. Mais quand il les a institués séparément, et par deux actes distincts, il n'y a plus de volonté exprimée, et l'on rentre dans

BIU Cujas

la règle naturelle dont nous venons de parler, et d'après laquelle on ne peut avoir en général qu'un légataire universel. En seroit-il de même, si l'un des deux testamens contenoit un legs universel, et l'autre un legs à titre universel? Je pense qu'il faudroit distinguer : Si le legs universel étoit contenu dans le premier testament, il seroit diminué du montant de la quote attribuée dans le second au légataire à titre universel. Mais si le legs universel étoit dans le deuxième testament, je pense que l'on devroit regarder le legs à titre universel comme annullé, et ce, pour les raisons qui viennent d'être déduites, relativement au cas précédent. Il est possible, mais il n'est pas ordinaire, que l'on fasse tout-à-la-fois un légataire universel, et un légataire à titre universel.

Quid si, après avoir fait son testament, le testateur fait une institution contractuelle universelle? Le précédent testament est révoqué. *Sic* jugé avec raison à Paris le 2 février 1813, et en Cassation le 16 novembre suivant. (Sirey, 1814; 1re. part., pag. 99.) Il y a ici incompatibilité, puisque, aux termes de l'article 1083, cette espèce d'institution ôte à l'instituant la faculté de disposer à titre gratuit. *Nec obstat* que, dans l'espèce, le testament étoit antérieur. Car nous avons vu que relativement à la capacité de disposer, c'est toujours le moment du décès qu'il faut considérer. Or, à cette époque, le testateur s'étoit interdit le droit de disposer à titre gratuit.

(4) *Ou le refus du second légataire.* Il en seroit de même, si c'étoit par son indignité, son prédécès.

(5) *Lorsque le testateur a aliéné la chose léguée.* S'il ne l'a aliénée qu'en partie, le legs subsiste pour le surplus. (L. 8, ff. *de Legatis*, 1°.) Il en est de même, s'il l'a grevée de droits réels qui constituent ce que nous appelons des démembremens de propriété. La chose passe au légataire avec ses charges, et sans recours. Il en seroit autrement, comme nous l'avons vu, si c'étoit un droit d'hypothèque.

Autrefois on distinguoit entre l'aliénation volontaire et l'aliénation nécessaire. Quand elle avoit été volontaire, elle emportoit révocation : *secùs*, quand elle avoit été nécessaire; *putà*, quand un fonds avoit été légué, et acquis ensuite par le Gouvernement, pour un objet d'utilité publique. Cette distinction auroit-elle encore lieu aujourd'hui? Je ne le pense pas; non pas peut-être par une présomption de changement de volonté, mais parce qu'actuellement on ne peut léguer la chose d'autrui. Par conséquent il suffit que la chose ne se trouve plus dans les biens du défunt au moment de la mort, pour que le légataire n'ait rien à prétendre.

(6) *Ou avec faculté de rachat.* Ainsi, le légataire ne pourra pas même réclamer le droit d'exercer, à ses frais, la faculté de rachat. D'après ce principe, je pense qu'il faudroit décider, contre l'opinion d'un auteur moderne, que la donation ou le legs, sous condition, de la chose léguée par un premier testament, emporteroit révocation du legs, quand même la condition viendroit à défaillir.

BIU Cujas

En vain diroit-on que la condition étant défaillie, l'aliénation est censée n'avoir jamais eu lieu. Car il en est de même, lorsque l'aliénation est résolue ou déclarée nulle; et cependant le legs n'en est pas moins révoqué.

(7) *Pour défaut d'accomplissement des charges, etc., et pour cause d'ingratitude.* Ces deux causes de révocation auront, à l'égard des tiers, le même effet que lorsqu'il s'agit des donations entre-vifs. (*Voyez* les articles 954 et 958.)

(8) *S'il a commis une injure grave envers sa mémoire.* Le défaut de dénonciation du meurtre du défunt seroit-il regardé comme une cause de révocation? Je serois d'autant plus porté à le croire, que sous le rapport de l'indignité, la loi traite les donataires plus sévèrement que les héritiers légitimes. Voyez ci-dessus la note (7) de la page 75. Mais néanmoins je pense aussi que cette cause ne doit être appliquée qu'aux légataires que la loi assimile aux héritiers, c'est-à-dire, au légataire universel, dans le cas où il est saisi, et à l'institué contractuellement.

L'on regardoit anciennement comme indigne des libéralités de son époux défunt, la femme qui vivoit dans le libertinage pendant l'année de son deuil. (Ricard, *des Donations*, partie 3, n°. 226 et suivans.) Comme rien dans le Code n'annonce qu'on ait eu l'intention de conserver l'ancien droit à cet égard, je ne crois pas que cette disposition, quoique très-morale, puisse être appliquée maintenant.

(9) *A compter du jour du délit.* Dans quel délai la révocation doit-elle être demandée pour les autres causes? Je pense qu'il faut distinguer: Si la cause d'indignité est proposée par voie d'exception, le droit de l'héritier dure autant que l'action: *Temporalia ad agendum, perpetua ad exipiendum.* Mais si la délivrance du legs a été faite avant que la cause d'indignité fût connue, ou s'il n'y a pas eu lieu à délivrance, *putà*, si c'étoit un legs universel, qu'il n'y eût pas de légitimaire, et que le légataire se soit mis en possession, je pense que l'action ne doit durer qu'un an, à compter du moment où la cause d'indignité a pu être probablement connue des héritiers. (Argument tiré de l'art. 957.)

Les legs seroient-ils révoqués pour cause de survenance d'enfans au testateur? Je pense qu'il faut distinguer. Si le testateur n'a pas connu la naissance ou la grossesse, assez à temps pour qu'il ait pu révoquer son testament, les dispositions doivent être annullées, sauf au juge à ordonner l'exécution de celles qui, d'après les circonstances, seroient jugées telles, que l'on pût présumer que le testateur les auroit toujours faites, quand même il auroit connu la grossesse. (*L.* 36, §. 2, ff. *de Testam. milit.*) La décision de cette loi est d'autant plus précieuse, que l'on sait avec quelle faveur les testamens militaires étoient regardés chez les Romains. De-là on doit conclure que si le testateur, connoissant la grossesse, a pu révoquer son testament, et ne l'a pas fait, il doit être exécuté. (Voyez l'arrêt dit *de la Poupelinière*, rapporté dans l'ancien Dénisart, v°. *Révoca-*

BIU Cujas

tion de Testament, nº. 3.) Il a été jugé dans le même sens au parlement de Rouen, le 20 décembre 1725. L'arrêt est rapporté par l'annotateur de Ricard, dans ses additions sur la sect. 4 du chap. 5, *des Donations*, part. 3.) L'on s'est pourvu en Cassation contre ces deux arrêts, et les pourvois ont été rejetés.

Mais, dira-t-on, les donations entre-vifs sont révoquées de plein droit par la naissance d'un enfant au donateur : pourquoi n'en seroit-il pas de même des legs? La raison de différence consiste en ce que, la donation étant irrévocable, tant de la part du donateur que de celle du donataire, il a bien fallu que la loi intervînt en faveur des enfans. Au contraire, les dispositions testamentaires sont révocables *ad nutum*. Le testateur est donc le maître de les anéantir ; et s'il ne l'a pas fait depuis qu'il a eu connoissance de la grossesse, il est présumé avoir voulu les maintenir.

Page 98.

(1) *Ou autres papiers concernant la succession.* Si le paquet paroît, par sa suscription ou par quelqu'autre renseignement, appartenir à des tiers, le président ordonne que ces tiers seront appelés à jour fixe. Au jour indiqué, il fait l'ouverture en leur présence, ou à leur défaut; et si les paquets sont étrangers à la succession, il les remet aux parties intéressées, si elles sont présentes, sans en faire connoître le contenu : si elles ne sont pas présentes, il les cachète de nouveau, pour leur être remis à leur première réquisition. (*Procéd.* 919.)

(2) *De ceux des notaire et témoins.* Il y a dans le texte *des notaires*, au pluriel. Mais il est évident que c'est une faute d'impression; il n'y a qu'un notaire employé dans l'acte de suscription du testament mystique.

(3) *Ou substitutions fidéicommissaires.* Ricard a fait un traité particulier *des Substitutions* directes et fidéicommissaires. Il se trouve dans la collection de ses OEuvres. (*Voir* aussi un petit Traité de Pothier, *sur les Substitutions fidéicommissaires*, qui se trouve dans ses OEuvres posthumes.)

Page 99.

(1) *Ne voudroit, ou ne pourroit pas recueillir.* Exemple : *Je lègue ma maison à Pierre. Si Pierre ne recueille pas le legs, je la lègue à Paul. Quid*, si le testateur avoit dit : *Je lègue ma maison à Pierre, et lui substitue Paul.* De quelle substitution le testateur doit-il être présumé avoir entendu parler? Je pense que cela doit s'entendre de la substitution vulgaire. On ne doit pas présumer que le testateur ait voulu faire une disposition prohibée. D'ailleurs, dans le doute, l'acte doit être interprété, *ut valeat, potiùs quàm ut pereat.* De même s'il est dit : *Je donne et lègue* 10,000 *fr., à Pierre et à Paul, chacun pour moitié, à la charge qu'en cas de décès de l'un d'eux, le tout appartiendra ou retournera à l'autre* : cette disposition devra être entendue pour le cas où le décès de l'un des légataires arriveroit avant celui du testateur; et

BIU Cujas

conséquemment, pour leur assurer le droit d'accroissement, qui auroit pu être contesté à cause de ces mots, *chacun pour moitié.*

Mais si ces derniers mots, *chacun pour moitié*, n'existoient pas dans la disposition, ne pourroit-on pas prétendre qu'il y a nécessairement substitution fidéicommissaire, parce qu'autrement, la réversibilité établie par le testateur, n'auroit aucun sens, puisqu'elle auroit lieu de droit, et sans nulle controverse? Je ne le pense pas encore. On doit croire que le testateur a voulu expliquer clairement et formellement sa volonté (art. 1164), peut-être même qu'il ignoroit la loi, plutôt que de présumer qu'il a voulu faire une disposition prohibée; en un mot, il faut appliquer à toutes ces questions, le principe général que, si, de plusieurs sens que présente une disposition, il en est un dans lequel elle donne un résultat licite, on doit toujours penser que c'est celui que le testateur a eu en vue. (Argument tiré de l'article 1157.) *Voir* un arrêt de Paris, du 12 mars 1813. (Sirey, 1815; 1re. partie, pag. 14.)

Quid, si plusieurs sont institués pour portions inégales, et qu'ils soient substitués vulgairement les uns aux autres, sans expression de parts; *putà*: *J'institue Pierre, Paul et Jean, mes légataires à titre universel; savoir, Pierre pour un quart, Paul pour un tiers, et Jean pour les cinq douzièmes de ma succession, et je les substitue réciproquement l'un à l'autre.* Paul meurt avant le testateur: dans quelle proportion sa part appartiendra-t-elle à Pierre et à Jean? Appliquez la règle; *partes expressæ in institutione, repetitæ censentur in substitutione.* (Instit. *de vulg. substit.*, §. 2.) En conséquence, la part de Jean étant à celle de Pierre, comme cinq est à trois, on fera de la portion de Paul, huit parts, dont trois appartiendront à Pierre, et le surplus à Jean.

La règle posée dans le §. 3, Instit. *eod. Tit.; substitutus substituto censetur substitutus instituto*, seroit, sans doute, également admise dans notre droit. Espèce: *J'institue Primus, Secundus, et Tertius, mes légataires universels. Si Primus ne recueille pas, je lui substitue Secundus; si Secundus ne recueille pas, je lui substitue Quartus.* Si Primus et Secundus ne recueillent pas, leurs parts appartiendront en totalité à Quartus; car étant substitué à Secundus, qui l'étoit lui-même à Primus, il est censé substitué également à Primus.

Les enfans mis dans la condition, sont-ils censés mis dans la disposition? Par exemple: *J'institue Primus mon légataire universel; et s'il meurt avant moi sans enfans, je lui substitue Secundus.* Primus meurt avant le testateur; mais il laisse des enfans. Ceux-ci sont-ils censés substitués vulgairement à leur père? Il paroît qu'anciennement on tenoit la négative, parce que, disoit-on, *conditio non disponit.* (Ricard, *des Substit.*, partie 1re., no. 455.) En conséquence, dans l'espèce, l'institution seroit nulle, attendu le prédécès de l'institué. La substitution le seroit également, attendu le défaut de la condition,

BIU Cujas

et la succession seroit déférée *ab intestat*. J'avoue que j'ai toujours eu beaucoup de peine à adopter cette opinion; la décision contraire me semble tellement conforme à l'intention présumée du testateur; il est si naturel de penser qu'il a eu en vue de gratifier les enfans de son légataire, que j'ai toujours été étonné de voir la question résolue dans un autre sens par des auteurs dont je respecte d'ailleurs le savoir éminent; et je ne vois pas pourquoi l'on ne suivroit pas à cet égard la décision de la loi 85, ff., *de hered. Instit.*, qui, dans une espèce absolument semblable, prononce que le testateur est censé avoir préféré au substitué, non seulement l'institué, mais encore les enfans de ce dernier : *non enim fratrem solùm prætulit substitutis, sed et ejus liberos.*

(2) *L'héritier institué.* Pourquoi l'article n'a-t-il pas dit simplement *l'héritier?* C'est que la disposition n'auroit pas de sens à l'égard de l'héritier légitime. En effet, il est dit que la disposition est nulle, même à l'égard de celui qui est chargé de conserver; c'est-à-dire, que celui-là même ne peut en profiter. Or, cela ne peut s'appliquer à l'héritier légitime, même chargé de conserver. Car, comme tous les biens à l'égard desquels il a été fait des dispositions nulles, tombent dans la succession *ab intestat*, quand il n'y a pas de légataires universels, ou à titre universel, il est impossible que l'héritier ne profite pas de la disposition, non pas à la vérite comme grevé, mais comme héritier légitime.

Si cependant ce que l'héritier légitime est chargé de conserver et de rendre, excédoit sa part héréditaire, comme il seroit vraiment légataire pour l'excédant, la disposition seroit nulle pour cet excédant, qui rentreroit alors dans la masse, pour être partagé par égales portions entre tous les héritiers légitimes.

Nota. Celui qui est chargé de conserver et de rendre, se nomme *le grevé*; et celui auquel on doit rendre, se nomme *l'appelé.*

(3) *A un tiers. Secùs*, si c'est au donateur : nous avons vu que celui-ci pouvoit stipuler le droit de retour, quelle que soit la personne du donataire.

(4) *Est chargé de rendre de suite.* Exemple : *Je lègue tout mon mobilier à Pierre, et je le charge de donner ma bibliothèque à Paul.*

Quid, si la charge de rendre étoit subordonnée à une condition : *putà : Je donne tous mes immeubles à Pierre, et je le charge de donner ma maison de campagne à Paul, si tel événement arrive?* Cela doit être assimilé à un legs conditionnel; et sous ce rapport, la disposition est valable. *Voyez* ci-après le cinquième alinéa de la note suivante. Cependant le contraire paroît avoir été jugé à Nîmes, le 11 août 1812. (SIREY, 1814; 2e. partie, pag. 85.) Mais je n'en persiste pas moins dans mon opinion. Car, ou il faut admettre cette disposition comme valable, ou annuller tous les legs conditionnels, contre le texte formel du Code. Or, les legs conditionnels une fois admis, qu'importe qu'ils soient payables par un légataire, ou par l'héritier *ab intestat?*

(5) *Même à son égard*, c'est-à-dire que le donataire, le légataire, ou l'hé-

BIU Cujas

ritier institué, ne peuvent pas recueillir la disposition, qui rentre alors dans la masse de la succession. On n'a pas même voulu laisser subsister la disposition principale, parce qu'on a craint que, si le légataire avoit une conscience scrupuleuse, il ne se crût obligé de se conformer aux intentions du testateur, et que la circulation des biens ne se trouvât par là entravée, au moins de fait. C'est une exception au principe de l'article 900; car, suivant cet article, la charge de conserver eût dû être réputée non écrite, et la disposition principale eût dû être exécutée.

Il en seroit de même de la défense d'aliéner, de l'ordre de conserver dans la famille, et autres semblables dispositions.

Quid, de cette disposition: *Je donne et lègue à Pierre, à la charge par lui de rendre tout ou partie du legs à celui de ses enfans qu'il voudra choisir?* S'il est chargé de rendre de suite, la disposition est valable; *secùs*, si c'est après un certain temps, parce qu'alors il est chargé de conserver.

Quid, si le légataire a le droit de vendre, aliéner, etc., irrévocablement, mais est seulement prié de laisser à telle personne ce qui restera en nature à son décès? Je crois la disposition valable. Il n'y a point charge de conserver. La circulation des biens n'est pas entravée. Par la même raison, la défense faite par le donateur de disposer par testament des objets donnés, ne me paroît pas emporter charge de conserver, puisque le donataire peut aliéner de son vivant.

Il existe dans le droit, des dispositions qui ont beaucoup de rapport avec les substitutions, telles qu'elles sont définies dans l'article 896. Ce sont les legs conditionnels, dans lesquels il y a toujours charge de conserver; car, tant que la condition n'est pas accomplie, l'héritier est bien propriétaire de la chose léguée; mais toutes les aliénations sont résolubles, pour le cas où la condition viendra à s'accomplir. Soit, par exemple, le legs d'une maison, fait à un enfant d'un an, s'il parvient à sa majorité; il est certain que, tant que l'enfant vit et n'est pas majeur, la propriété n'est que précaire dans la main de l'héritier, et que toutes les aliénations qu'il peut en faire, seront résolues, si l'enfant devient majeur. Cependant le Code a conservé les dispositions conditionnelles. Cela résulte évidemment de l'art. 1040. De-là il suit qu'il est souvent difficile de déterminer si la disposition est conditionnelle, et par conséquent valable, ou si elle renferme une substitution; ce qui en emporte la nullité. Il est difficile de donner des règles certaines sur ce point, dont la décision rentre le plus souvent dans le domaine du juge. Cependant l'on peut dire d'abord, en principe, et conformément à l'art. 1157 du Code, que, dans le doute, la disposition doit être présumée conditionnelle: *Intelligendus est actus potiùs ut valeat, quàm ut pereat.* En conséquence, il a été jugé, et avec raison, à Bruxelles, le 13 décembre 1809 (Sirey, 1810, 2e. partie, page 227), que la disposition suivante ne contenoit pas substitution, mais bien des legs conditionnels.

BIU Cujas

« Je donne et lègue à Pierre telle chose en propriété ; mais si ma fille « parvient à sa majorité, j'entends que ledit legs se convertisse en un legs « d'usufruit, et que la nue propriété appartienne à ma fille. »

En effet, c'est comme si le testateur avoit dit :

« Je donne à Pierre l'usufruit de telle chose :

« Je donne à ma fille la nue propriété de la même chose, si elle parvient à « l'âge de vingt-un ans ;

« Enfin, je donne à Pierre cette nue propriété, si ma fille meurt avant vingt- « un ans. »

Or, de ces trois dispositions, la première est un legs pur et simple, et les deux autres sont des legs conditionnels.

D'après ces principes, que doit-on décider sur la question suivante ?

Un testateur institue Pierre son légataire universel. Il lègue à Jacques et à Jean vingt mille francs, dans le cas où Pierre viendra à mourir avant l'âge de vingt-quatre ans : y a-t-il substitution ? L'affirmative a été décidée par arrêt de la Cour d'appel d'Aix, du 5 juin 1809 ; et le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté le 8 juin 1812. (Sirey, 1812, 1re. part., page 363.) Malgré ces autorités, il m'est impossible de voir dans cette disposition autre chose qu'un legs conditionnel. On s'est fondé principalement sur ce que le legs universel fait à Pierre comprenoit la somme léguée à Jacques et à Jean ; et l'on en a conclu que Pierre étoit obligé de conserver cette somme, et de la rendre aux légataires, si la condition venoit à s'accomplir. Mais en est-il autrement dans tous les legs conditionnels ? Supposons que, dans l'espèce, le testateur eût institué légataire universel tout autre que Pierre, Guillaume, par exemple, et qu'il eût fait le legs de vingt mille francs au profit de Jacques et de Jean, pour le cas où Pierre mourroit avant vingt-quatre ans. Rien, dans le Code, ne défend de faire de l'événement de la mort d'un tiers, l'objet d'une condition. Or, dans cette hypothèse, la somme léguée n'eût-elle pas fait partie du legs universel ; et, par conséquent, Guillaume n'eût-il pas été obligé de la conserver, jusqu'à ce que Pierre eût vingt-quatre ans, ou jusqu'à son décès arrivé avant cette époque ? Et cependant auroit-on pu dire qu'il y avoit substitution en général, dans tous les legs faits sous une condition dont l'événement se reporte à une époque postérieure au décès du testateur, l'héritier légitime, ou institué, n'est-il pas tenu de conserver la chose léguée jusqu'à l'événement de la condition ? Sa propriété et celle du légataire ne sont-elles pas jusque-là *in suspenso* ? Décidera-t-on pour cela qu'il y a substitution dans le sens de l'art. 896 ? Si cela est, il faut rayer les articles du Code qui permettent de faire des legs conditionnels. Or, s'il n'y a pas substitution dans l'espèce, en existe-t-il davantage, parce que c'est la mort même du légataire universel qui est l'objet de la condition ?

Mais, dira-t-on, d'après ce système, toutes les substitutions pourront être

BIU Cujas

regardées comme des dispositions conditionnelles, et l'art. 896 sera éludé. Je conviens que la nuance qui distingue ces deux espèces de dispositions, n'est pas facile à saisir; cependant il importe de l'établir : car il est certain que si, d'un côté, le Code prohibe les substitutions; de l'autre, il permet les legs conditionnels. Pour concilier ces différentes dispositions, je pense qu'il faut consulter l'esprit du Législateur, et surtout l'intention qu'il a eue en rédigeant l'art. 896. Qu'avoit-il en vue? Il est certain qu'il vouloit abolir les anciennes substitutions, c'est-à-dire, les dispositions par lesquelles le donataire étoit chargé de conserver pendant toute sa vie, et de rendre, à sa mort, à une ou plusieurs personnes nées ou à naître. On ne peut nier que ce n'ait été là les dispositions que l'on a entendu abroger. D'après cela, voici quelques-unes des circonstances qui peuvent servir à décider s'il y a substitution ou legs conditionnel.

1°. On pouvoit substituer une personne à naître : le légataire devoit être au moins conçu au moment du décès du testateur. Si donc la seconde disposition est faite au profit d'une personne non-conçue, il est certain qu'il y a substitution; on pourra même le présumer, sauf la preuve contraire, si cette personne n'étoit pas conçue au moment du testament, quand même elle le seroit au moment du décès, parce qu'il est rare qu'on se montre bienfaisant envers quelqu'un qu'on ne connoît pas, et qui n'existe même pas encore.

En second lieu, dans l'ancienne législation, la restitution des biens n'avoit lieu qu'à la mort du grevé, qui restoit conséquemment toute sa vie dans une espèce d'interdiction, relativement aux biens substitués. Si donc la condition apposée à la disposition, dans le droit actuel, étoit susceptible de défaillir du vivant du premier donataire, alors la disposition n'est pas du nombre de celles que le Législateur a entendu proscrire.

Tels sont les principes qui me paroissent devoir être établis, pour distinguer les substitutions des legs conditionnels, et pour concilier l'article qui prohibe les premières, avec ceux qui autorisent formellement les seconds. Or, en appliquant ce principe à l'espèce ci-dessus, l'on voit qu'il ne pouvoit y avoir de substitution. Le légataire particulier étoit vivant au moment du testament. La condition étoit de nature à défaillir du vivant de l'institué, puisque le legs devenoit nul, dans le cas où il parviendroit à sa vingt-quatrième année. Il étoit donc impossible de voir là rien de semblable aux anciennes substitutions, et par conséquent aux dispositions que le Législateur a eu intention de prohiber.

Nota. La disposition de l'art. 896 n'est point applicable aux biens formant la dotation des majorats, ou autres titres héréditaires que le Roi pourroit ériger. (*Voyez* le 3e. alinéa de l'art. 896, dans la seconde édition du Code Civil, les décrets du 1er. mars 1808, *Bulletin*, n°. 3206 *et* 3207, ainsi que le décret du 24 août 1812, *Bulletin*, n°. 8210, relatif aux secours accordés aux

BIU Cujas

veuves des titulaires décédés, et aux frères et sœurs des titulaires vivans et mineurs, et celui du 22 décembre 1812, *Bulletin*, n°. 8421, concernant les actions à intenter, relativement aux biens composant les majorats.)

Une ordonnance du Roi, du 25 août 1817 (*Bulletin*, n°. 2686), a décidé 1°. que les majorats attachés à la dignité de pair, sont transmissibles à perpétuité, avec le titre de la pairie, au fils aîné, né ou à naître, du fondateur du majorat, et à sa descendance naturelle et légitime, de mâle en mâle, et par ordre de primogéniture, de manière que le majorat et la pairie soient toujours réunis sur la même tête. (Art. 3.)

Et 2°. Qu'il ne pourra entrer dans la formation de ces majorats, que des immeubles libres de tous priviléges et hypothèques, et de toute charge de restitution, ou des rentes sur l'Etat immobilisées. (Art. 4.)

Nota. Toutes les contestations qui pourroient s'élever, soit sur le droit au majorat de la part des héritiers, soit sur la pension réclamée par la veuve, doivent être jugées par les tribunaux. (*Décret du 14 octobre* 1811, art. 7, 8 et 9, *Bulletin*, n°. 7377.)

(6) *Et la nue propriété à l'autre.* Pourroit-on laisser l'usufruit à plusieurs personnes successivement, c'est-à-dire, pour en jouir l'une après l'autre? Je n'y vois pas de difficulté. Il n'y a dans ce cas que le legs fait au premier jouissant, qui soit pur et simple : les autres sont censés faits sous la condition, *si supervixerint. Sic* jugé à Paris, le 26 mars 1813 (SIREY, 1813; 2e. partie, pag. 360.) C'est à-peu-près la même chose qu'une rente viagère constituée au profit de plusieurs têtes.

(7) *La propriété irrévocable de ce qui lui est donné*, et le droit de l'aliéner irrévocablement; ce qui n'a pas lieu dans la substitution proprement dite. Le grevé ne peut aliéner irrévocablement, puisque, si le droit des appelés vient à s'ouvrir, toutes les aliénations sont résolues. Les appelés ne le peuvent davantage, parce que, jusqu'à ce que leur droit s'ouvre, il est incertain s'ils auront jamais aucun droit sur les biens substitués.

(8) *Par actes entre-vifs;* et, dans ce cas, il suffit que la donation soit acceptée par le grevé. On ne peut exiger l'acceptation des appelés qui peuvent n'être pas encore nés; et d'ailleurs, le grevé étant nécessairement un de leurs ascendans, a qualité pour accepter en leur nom et au sien.

(9) *Pourvu toutefois que ces derniers n'aient pas de descendans directs.* Pourquoi cette restriction? Il est impossible d'en donner d'autre raison que la volonté du Législateur. Car, puisque celui qui a des enfans peut donner à son frère le quart, le tiers ou la moitié de ses biens, suivant le nombre de ses enfans, l'on ne voit pas pourquoi il ne pourroit pas grever ce quart, ce tiers, etc., de substitution, par la même raison qu'il peut grever le tout, quand il peut donner le tout.

BIU Cujas

PAGE 100.

(1) *Sur la totalité de ce qui revient aux grevés.* La manière dont est rédigé l'art. 1049, a fait naître une singulière question. Voici le texte de l'article :

« Sera valable, en cas de mort sans enfans, la disposition que le défunt aura « faite par acte *entre-vifs* ou testamentaire, au profit d'un ou de plusieurs « de ses frères ou sœurs, etc. »

A prendre cette disposition à la lettre, il sembleroit que la donation entre-vifs faite par un frère à son frère, avec charge de substitution, seroit valable, nonobstant la survenance d'enfans au donateur, si toutefois ces enfans mouroient avant leur père; ce qui est contraire aux principes qui ont été établis plus haut, relativement à la révocation des donations pour survenance d'enfans. Mais ce seroit une erreur évidente que d'interpréter ainsi cet article. Les dispositions relatives à la révocation des donations pour survenance d'enfans, sont si générales et si positives, qu'on ne doit y admettre d'autres exceptions que celles qui sont expressément prévues par les articles qui ont établi cette espèce de révocation. Quant à l'art. 1049, il faut l'entendre dans le sens que les donations à charge de substitution faites par un frère au profit de son frère, ne sont valables qu'autant que le donateur ne laissera pas d'enfans, quand même il en auroit eu au moment de la donation; ce qui n'a pas lieu dans les donations ordinaires (art. 960); mais cela ne veut pas dire qu'elles seront valables toutes les fois qu'il ne laissera pas d'enfans, si elles sont annullées d'ailleurs par d'autres dispositions de la loi.

Au surplus, cet article paroît toujours présenter cette singularité que si la donation du disponible est faite à un frère par son frère ayant enfans, elle sera valable, si elle est faite sans aucune charge et quand même les enfans du donateur lui survivroient, tandis qu'elle sera nulle, dans le même cas, si elle contient charge de restitution. Il est impossible, on le répète, de donner une raison plausible de cette distinction qui est cependant établie textuellement par l'art. 1045.

(2) *Ne peut frapper que sur la portion disponible.* La légitime ne peut être grevée d'aucune charge. On ne peut, en effet, imposer de charge ou de condition, qu'autant qu'on est maître de disposer des biens qu'on y assujettit.

Mais *quid*, si un père fait un prélegs à l'un de ses enfans, sous la condition que toute sa portion héréditaire, y compris sa légitime, et même le prélegs, si l'on veut, seront grevés de restitution, la disposition sera-t-elle valable, pour ce qui concerne la légitime? Cette question étoit très-controversée anciennement. RICARD, *des Donations*, partie 3, n°. 1128 et suivans, paroît décider la négative. LEBRUN, *des Successions*, Liv. 2, chap. 3, part. 4, n°. 2 et

BIU Cujas

suivans, tient l'affirmative, ainsi qu'un de ses annotateurs. Mais M. Espiard a embrassé l'opinion de Ricard.

Dans cet état de choses, il me semble que l'avis de Lebrun doit être préféré. Quel que soit en effet le droit du légitimaire sur la réserve, il n'est pas plus fort ni plus sacré que le droit de propriété. Or, il n'est pas douteux que le testateur ne puisse imposer à son légataire, l'obligation de donner sa propre chose à un tiers; et sans sortir de la matière *des substitutions*, nous voyons par l'art. 1052, que le donataire entre-vifs, qui est bien certainement propriétaire des objets donnés, peut, quand même la donation seroit pure et simple, être grevé de restitution à l'égard des biens qui en font partie, s'il a accepté une seconde donation qui lui ait imposé cette charge. D'ailleurs, le testateur ne peut-il pas faire une disposition en faveur d'un de ses héritiers légitimaires, sous la condition qu'il s'en contentera pour tout droit de légitime; et si le légitimaire accepte la disposition en pleine connoissance de cause, croit-on qu'il seroit recevable à venir ensuite réclamer un supplément? Si donc le testateur peut lui imposer cette obligation, pourquoi ne pourroit-il pas lui imposer celle de la restituer à ses enfans? En vain opposeroit-on les lois qui déclarent la légitime indisponible dans la main du père. Dans l'espèce, ce n'est pas, à proprement parler, le père qui en dispose; c'est le fils lui-même qui, en acceptant la disposition faite avec cette charge, est censé disposer lui-même de sa légitime, dont il a bien certainement la libre disposition, à compter du décès de son auteur. En vain diroit-on encore que le père devient par là indirectement maître de la légitime. Nous répondrons que c'est le droit de tous les testateurs de pouvoir imposer des sacrifices à leurs légataires; et que le droit du fils à la légitime est toujours à couvert, puisqu'il peut, en répudiant le legs, conserver la légitime intacte et sans aucune charge.

Mais ne pourroit-on faire, contre cette doctrine, une objection d'autant plus forte qu'elle pourroit-être fondée sur l'intérêt public? Ne pourroit-on pas dire que, dans le droit actuel, la prohibition de grever la légitime est établie, non-seulement dans l'intérêt des légitimaires, mais encore pour empêcher qu'une trop grande quantité de biens ne soit ôtée de la circulation, et que, d'après cela, les conventions des parties ne peuvent y déroger, d'après l'axiome: *Privatorum pactionibus juri publico non derogatur*. Mais l'on peut répondre que ce qui prouve que la prohibition de grever la légitime est établie uniquement dans l'intérêt du légitimaire, et qu'elle est fondée sur le principe qu'on ne peut imposer de charge qu'aux biens qu'on peut donner ou ne pas donner, c'est qu'il est permis de grever de restitution le frère ou la sœur, pour la totalité de la succession. Ce n'est donc que la qualité d'enfant qui s'oppose à ce que la légitime soit grevée. C'est donc uniquement dans l'intérêt de l'enfant que la prohibition est établie. Or, *unusquisque potest renuntiare juri in sui favorem introducto;* et, cela posé, les argumens ci-dessus reprennent

BIU Cujas

toute leur force. (*Voir* à ce sujet un arrêt du Parlement de Paris, du 23 août 1662, rapporté dans le Répertoire, au mot *peine testamentaire*, n°. 7.)

(3) *Ni préférence d'âge ou de sexe.* L'art. 1048 dit que les pères et mères peuvent donner la quotité disponible à un ou plusieurs de leurs enfans, avec la charge de rendre, etc. Doit-on entendre par ce mot *enfans*, seulement les enfans au premier degré, tellement qu'un aïeul ne puisse grever son petit-fils d'un fils prédécédé, de substitution au profit de ses enfans, arrière-petits-enfans du donateur? Je ne suis pas de cet avis. En effet, puisque l'on a cru devoir permettre à un père qui connoît le caractère prodigue de son fils, de substituer la portion disponible aux enfans de ce fils, pourquoi n'accorderoit-on pas la même faculté à l'aïeul, en faveur des enfans d'un petit-fils dissipateur, dont le père est prédécédé? Il seroit impossible de donner une raison de différence; et comme d'ailleurs, le mot *enfans* se prend souvent en droit pour tous les descendans (L. 84, ff. *de verborum Signific.*), il n'y a pas de raison de lui donner ici une autre acception.

(4) *Qu'elle ne passe pas le premier degré. Quid*, dans l'espèce suivante? Un père a un fils, lequel a des petits-enfans d'un ou de plusieurs fils prédécédés. Peut-il grever son fils de substitution en faveur des petits-enfans de ce même fils? La négative paroît résulter du texte de l'art. 1048, ou plutôt du sens qu'il présente au premier coup-d'œil; car il semble ne permettre d'appeler à la substitution que les enfans, au premier degré, du donataire. Cependant je ne puis adopter cette opinion. En effet, si l'on excepte le texte de l'article qui paroît la favoriser, il est impossible de trouver aucune raison plausible pour la justifier. Et au contraire, tous les motifs qui ont pu déterminer à adopter les substitutions pour les enfans au premier degré, militent également en faveur des petits-enfans du donataire. Si donc il est possible d'écarter l'induction qu'on peut tirer des paroles de l'art. 1048, il me semble qu'alors il ne sera plus douteux que la substitution au profit des petits-enfans, ne soit valable. Et d'abord, ne peut-on pas dire que, dans l'espèce proposée, les petits-enfans montant au degré de leur père par le secours de la représentation, se trouvent par là enfans au premier degré du donataire, et compris en conséquence expressément dans la disposition de l'art. 1048? Mais comme il seroit possible que, dans l'espèce proposée, les petits-enfans ne pussent pas s'aider du bénéfice de la représentation; *putà*, si leur père avoit encouru l'indignité avant de mourir, il n'est pas inutile d'examiner si ces mots de l'art. 1048, *au premier degré seulement*, ne peuvent et ne doivent pas être entendus dans un tout autre sens que celui qu'ils paroissent présenter naturellement.

Ne peut-on pas dire, par exemple, que ces mots, *au premier degré*, sont synonimes de ceux-ci, *au degré le plus proche*; ce qui signifieroit simplement, que l'on ne peut appeler à la substitution que les héritiers directs les plus proches du donataire; ou, en d'autres termes, que la substitution ne peut

BIU Cujas

avoir lieu *omisso medio* ; ce qui est vrai. Ainsi le père qui a un fils, lequel a lui-même un fils et des petits-enfans de ce fils, ne peut pas le grever de restitution au profit de ses petits-enfans, au préjudice de ce fils ; parce qu'en effet les substitutions actuelles ne sont pas établies pour fournir le moyen de gratifier un descendant au préjudice de l'autre, mais uniquement, comme nous l'avons dit, pour ménager une ressource à la descendance du donataire. D'ailleurs, puisque, si le donataire avoit plusieurs enfans, le donateur ne pourroit en exclure aucun du bienfait de la restitution, à plus forte raison ne peut-il pas en exclure le fils unique. Tel est le premier sens que l'on peut donner aux expressions de l'article 1048. Mais il est encore possible de les entendre autrement ; et pour connoître quelle a pu être l'intention du Législateur sur ce point, il est nécessaire de se reporter aux dispositions de l'ancien droit, que le Législateur avoit évidemment sous les yeux, quand il a rédigé le chapitre des substitutions.

L'Ordonnance de 1747 permettoit de faire deux degrés de substitution, c'est-à-dire, qu'un père pouvoit grever son fils de substitution envers ses enfans, et grever en outre ceux-ci envers leurs propres enfans. Cela étoit fondé sur ce que les anciennes substitutions avoient principalement pour but la conservation des biens dans les familles. Aujourd'hui que cette raison n'existe plus, et que les substitutions ont un tout autre motif, on n'a pas voulu étendre aussi loin le pouvoir du donateur, et on a restreint au premier degré la faculté de substituer, c'est-à-dire, qu'en permettant au père de grever son fils en faveur de ses petits-fils, on n'a pas voulu qu'il pût, par la même disposition, grever ses petits-enfans en faveur de leurs enfans. Or, n'est-ce pas cette restriction que le Législateur a voulu exprimer par ces mots : *au premier degré seulement* ? C'est-à-dire, qu'après avoir établi un premier dégré de substitution, le donateur ne pourra pas en établir un second. Ainsi, d'après cette interprétation qui peut également être admise, tant qu'il n'y aura qu'un degré de substitution, et qu'elle aura lieu au profit des héritiers directs du donataire, les plus proches en degré, la disposition sera valable.

(5) *Quand même il existeroit d'autres enfans au premier degré. Quid*, si l'appelé étoit fils unique ? Ses enfans pourront-ils recueillir le bénéfice de la substitution ? La raison de douter se tire du texte même de l'article 1051, dont la rédaction semble annoncer que les descendans de l'appelé prédécédé ne doivent être admis à représenter leur auteur, qu'autant qu'il existe d'autres enfans au premier degré ; d'où l'on pourroit conclure que, lorsqu'*il n'y a plus d'enfans au premier degré*, la substitution s'évanouit.

Pour la solution de cette difficulté, il est encore nécessaire de recourir à l'ancien droit. L'article 20 de l'Ordonnance des Substitutions, portoit : « Que « les appelés à une substitution, qui seroient morts avant que leur droit eût « été ouvert, ne seroient censés, dans aucun cas, en avoir transmis l'espé-

BIU Cujas

« rance à leurs enfans ou descendans, encore que la substitution eût été faite « en ligne directe par des ascendans. »

L'article 21 refusoit également le bénéfice de la représentation dans le même cas, à moins que l'auteur de la substitution ne l'eût ordonné par une disposition expresse.

Il résultoit de ces deux articles, que lorsqu'un appelé mouroit avant le grevé, le bénéfice de la substitution appartenoit en entier aux autres appelés, à l'exclusion des enfans du prédécédé. L'on donnoit pour motif de cette disposition, que la représentation n'a lieu que dans les successions *ab intestat*, et jamais dans les donations entre-vifs ou testamentaires. Mais cette même disposition, qui n'étoit peut-être pas sujette à de grands inconvéniens dans le droit ancien, où les substitutions pouvoient avoir lieu à l'égard de tout individu, même étranger à la famille du substituant, auroit été contraire à la justice dans le droit actuel, qui n'admet les substitutions que dans les cas où la représentation est admise, et qui ne les considère que comme des effets de la tendresse et de la prévoyance paternelle. C'est donc tout simplement cette disposition de l'Ordonnance de 1747, qu'on a voulu abroger, et avec raison, en décidant que, si l'un des appelés venoit à mourir avant le grevé, ses enfans ou descendans pourroient le représenter quant à la substitution, et prendre la part qui lui auroit appartenu dans les biens substitués, et ce, quand même il existeroit d'autres enfans au premier degré, et quand même le testateur ne l'auroit pas expressément ordonné. En conséquence, la conjonction *si* ne doit pas, dans l'article 1051, s'entendre comme faisant condition, mais au contraire, dans le sens de *quoique*, *quand même*, parce qu'effectivement le cas où il existe d'autres appelés au premier degré, étoit le seul où il pût y avoir du doute, attendu que ceux-ci auroient pu prétendre qu'étant appelés personnellement par le donateur, ils devoient recueillir à eux seuls le benéfice de la substitution, de préférence aux enfans du prédécédé, qui n'étoient pas directement appelés par l'acte de donation. Or, cet article ainsi entendu, bien loin d'exclure les petits-enfans du fils unique de l'appelé, les admet au contraire expressément, puisqu'il les appelle dans le cas même où il existeroit des enfans au premier degré, qui les auroient exclus dans le système de l'Ordonnance.

(6) *Demeureront grevés de restitution.* Le donataire pourroit-il consentir purement et simplement, et sans qu'il fût fait une nouvelle libéralité, à ce que les biens précédemment donnés fussent grevés de restitution ? Non. L'on ne peut se grever soi-même, s'interdire à soi-même le droit d'aliéner, de disposer.

Il seroit possible, au surplus, que le donateur se contentât de grever de restitution les biens compris dans la première donation, sans imposer la même charge aux biens compris dans la seconde.

(7) *Il ne peut plus diviser les deux dispositions*, pourvu toutefois que la substitution ne frappe pas sur la réserve légale, qui, comme nous l'avons dit,

BIU Cujas

ne peut être grevée d'aucune charge, sauf ce qui est dit dans la note (2) ci-dessus.

Mais de quel jour aura effet la charge de restitution à l'égard des tiers, et pour ce qui concerne les biens compris dans la première donation? Du jour de la transcription. Mais quel acte faudra-t-il faire transcrire? Je pense qu'il faudra faire transcrire les deux; le premier, parce qu'il contient la disposition; le second, parce qu'il contient la charge de restitution. Mais si la charge de restitution ne pèse que sur la première donation, la transcription ne devra toujours être faite qu'au bureau de la situation des biens qui y sont compris.

(8) *Et de rendre les biens qui y sont compris.* C'est de cette disposition que j'ai conclu, que le donateur peut forcer le donataire d'accomplir les conditions qui lui ont été imposées par l'acte de donation, et que celui-ci n'est pas le maître de s'en affranchir, en offrant de restituer les biens donnés. (*Voyez* ci-dessus, la note (1) de la page 75.)

(9) *Tant que dure la jouissance du grevé.* La charge de restitution contenue dans un acte entre-vifs, pourroit-elle être détruite, anéantie, antérieurement à l'ouverture du droit des appelés, par le seul consentement du donateur et du grevé? L'Ordonnance contenoit à cet égard une disposition négative formelle (Tit. I., art. 11); et, dès qu'elle n'est pas renouvelée dans le Code, l'on doit présumer que le Législateur n'a pas entendu la maintenir, et qu'il faut se référer, à cet égard, à la disposition générale du droit qui veut que, *unaquæque res dissolvi possit eodem modo quo fuit colligata.* C'étoit aussi l'avis de RICARD, qui écrivoit avant l'Ordonnance. *Des Substit. directes et fidéicomm.*, part. 1re., nº. 137 et suivans.)

Le testateur pourroit-il faire une substitution à temps, c'est-à-dire, pourroit-il ordonner que les biens seroient restitués aux appelés avant la mort du grevé? La loi ne s'étant pas prononcée sur l'époque de la restitution, je ne vois pas comment on pourroit annuller une pareille disposition.

Quid, s'il n'est rien dit touchant l'époque de la restitution? L'on devra présumer que cette époque est celle du décès du grevé. (RICARD, *des Substit.*, part. 2, nº. 21.)

(10) *De quelque manière que ce soit.* Par conséquent, par la mort civile, comme par la mort naturelle du grevé; ce qui étoit controversé avant l'Ordonnance des Substitutions. (RICARD, *des Disposit. cond.*, nº. 329 et suivans.) Mais l'Ordonnance avoit décidé comme le Code. (Art. 24.)

Quid en cas d'absence du grevé? Les appelés pourront provoquer la déclaration d'absence et l'envoi en possession provisoire. Ils sont bien parties intéressées; et alors, aux termes de l'article 123, ils pourront exercer les droits résultant en leur faveur de la charge de restitution.

Quid, si le grevé dilapide ou détériore les biens compris dans la restitution; *puta*, s'il abat les maisons, coupe les futayes, ne fait pas les réparations à sa

BIU Cujas

charge, etc. ? Le Code n'a pas prévu ce cas. Je pense qu'on pourroit appliquer ce qui est établi à l'égard de l'usufruitier par l'article 618. Et en effet, puisque l'article 1057, le déclare déchu du bénéfice de la disposition, par cela seul qu'il n'a pas pris les mesures exigées pour constater la quotité des biens compris dans la substitution, à plus forte raison doit-il l'être, lorsqu'il cherche à les détruire.

Quid, si la charge de restitution est imposée par testament, et que le grevé soit mort avant le disposant, ou ait renoncé à sa succession, ses enfans pourront-ils recueillir le bénéfice de la disposition ?

La raison de douter se tire de ce que l'article 1053 dit, que le droit des appelés s'ouvre du moment que cesse la jouissance du grevé. Mais pour que cette jouissance cesse, il faut qu'elle ait commencé. Or, quand le grevé renonce ou est prédécédé, il n'a jamais joui. Il sembleroit donc que, dans ce cas, la disposition dût être anéantie totalement. La solution de cette question dépend de celle de savoir si, dans notre droit, la substitution fidéicommissaire renferme la vulgaire. Il est certain qu'il en étoit ainsi sous l'Ordonnance, article 27, pour le cas de renonciation du grevé ; et s'il en étoit autrement décidé par l'article 26 pour le cas de son prédécès, cette disposition qui n'étoit observée que dans les pays de droit écrit, tenoit aux principes du droit Romain, d'après lesquels la caducité de l'institution entraînoit la nullité de tout le testament; et ce qui le prouve, c'est que cette disposition n'avoit pas lieu, lorsque le testament contenoit la clause codicillaire. Quant au droit actuel, quoique la disposition de l'article 27 n'ait pas été formellement renouvelée dans le Code, je pense qu'elle doit néanmoins être appliquée. Nous voyons, en effet, par l'article 1057, que le grevé, qui n'a pas rempli les formalités prescrites par les articles précédens, est déchu du bénéfice de la disposition, et que néanmoins le droit pourra être déclaré ouvert au profit des appelés. Or, pourquoi la répudiation, qui est une déchéance volontaire, n'auroit-elle pas le même effet que la déchéance forcée ? Quant au cas de prédécès du grevé, nous venons de voir, que, même sous l'Ordonnance, il donnoit ouverture au droit des appelés, quand le testament renfermoit la clause codicillaire. Or, chez nous, les testamens ne sont autre chose, quant à leurs effets, que les codicilles des Romains. D'ailleurs, il est certain que le testateur a préféré, en quelque sorte, les appelés au grevé, puisqu'il oblige celui-ci de leur conserver les biens. Donc, à plus forte raison, les a-t-il préférés à ses autres héritiers. Donc il est vrai de dire que, dans notre droit, la substitution fidéicommissaire renferme la vulgaire, et que, par conséquent, le droit des appelés s'ouvre, non-seulement quand la jouissance du grevé cesse, mais encore quand elle n'a pas lieu, par prédécès, répudiation, indignité, etc.

Il est évident, au surplus, que ces dispositions ne sont pas applicables au cas où la substitution seroit comprise dans une donation entre-vifs. Car la donation

BIU Cujas

étant entièrement nulle, si le donataire n'accepte pas, ou s'il est incapable, la substitution est également annullée. Il n'en seroit pas de même dans le cas de révocation de la donation pour cause d'ingratitude. Car la donation ayant été parfaite dans le principe, le fait du donataire ne peut préjudicier aux appelés, au profit desquels au contraire le droit s'ouvre, du moment que cesse la jouissance du grevé.

(11) *Même par l'abandon anticipé que leur en feroit le grevé.* Mais alors les biens abandonnés seront-ils entièrement libres dans la main des appelés auxquels ils auront été abandonnés? Non, par la raison que, la substitution devant avoir lieu au profit de tous les enfans nés ou à naître du grevé, le nombre des appelés ne peut être déterminé, que du moment où il sera certain qu'il ne peut plus naître d'enfant au grevé. Jusque-là, les appelés auxquels les biens sont abandonnés, sont eux-mêmes grevés de substitution en faveur des autres enfans qui pourroient survenir au grevé.

Au surplus, cet abandon anticipé peut faire naître plusieurs questions.

Un grevé ayant deux enfans, leur fait l'abandon des biens substitués, qu'ils partagent par moitié. L'un des deux vient à mourir sans enfans. Il naît un troisième enfant au grevé. Il est certain qu'il a droit, à la mort du grevé, de réclamer sa part dans les biens substitués. Mais quelle part réclamera-t-il? Sera-ce le tiers ou la moitié? Je pense que ce doit être la moitié. L'abandon anticipé, fait par son père, n'a pu lui préjudicier; son droit et son intérêt sont bien aussi sacrés que ceux des créanciers. Or, si l'abandon n'eût pas eu lieu, il ne se fût trouvé que deux appelés à la mort du grevé, et par conséquent chacun eût recueilli la moitié des biens substitués. Donc, etc.

Mais comment, et par qui lui sera fournie cette moitié? Pourra-t-il la répéter toute entière contre la succession du prédécédé, ou bien lui sera-t-elle fournie conjointement par cette succession, et par l'appelé survivant, par égale portion? Je pencherois pour ce dernier parti, et cela pour les raisons déduites dans l'alinéa suivant. Remarquons en effet que l'enfant né depuis l'abandon n'est pas partie dans le débat; peu lui importe par qui et comment sa part lui sera fournie. Le débat n'a donc lieu qu'entre l'enfant survivant et la succession du prédécédé. Or les héritiers de celui-ci peuvent opposer à l'appelé survivant qu'il a accepté l'abandon; que c'est donc une chance qu'il a courue: que la chance lui eût été avantageuse, si par événement le grevé lui avoit survécu; qu'il ne peut donc se plaindre, si, par l'effet des circonstances, la chance lui est devenue désavantageuse, etc.

Mais *quid*, si, dans l'espèce, il n'est pas né de troisième enfant au grevé, l'appelé, qui a seul survécu, ne peut-il pas prétendre qu'au moyen du prédécès de son frère, la moitié recueillie par ce dernier doit lui appartenir exclusivement à tous autres successeurs du prédécédé, et cela, d'après le même raisonnement qui vient d'être fait relativement au troisième enfant? Si l'a-

BIU Cujas

bandon n'eût pas été fait, il se fût trouvé seul appelé à la mort de son père ; il eût donc recueilli seul la totalité des biens ; donc, etc. Je ne pense pas que cette prétention soit fondée ; et voici en quoi je fais consister la différence avec le cas de l'avant-dernier alinéa. Dans l'espèce présente, l'appelé survivant a accepté l'abandon. C'est une espèce de contrat aléatoire qu'il a consenti. Le droit pouvoit ne jamais s'ouvrir en sa faveur, comme il pouvoit s'ouvrir pour la totalité. Il a préféré la certitude d'avoir la moitié, ou une portion quelconque, à l'espérance d'avoir le tout. C'est une chance qu'il a courue, et qui, par l'événement, a tourné contre lui. Dans l'espèce précédente, au contraire, le troisième enfant n'étoit pas partie dans l'acte d'abandon. S'il étoit mort avant le grevé, son droit se seroit évanoui entièrement : il n'a donc eu aucune chance en sa faveur ; on ne peut donc exiger de lui aucun sacrifice.

Si la jouissance du grevé a cessé avant sa mort, et qu'en conséquence les biens substitués aient été dévolus aux appelés existans, les enfans qui pourroient naître, par la suite, au grevé, seront-ils, dans tous les cas, obligés d'attendre la mort de celui-ci, pour demander leurs parts dans lesdits biens? Je pense qu'il faut distinguer : Si la cessation de jouissance provient d'un abandon anticipé fait par le grevé, comme cet abandon est une libéralité, et qu'une libéralité est toujours présumée faite *intuitu personœ*, je pense que le droit des appelés non-existans à l'époque de l'abandon, ne s'ouvrira qu'à la mort du grevé, et qu'ils ne pourront en conséquence l'exercer qu'autant qu'ils lui survivront. Cette raison n'étant pas applicable au cas où la jouissance du grevé a cessé pour toute autre cause, le droit des enfans qui surviendront postérieurement à ladite cessation, s'ouvrira du moment de leur naissance ; et ils ont, dès cet instant, droit de demander le partage.

(12) *Antérieurs audit abandon*, quand même ils seroient chirographaires. La loi ne distingue pas ; mais comme l'article exige aussi que les créanciers soient antérieurs à l'abandon, il s'ensuit que, pour pouvoir profiter du bénéfice de cette disposition, il faudra que leur créance ait une date certaine.

Quel sera le droit des créanciers du grevé, si celui-ci répudie la disposition? Je pense, par argument tiré de l'article 788, qu'ils pourront l'accepter de son chef et dans leur intérêt seulement, à l'effet de se payer sur les revenus, et même sur la propriété, s'il n'existoit point d'appelés au décès du grevé, mais sans que cette acceptation puisse profiter en rien au grevé. En conséquence, les créanciers une fois payés, la répudiation aura tout son effet, et les biens passeront irrévocablement, soit aux appelés, s'il en existe, soit aux autres héritiers du disposant ; mais, dans tous les cas, à la charge de restitution, dans le cas où il naîtroit des enfans au grevé, postérieurement à ladite répudiation.

L'article ne parle que des créanciers antérieurs ; d'où l'on doit conclure que l'abandon peut toujours être opposé aux créanciers postérieurs. Mais cependant un pareil abandon ne pourroit-il pas être regardé comme une donation, et ne

BIU Cujas

devroit-il pas, en conséquence, être transcrit, s'il y avoit des immeubles au nombre des biens abandonnés ? On dira peut-être que ce n'est qu'un abandon de fruits, qui sont des choses mobilières : mais c'est aussi une aliénation éventuelle de la propriété ; car le grevé auroit pu devenir propriétaire incommutable, si, par exemple, tous les appelés mouroient avant lui sans postérité ; et, dans ce cas, toutes les aliénations qu'il auroit pu faire, toutes les hypothèques qu'il auroit pu consentir, auroient été valables. Il semble donc que, sous ce rapport, on auroit pu exiger la transcription.

Quid, à l'égard des acquéreurs ? L'article n'en parle pas. Cependant, comme l'esprit général du Code est, ainsi que nous l'avons déjà fait observer plusieurs fois, de favoriser les acquéreurs beaucoup plus que les créanciers, il faut tenir que la disposition de l'article 1053 doit être appliquée, à bien plus forte raison, aux acquéreurs antérieurs à l'abandon. Ils ont, en effet, acquis d'abord l'assurance de jouir jusqu'à la mort du grevé, et en second lieu, l'espérance même de devenir propriétaires incommutables, si le grevé venoit à mourir sans postérité. Les conventions particulières, passées postérieurement entre le grevé et les appelés, n'ont pu préjudicier à leurs droits.

PAGE 101.

(1) *Que celles de l'usufruitier.* Dans ses rapports avec les appelés, et relativement à l'entretien, à l'administration et à la restitution des biens, il a réellement les mêmes droits, et il est assujetti aux mêmes obligations que l'usufruitier : il est tenu des mêmes soins, des mêmes réparations ; mais il y a ces différences :

1°. Que, pendant sa jouissance, il a la direction de toutes les affaires et de toutes les actions concernant lesdits biens, tant en demandant qu'en défendant, sauf à appeler le tuteur à la substitution, pour celles qui peuvent intéresser le fonds des biens.

2°. Qu'il est tenu de faire toutes les réparations, quelles qu'elles soient ; savoir, les réparations usufructuaires, comme percevant les fruits, et les autres comme administrateur, et même comme propriétaire ; mais avec cette distinction, que les premières sont à sa charge dans tous les cas, parce qu'elles sont une charge des fruits qui lui appartiennent irrévocablement, au lieu qu'à l'égard des autres, le cas de la restitution arrivant, lui ou sa succession ont un recours contre les appelés. Il faudra donc lui appliquer ce qui est établi pour le donataire obligé au rapport, dans la note (7) de la page 41 ci-dessus. Ainsi, il a droit de répéter les impenses nécessaires, autres que celles d'entretien, les impenses utiles, *quatenùs res pretiosior est*, au moment de la restitution ; et quant aux voluptuaires, il peut enlever ce qui peut l'être sans détérioration. Les frais de scellés et d'inventaire sont pris sur la masse des biens. Il en est de même de ceux de transcription et d'inscription. Quant aux droits de mutation,

BIU Cujas

il doit les acquitter en entier ; mais le cas de la restitution arrivant, il a droit de répéter contre les appelés la portion qui est à leur charge, et qui est évaluée, dans ce cas, comme elle l'est à l'égard du propriétaire, lorsqu'il y a un usufruit : tout ceci est conforme à l'opinion de RICARD, *des Substit.*, Part. 2e., nº. 153.

(2) *Et il est personnellement responsable de leur inexécution.* Mais il n'est sujet qu'à l'obligation personnelle : il n'existe point d'hypothèque légale sur ses biens. Cette hypothèque, dans le système hypothécaire actuel, est un droit exorbitant, qui ne peut donc avoir lieu que dans les cas formellement exprimés. Or, la loi n'a établi d'hypothèque tacite ou légale, que sur les biens des tuteurs donnés aux mineurs.

Au surplus, cette obligation des tuteurs ne préjudicie en rien au recours des appelés sur les biens libres du grevé, pour raison de l'inexécution des obligations qui lui sont imposées. Le Code ne parle pas de ce recours ; mais il est de droit. Dès que la loi impose des obligations au grevé, ses biens répondent de l'exécution. (Article 2092.)

(3) *Le cas de la restitution arrivant.* Lorsque les appelés, qui, comme on l'a vu, doivent toujours être les descendans du grevé, se portent héritiers de leur père, il n'y a pas de difficulté relativement à la restitution du fidéicommis ; leurs droits, comme héritiers et comme substitués, se confondent, et il n'y a pas lieu à élever la question, s'ils sont saisis ou non des biens substitués. Il en est de même s'ils se portent héritiers bénéficiaires. Ils sont toujours, en cette qualité, saisis de tous les biens de la succession, au nombre desquels se trouvent les biens substitués. Mais s'ils renoncent, alors peut se présenter la question : Sont-ils saisis, de plein droit, des biens substitués ; ou sont-ils obligés de demander la délivrance, et ne peuvent-ils répéter les fruits que du jour de cette demande ? L'ordonnance, Titre 1er. art. 40, décidoit *que le substitué, même en ligne directe, n'étoit point saisi de droit ; mais qu'il étoit obligé de demander la délivrance, et que les fruits ne lui étoient dus que du jour que cette délivrance avoit été demandée ou consentie. Quid juris* aujourd hui ? Il me semble que la décision de l'Ordonnance doit encore être admise. En effet, le grevé est institué à charge de rendre. En acceptant l'institution, il contracte l'obligation de restituer. De cette obligation naît une action simplement personnelle en faveur des appelés contre le grevé ou sa succession, et qui est indépendante du *jus in re* qu'ils peuvent avoir sur les immeubles dépendans de la substitution. En un mot, ils ont absolument les mêmes droits que ceux d'un légataire, et même d'un légataire à titre particulier, puisque ce qu'ils ont à réclamer, n'est pas une quote de l'hérédité du grevé. Ils ne peuvent donc gagner les fruits que du jour de la délivrance demandée ou consentie.

(4) *Elle soit bien et fidèlement opérée.* Quelles sont les choses qui doivent

BIU Cujas

être comprises dans la restitution? Il peut se présenter, sur ce point, quelques questions que nous allons examiner.

D'abord, *quid* à l'égard des augmentations que la part du grevé aura pu recevoir par droit d'accroissement, ou par la caducité d'autres dispositions? Je pense qu'il faut distinguer : Si le testateur a ordonné simplement la restitution d'une chose certaine, il est certain que la restitution doit se borner à la chose désignée; mais si, comme cela arrivera le plus souvent, il a ordonné la restitution du disponible, alors la réserve, ou légitime exceptée, tout le reste doit être restitué. (*Voyez* ci-dessus la note (9) de la page 89.)

Quid à l'égard des prescriptions acquises par le grevé? *Voyez* ci-après la note (1) de la page suivante, *in fine*.

Quid à l'égard des augmentations survenues par accession, telles que les alluvions et attérissemens, les îles formées dans les rivières? Nul doute qu'elles ne soient comprises dans la restitution. (L. 16, ff. *de Legatis*, 3°.)

Quid à l'égard des fruits? Il faut distinguer : S'il s'agit de fruits échus ou perçus au moment du décès du testateur, ils doivent être restitués; car ils font partie de la succession; quant à ceux qui ont été perçus depuis, la loi 9 ff. *ad legem Falcid.*, décide que ceux qui étoient mûrs au moment du décès, augmentent la succession. Cette décision peut être appliquée au cas où il s'agit de déterminer la masse de la succession, afin d'établir s'il y a lieu à réduire les dispositions. Mais je ne pense pas qu'elle doive être appliquée au cas de la restitution. Le grevé, dans notre droit, est assimilé en tout à un usufruitier; et par conséquent il doit gagner les fruits pendans par racines, au moment où commence sa jouissance, si toutefois elle dure jusqu'à ce qu'ils soient perçus. (*Voyez* l'art. 585, et au 1^er^. vol. la note (3) de la page 147.)

Quid à l'égard du trésor trouvé sur un fonds compris dans la substitution? S'il a été trouvé par le grevé, la part qui lui revient comme inventeur, profite à lui seul. Mais je pense que l'autre portion doit profiter aux appelés, puisque le grevé la perçoit *propter fundum*.

Quid à l'égard des remises que le grevé auroit pu obtenir des créanciers de la succession? Ricard, part. 2, n°. 70, prétendoit qu'elles devoient tourner au profit du grevé. Il me semble que l'opinion contraire est préférable; car si, ce qui arrive le plus généralement, c'est la crainte des retards ou d'une plus grande perte qui a déterminé les créanciers à consentir au sacrifice, quelle raison le grevé a-t-il de demander à en jouir seul, à l'exclusion des appelés, qui auroient très-probablement obtenu les mêmes avantages, s'ils avoient pu traiter directement avec les créanciers. D'ailleurs, le grevé profite toujours de ces remises, puisqu'elles augmentent d'autant la masse de la succession, dont il a la jouissance et même la propriété résoluble.

BIU Cujas

PAGE 102.

(1) *Pourvu qu'il soit authentique.* L'on ne voit pas pourquoi cette authenticité est exigée, et comment le défunt qui auroit pu donner tout le disponible par un testament olographe, ou nommer dans un semblable testament, un tuteur à la substitution qu'il y auroit faite, ne pourroit pas, par le même acte, nommer un tuteur à la substitution qu'il auroit faite par une donation entre-vifs antérieure.

(2) *A défaut de tuteur nommé par le disposant;* c'est-à-dire, s'il n'en a pas nommé, ou si celui qu'il a nommé, vient à manquer.

(3) *Il est procédé à cette nomination.* Par qui sera-t-elle faite? Sans doute par un conseil de famille. Mais de quels parens ce conseil devra-t-il être composé? Comme ce tuteur est établi entièrement dans l'intérêt des appelés, je pense que la nomination doit être faite par le conseil qui seroit convoqué, s'il s'agissoit de nommer un tuteur aux appelés. Si, cependant, le grevé n'étoit pas encore marié, il est évident que l'on ne pourroit composer le conseil de famille que des parens du grevé.

Doit-il être nommé un subrogé tuteur? Je ne le pense pas. *Nec obstat* l'article 409, qui doit être évidemment entendu du tuteur administrant. Or, ici le tuteur n'est qu'un surveillant de l'administration du grevé; ce seroit donc un surveillant donné à un surveillant; ce qui n'est pas admissible.

(4) *A compter du décès du disposant.* Par conséquent il ne doit pas être nommé de tuteur pendant la vie du disposant, quand même la substitution auroit été faite entre-vifs : « *du décès du donateur ou testateur,* » dit l'article 1056. On a pensé que le disposant avoit, plus que personne, intérêt à veiller à l'exécution de ses propres dispositions.

(5) *Il est déchu du bénéfice de la disposition*, quand même il seroit mineur, sauf son recours contre son tuteur, sans cependant que l'insolvabilité de ce dernier puisse lui profiter pour demander la restitution. Cette disposition s'applique à toutes les formalités de l'exécution desquelles le grevé est chargé. (Art. 1074.)

(6) *Peut être déclaré ouvert.* Il paroît singulier au premier coup-d'œil, qu'après avoir dit d'une manière formelle, que le grevé est déchu du bénéfice de la disposition, ce qui est pleinement impératif, l'article ajoute que le droit *peut* être déclaré ouvert au profit des appelés; ce qui suppose qu'il pourra ne pas l'être. Cela ne contrarie-t-il pas le principe que nous avons posé plus haut, que le droit des appelés s'ouvre, du moment où il est certain que le grevé a perdu la jouissance des biens substitués? Non, sans doute; et il est aisé de faire voir que l'article ne pouvoit être rédigé autrement.

Dans tous les cas, le grevé est déchu, par cela seul qu'il n'a pas rempli les formalités qui lui sont prescrites; mais, pour que le droit des appelés s'ouvre,

BIU Cujas

il faut qu'il existe des appelés. Or, il peut fort bien ne pas en exister encore. *Quid juris*, dans ce cas? Les biens retourneront dans la masse de la succession, *cum onere*, avec la charge de substitution, c'est-à-dire, qu'ils seront partagés *ab intestat*, et que la part de chaque héritier, dans lesdits biens, demeurera grevée de substitution en faveur des enfans, qui pourront survenir au grevé. Si le grevé a déjà des enfans, le droit sera ouvert en leur faveur, aussi à charge de restitution. Il faudra donc toujours exécuter les dispositions prescrites, soit dans l'intérêt des appelés eux-mêmes, soit dans l'intérêt des tiers.

(7) *De tous les biens et effets composant la succession du disposant.* Cet inventaire ayant pour but de constater la quotité des biens substitués, il est évident qu'il est inutile d'y procéder, quand cette quotité est d'ailleurs certaine; *putà*, si la substitution ne porte que sur un objet déterminé (art. 1058), ou si la disposition a été faite par une donation entre-vifs proprement dite. Car alors les biens ont dû être spécialement désignés.

(8) *A défaut.* Ces mots ne veulent pas dire: *S'il n'y a pas de tuteur;* car il a dû nécessairement en être nommé un; mais si le tuteur ne fait pas procéder à l'inventaire.

(9) *En cas de déchéance du grevé.* Ce sont les appelés, s'ils sont majeurs et usant de leurs droits; sinon, leur tuteur ou curateur, un de leurs parens, ou le Procureur du Roi, d'office.

PAGE 103.

(1) *Irrévocablement.* Ils peuvent en effet les aliéner ou les hypothéquer valablement; mais les aliénations ou hypothèques seront toujours résolubles, dans le cas où le grevé laissera des enfans ou descendans.

Quid, si les appelés majeurs avoient consenti à la vente? La solution de cette question dépend de celle de savoir si les appelés peuvent, en général, renoncer à leur droit, avant qu'il soit ouvert. Il paroît qu'ils le pouvoient chez les Romains. (LL. 1 et 16 Cod. *de Pactis*, 11, Cod. *de Transact.*, et 120. §. 1, ff. *de Legatis*, 1°.) L'art. 28 du Tit. 1^er^. de l'Ordonnance suppose également qu'ils ont ce droit, et se contente de prescrire les formalités nécessaires pour la validité de cette renonciation. Je ne vois rien dans le Code qui s'oppose à l'admission de cette doctrine qui est conforme au droit commun, d'après lequel on peut, en général, renoncer à un droit, même éventuel. *Nec obstat* que le Code n'a pas répété la disposition de l'Ordonnance. Car, comme nous venons de le dire, l'art. de l'Ordonnance n'avoit pas pour but de donner ce droit aux appelés, mais seulement d'en assujettir l'exercice à quelques formalités, telles que la nécessité de faire cette renonciation par acte notarié avec minute; et au contraire, tout ce que l'on pourroit conclure du silence du Code, c'est qu'actuellement il est permis de faire cette renonciation de toute manière. Or, cela posé, si l'appelé peut renoncer directement à son droit, à plus forte raison le

BIU Cujas

peut-il indirectement, en consentant à la vente faite par le grevé. Il y a même cette raison de plus, que, dans ce dernier cas, la renonciation ne vaut que dans l'intérêt de l'acquéreur, et uniquement pour lui ôter toute crainte d'être inquiété. Mais d'ailleurs la charge de restitution demeure entière pour le surplus; et l'appelé conserve même son recours, pour le prix de l'objet vendu, contre la succession du grevé, conformément à la loi 92, ff. *de Legatis*, 1°.; au lieu que dans le cas de la renonciation directe, la charge de restitution demeure entièrement éteinte, dans l'intérêt, soit des tiers, soit du grevé lui-même.

L'on peut opposer à cette décision que, chez les Romains, l'on pouvoit substituer toute autre personne que les enfans du grevé, tandis, que chez nous, les appelés étant toujours et nécessairement les descendans du grevé, l'on pourroit dire que de semblables consentemens et renonciations sont en quelque sorte des stipulations sur la succession paternelle, et que d'ailleurs l'on est porté en général à regarder les consentemens donnés par les enfans aux arrangemens faits par leur père, comme dictés par la crainte, *ne pejus faciat*. Cependant, comme les appelés ne tiennent rien du grevé, qu'ils tiennent tout au contraire du grevant; que par conséquent, il ne s'agit point ici d'une succession à venir, mais d'une succession ouverte, sur laquelle il n'est pas défendu de stipuler; que, d'un autre côté les appelés ont un droit certain, qui peut, à la vérité, s'évanouir par leur prédécès, mais auquel, tant qu'ils sont vivans, le père ne peut préjudicier, je ne vois pas pourquoi ils ne pourroient pas y renoncer en faveur d'un acquéreur, sauf leur recours, pour le prix, comme il a été dit ci-dessus. Cette opinion qui étoit celle de Ricard, Pothier, et Furgole, peut être appuyée d'ailleurs sur l'article 918 du Code, portant que les enfans qui ont consenti à l'aliénation faite par le père, à fonds perdu, au profit d'un successible, sont non-recevables à contester ladite aliénation, et à demander l'imputation de la valeur de l'objet sur la portion disponible, comme ils le pourroient, s'ils n'avoient pas consenti. Cet article regarde donc ces consentemens comme pouvant avoir quelqu'effet.

Quid, si l'aliénation a été faite sans leur consentement? Ils peuvent la faire annuller. Mais le pourroient-ils, s'ils avoient accepté la succession du vendeur? L'affirmative n'est pas douteuse, si l'acceptation avoit eu lieu sous bénéfice d'inventaire, puisqu'alors il n'y a pas confusion de qualités. L'héritier pourroit donc réclamer les objets mêmes, et renvoyer l'acquéreur à se pourvoir en garantie contre la succession bénéficiaire. En seroit-il de même, si l'acceptation étoit pure et simple? Ce qui peut faire quelque doute, c'est que l'Ordonnance permettoit expressément à l'appelé, même héritier pur et simple du vendeur, de révoquer les aliénations, en remboursant à l'acquéreur le prix total de la vente, ainsi que les frais et loyaux coûts du contrat. (Tit. II, art. 31.) Mais il est clair que c'étoit une disposition exorbitante du droit commun; car l'héritier du vendeur étant tenu de l'obligation de garantie contractée

BIU Cujas

par son auteur, étoit non-recevable à évincer l'acquéreur, d'après la règle, *eum quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* Aussi avoit-il fallu, pour lui donner ce droit, une disposition formelle de la loi, fondée sur ce que, les substitutions anciennes ayant principalement pour but de conserver les biens en nature dans les familles, il n'étoit pas indifférent à l'appelé d'avoir le prix de la chose, à la place de la chose même.

Aujourd'hui que les substitutions n'ont d'autre but que de conserver une ressource aux appelés, il est évident que le motif de l'Ordonnance n'existe plus. Car dès que la succession du grevé est acceptée purement et simplement par les appelés, il y a forte présomption qu'elle est avantageuse, et que par conséquent les appelés sont au-dessus du besoin. Et d'ailleurs, comme cette disposition étoit exorbitante, ainsi que nous venons de le prouver, il suffit qu'elle ne soit pas maintenue par le Code, pour qu'elle doive être regardée comme abrogée.

Les biens substitués peuvent-ils être acquis par prescription? Pour résoudre cette question sur laquelle le Code est muet, ainsi que l'étoit l'Ordonnance, il faut rappeler quelques principes. Il paroît résulter de plusieurs articles, que les appelés sont en général assimilés aux mineurs. D'abord, l'article 1061 prescrit au Procureur du Roi, à défaut d'autres personnes, de faire procéder à l'inventaire des biens du substituant; en deuxième lieu, l'article 1057, porte, qu'en cas de déchéance du grevé, le ministère public pourra faire prononcer l'ouverture du droit au profit des appelés; enfin l'article 83 du Code de Procédure, au 6°., ordonne la communication au ministère public de toutes les causes où l'une des parties est défendue par un curateur; ce qui s'applique bien certainement aux causes relatives aux biens substitués.

De ces différentes dispositions, qui paroissent mettre absolument les appelés à une substitution, sur la même ligne que les mineurs, on doit conclure que la prescription ne peut courir, à leur préjudice, pendant la jouissance du grevé. D'ailleurs, l'art. 2257 porte, que la prescription ne court point à l'égard d'une créance qui dépend d'une condition, jusqu'à ce que la condition arrive. Or, il est certain que le droit des appelés est subordonné à la condition, *si instituto supervixerint;* que, jusqu'à ce que cette condition se soit réalisée, ils sont dans l'impuissance d'agir; et que, par conséquent, jusque-là, l'on doit appliquer la maxime, *contrà non valentem agere non currit præscriptio.* Nous pouvons donc établir, en principe général, que la prescription ne court, au préjudice des appelés, que du jour que leur droit est ouvert, pourvu toutefois que la substitution ait été rendue publique. C'étoit aussi l'ancienne jurisprudence, attestée par l'annotateur de Ricard, *des Substit. dir. et fidéic.*, part. 2, chap. XIII. Et il paroît qu'il en étoit de même en droit Romain. (*L.* 3, §. 3, Cod. *Communia de Legat., etc.*)

Mais quel sera le délai de la prescription? Je pense qu'il faut distinguer;

BIU Cujas

Si le titre est émané du grevé, la prescription ne peut s'acquérir que par trente ans. Car il faut bien remarquer que, dans ce cas, il ne s'agit pas de la prescription à l'effet d'acquérir la propriété de l'immeuble, puisque, dans l'hypothèse, cette propriété a été transférée par le grevé, qui étoit lui-même propriétaire. C'est une propriété résoluble à la vérité, mais qui n'en est pas moins une propriété. La prescription ne peut donc servir alors, qu'à acquérir la libération de l'action révocatoire qui compète aux appelés, pour faire rentrer dans leurs mains les biens aliénés par le grevé. Or, cette action ne peut être prescrite que par trente ans, à compter du jour où ils ont pu agir, c'est-à-dire, du jour où leur droit a été ouvert, et encore sauf les suspensions et les interruptions de droit. (Argument tiré de l'art. 966.)

Mais remarquez que ce n'est qu'en faveur des appelés que la prescription est suspendue. Si donc la substitution devient caduque par le prédécès de tous les appelés et de leurs descendans, comme alors le grevé est censé avoir été, dès le principe, propriétaire incommutable, tout rentre, à son égard, dans le droit commun. Remarquez aussi qu'il s'agit ici uniquement de la prescription légale. Quant aux prescriptions conventionnelles, comme elles courent contre les mineurs, quand elles ont commencé contre leurs auteurs (art. 1663), elles doivent courir également contre les appelés, et pendant la jouissance du grevé, quand elles ont commencé contre les auteurs de la substitution.

Si le titre sur lequel est fondée la prescription, émane d'un tiers, non propriétaire, alors, comme c'est vraiment la propriété qu'il s'agit d'acquérir, la prescription pourra être acquise, soit par dix ou vingt ans à compter de la même époque, si la possession a commencé de bonne foi; soit par trente ans, dans le cas contraire.

Les transactions faites par le grevé, peuvent-elles être opposées aux appelés? Oui, mais pourvu que le tuteur à la substitution y ait concouru, et qu'on y ait observé les formalités prescrites pour les transactions qui intéressent les mineurs.

Quid, s'il est utile de vendre les biens comprisdans la restitution, pour éviter les expropriations? Je pense, par la même raison, que l'on doit également observer toutes les formalités prescrites pour la vente des biens du mineur. C'est aussi l'avis de l'annotateur de Ricard, *des Substitutions*, part. 2, n°. 91.

La prescription acquise par le grevé profite-t-elle aux appelés? Les auteurs domiciliés dans le ressort du Parlement de Provence, distingoient à ce sujet: Si le disposant avoit commencé à prescrire, ils pensoient que cette prescription, accomplie par le grevé, profitoit aux appelés, et que le cas de la substitution arrivant, la chose ainsi prescrite devoit être comprise dans la restitution; mais si la prescription n'avoit pas été commencée par le disposant, *putà*, s'il s'agissoit de la prescription acquise contre le légataire, pour raison de la chose léguée, ils prétendoient qu'elle ne devoit profiter qu'au grevé. (Montvallon, *des*

BIU Cujas

Successions, chap. 3, art. 26.) Cette distinction ne me paroît pas fondée, quand le grevé est chargé de rendre tout le disponible. Nous avons établi en effet plus haut que les augmentations qui peuvent survenir dans ce cas au disponible, doivent être comprises dans la restitution. Or, la prescription de l'action des légataires augmente réellement la masse du disponible dans la main du grevé. Donc cette prescription doit profiter aux appelés.

Les jugemens rendus contre le grevé peuvent-ils être opposés aux appelés? L'article 474 du Code de Procédure porte, qu'*une partie peut former tierce-opposition à un jugement qui préjudicie à ses droits, et lors duquel, ni elle, ni ceux qu'elle représente, n'ont été appelés.* Je pense, d'après cela, qu'il faut distinguer: Si les jugemens ont été rendus contre le grevé seul, et sans y appeler le tuteur à la substitution, il est certain que les appelés ne sont pas censés y avoir été parties, et que, par conséquent, ils peuvent y former tierce-opposition. Mais si le tuteur y est intervenu, comme il est le représentant légal des appelés, ils ne peuvent attaquer le jugement par la voie de la tierce-opposition, mais seulement par celle de la requête civile, dans les cas déterminés par l'article 481 dudit Code, c'est-à-dire, s'ils n'ont pas été défendus, ou s'ils ne l'ont pas été valablement; et par la même raison, aux termes de l'article 484, le délai de trois mois ne doit courir contre eux que du jour de la signification du jugement faite à personne ou domicile, depuis que le droit a été ouvert en leur faveur.

C'étoit, à peu de chose près, la disposition de l'Ordonnance de 1747, Titre II, articles 50 et suivans.

Voyez, relativement aux actions concernant les biens composant les majorats, le décret du 22 décembre 1812. (*Bulletin*, n°. 8421.)

Remarquez que, quoique le substitué ne soit pas tenu directement des dettes créées par le grevé, il peut cependant être tenu indirectement de ses faits, dans le sens que, si ce dernier, par exemple, n'a pas payé les arrérages ou intérêts échus pendant sa jouissance, les créanciers pourront poursuivre le substitué, sauf son recours contre le grevé, s'il n'a pas accepté sa succession. (L. 38, §. 2, ff., *ad Senat. Trebell.*, et RICARD, *des Substit.* partie 2, n°. 148.)

(2) *Le donateur peut ordonner.* C'est la faveur du mariage qui a déterminé cette disposition. Mais, dira-t-on, pourquoi avoir fait une disposition spéciale, pour accorder au donateur une faculté, qui semble être de droit commun? Chacun n'est-il pas le maître d'apposer à sa libéralité telles conditions qu'il juge convenables? Cela est vrai en principe général. Mais cependant, la permission de la loi étoit réellement nécessaire dans l'espèce. En effet, l'on voit que le Code n'a fait exception à la prohibition générale des substitutions, qu'à l'égard de certaines personnes, et seulement en faveur de la postérité des grevés. C'est uniquement dans l'intérêt de cette postérité, qu'ont été établies l'inaliénabilité et l'indisponibilité des biens substitués. Cependant il résulte de l'article

BIU Cujas

1054, que cette inaliénabilité peut profiter à d'autres qu'à cette postérité, savoir, à la femme du grevé, puisqu'elle se trouve avoir un recours sur les biens substitués, qui probablement n'existeroient plus, s'ils eussent été aliénables. Nous disons, *qui probablement n'existeroient plus*, pour deux raisons: la première, c'est que le fait de la substitution même doit faire présumer que le grevé ne passoit pas pour avoir beaucoup d'ordre et d'économie. La deuxième, c'est que le recours ne pouvant avoir lieu que subsidiairement, et en cas d'insuffisance des biens libres, il en résulte la preuve qu'il a dissipé tout le surplus de ses biens, et qu'il en auroit fait autant des biens substitués, s'il l'avoit pu.

Mais quel est le droit qui résulte, en faveur de la femme du grevé, de la disposition de l'article 1054? Je crois qu'on ne peut mieux le définir, qu'en disant que les biens substitués sont censés biens libres à l'égard de la femme du grevé, et qu'elle aura conséquemment les mêmes droits à l'égard de ses biens, qu'à l'égard des autres biens du grevé; mais qu'elle n'en aura pas davantage. Elle pourra donc exercer sur ces biens son hypothèque légale; cette hypothèque pourra être purgée, etc., etc, etc.

Quid, si le grevé épouse successivement plusieurs femmes? L'article 52 du Titre 1^er^. de l'Ordonnance leur donnoit à toutes l'hypothèque subsidiaire, sauf qu'elles ne pouvoient l'exercer contre les enfans d'un précédent mariage, quand ils recueilloient l'effet de la substitution. La disposition de l'Ordonnance étoit nécessaire dans l'ancien droit, où le recours des femmes avoit lieu *ipso jure*. Mais actuellement qu'il est nécessaire que le testateur l'ait permis, cela dépendra de la manière dont il se sera exprimé. S'il a dit *la femme du grevé*, cela devra s'entendre seulement de la femme que le grevé avoit au moment de la disposition; ou de sa première femme, s'il n'étoit pas marié à cette époque. *Secùs*, s'il a dit *les femmes*.

(3) *Pour le capital.* Ainsi, le testateur même ne pourroit autoriser le recours pour les intérêts de la dot. On n'a pas voulu accorder un droit, dont la femme ou ses héritiers auroient pu étendre considérablement l'effet, en négligeant de poursuivre le mari après la dissolution du mariage, en restitution de la dot.

(4) *Des deniers dotaux seulement.* Que doit-on entendre par les mots *deniers dotaux*? Ce sont les sommes d'argent constituées en dot; si les époux sont mariés sous le régime dotal; et les deniers réalisés, s'ils sont mariés sous le régime de la communauté.

Quid, à l'égard des deniers mis en communauté? L'hypothèque n'est nécessaire, et ne doit avoir lieu, qu'autant que le contrat de mariage contiendroit la clause de reprise de l'apport en renonçant.

Quid, si les deniers proviennent de la vente des immeubles personnels de la femme mariée sous le régime de la communauté? Je ne pense pas que l'hypothèque subsidiaire ait lieu. L'Ordonnance, bien plus favorable aux femmes

BIU Cujas

que le Code, la leur refusoit dans ce cas. (Tit. 1^er^., art. 49.) Et, en effet, ces immeubles n'ont pu être aliénés sans le consentement de la femme ; elle doit donc s'imputer de l'avoir donné. D'ailleurs, il dépendroit, dans ce cas, des deux époux, d'étendre considérablement l'hypothèque subsidiaire, et de faciliter par là au grevé les moyens de dissiper les biens substitués. C'est même probablement pour cette raison, que l'article 1054 s'est servi de l'expression de *deniers dotaux*. La même décision seroit applicable aux deniers paraphernaux ; le mari n'a pu les toucher sans le consentement de sa femme, (art. 1576), aux indemnités résultant de l'art. 1431, etc.

(5) *Et après affiches*, et en outre en présence du tuteur à la sbsutitution. L'article ne le dit pas formellement ; mais cela résulte de la combinaison des divers articles qui précèdent et qui suivent.

(6) *Au moment de la restitution ;* sauf cependant la responsabilité du grevé, relativement aux pertes et détériorations, autres que celles provenant de l'usage ordinaire des objets.

Quid, si les objets ne se retrouvent plus ? Le grevé doit en restituer la valeur, d'après la prisée faite en l'inventaire (argument tiré de l'article 950) ; certainement il n'est pas plus favorable que le donateur.

(7) *Et d'en rendre une égale valeur.* C'est une espèce de cheptel de fer. Appliquez en conséquence l'article 1826. Si donc la valeur des bestiaux existans au moment de la restitution, excède la valeur de ceux qui existoient au moment du décès, l'excédant appartient au grevé, quand ce seroient les mêmes bêtes, et que le nombre n'en seroit pas augmenté. Ainsi, il y avoit, au moment du décès, un troupeau de cent jeunes bœufs, valant trente mille francs : la restitution a lieu au bout de trois ans ; le même troupeau vaut cinquante mille francs : il n'en faudra que soixante pour compléter les trente mille francs dus aux appelés, et les quarante autres appartiendront à la succession du grevé.

(8) *Dans les trois mois au plus.* Pourquoi ne lui donne-t-on ici que trois mois, tandis que, dans le cas précédent, on lui en donne six ? C'est qu'ici il a pu prévoir le remboursement, et prendre d'avance ses précautions pour un emploi. La même raison n'est pas applicable aux deniers trouvés dans l'inventaire, ou provenant de la vente des meubles, dont il a pu ignorer, et dont il a très-probablement ignoré la quotité.

(9) *L'on doit se conformer à ce qu'il a prescrit.* L'Ordonnance, Tit. I^er^., art. 5, déclaroit nulle toute substitution de deniers comptans, ou d'effets mobiliers, lorsque le donateur n'avoit pas ordonné l'emploi. Cette disposition n'a pas été conservée ; il étoit beaucoup plus simple que la loi établît elle-même la nécessité de l'emploi.

BIU Cujas

PAGE 104.

(1) *S'il y a des immeubles ;* ce qui doit s'entendre, non-seulement des immeubles compris expressément dans la substitution, mais encore de ceux qui ont été acquis avec les deniers comptans provenant de la substitution.

(2) *Soient transcrits ;* dans quel délai ? La loi n'en détermine aucun ; mais le tuteur à la substitution a un grand intérêt à faire faire la transcription très-promptement. Car toutes les aliénations faites par le grevé, antérieurement à la transcription, étant irrévocables, le tuteur négligent seroit tenu d'indemniser les appelés de tout le tort qu'ils pourroient éprouver, par suite du défaut de transcription.

(3) *Par l'inscription*, et non *la transcription.* En conséquence, ce n'est point l'acte portant substitution qu'il faudra faire transcrire, mais seulement l'acte portant privilége, qu'il faudra faire inscrire.

A qui les débiteurs des sommes comprises dans la substitution pourront-ils payer valablement ? Sera-ce au grevé seul, ou seront-ils tenus d'appeler le tuteur ? Je pense qu'il faut distinguer : S'il s'agit de sommes prêtées par l'auteur même de la substitution, et au placement desquelles, par conséquent, le tuteur à la substitution n'a pas concouru, je pense que les débiteurs pourront payer valablement au grevé seul. Ils ne sont pas obligés de connoître la substitution. Mais comme le tuteur pourroit être responsable, si le grevé dissipoit les sommes reçues, il fera sagement de dénoncer la substitution aux débiteurs, en leur déclarant qu'ils aient à ne payer que lui duement appelé. D'après cela, s'ils payoient au grevé seul, je pense que le payement pourroit, en cas d'insolvabilité de ce dernier, être annullé dans l'intérêt des appelés.

Mais s'il s'agit de sommes placées par le grevé depuis son entrée en jouissance, et à l'emploi desquelles le tuteur a concouru, comme les débiteurs ne peuvent ignorer l'existence de la substitution, ils ne pourront payer valablement qu'en présence du tuteur. *Res eodem modo dissolvi debent quo fuerunt colligatæ.* La présence du tuteur a été nécessaire pour l'emploi : elle est également nécessaire pour le remboursement.

S'il y a des meubles compris dans la substitution, et que le testateur ait ordonné de conserver en nature, il n'y a aucune mesure particulière à prendre, attendu que, quelque chose que l'on fît, on ne pourroit empêcher la validité des aliénations que le grevé pourroit en faire ; et ce, d'après l'article 2279, et, en outre, d'après l'esprit général du Code, qui veut, qu'en fait de meubles, le droit d'administrer emporte, à l'égard des tiers, le droit de disposer.

(4) *Tiers-acquéreurs*, à titre onéreux. Nous allons voir tout-à-l'heure, que ce défaut ne peut être opposé par ceux qui ont acquis à titre gratuit, soit de l'auteur de la substitution, soit de ses donataires, légataires, etc.

BIU Cujas

(5) *Ou héritiers légitimes.* Cet article, combiné avec le 941, présente quelque difficulté. Car il est dit, dans le 941, que toute personne ayant intérêt, peut opposer le défaut de transcription. L'on n'excepte que le donateur, et dans notre opinion, ses héritiers. Donc ses donataires, légataires, ne sont point exceptés, et pourroient, sans nul doute, opposer le défaut de transcription. Dans l'article 1072, au contraire, non-seulement les héritiers du disposant, mais encore ses successeurs à titre particulier, tels que les donataires et légataires, ainsi que leurs donataires, légataires ou héritiers, ne peuvent opposer le défaut de transcription. Mais il faut remarquer :

1°. Qu'il y a une grande différence entre le donataire, auquel on peut imputer de n'avoir pas fait transcrire la donation, et l'appelé, qui n'existoit peut-être pas à l'époque où la substitution a été connue ;

2°. Que dans l'article 1072, il s'agit, à la vérité, de successeurs à titre particulier, mais en même temps à titre gratuit, *qui proindè certant de lucro captando*, et auxquels, d'après cela, on a cru devoir préférer les appelés, puisqu'il s'agit, le plus souvent, de conserver à ceux-ci des moyens d'existence.

3°. Enfin, qu'il n'y a que les appelés qui soient relevés du défaut de transcription, et que ce relief ne profite pas aux grevés, s'ils se trouvent dans le cas de l'article 941. Si, donc, par exemple, un immeuble a été donné entre-vifs, à charge de restitution, et que la donation n'ait pas été transcrite, qu'ensuite le donateur ait disposé du même immeuble à titre gratuit, en faveur d'une autre personne, celle-ci pourra opposer le défaut de transcription au grevé donataire, sans pouvoir l'opposer aux appelés : en conséquence le second donataire conservera l'objet avec la charge de restitution, tellement que, si le grevé meurt laissant des descendans, la seconde donation sera annullée ; mais s'il décède sans postérité, le second donataire demeurera propriétaire irrévocable de l'immeuble.

Telle est l'interprétation que j'ai cru devoir donner de l'article 1072.

Observez que, lorsque la substitution est contenue dans une donation entre-vifs d'objets immobiliers, il est inutile de faire deux transcriptions, puisqu'actuellement la transcription des donations doit avoir lieu dans les mêmes cas et dans les mêmes bureaux que celle des substitutions.

PAGE 105.

(1) *Elles sont caduques, si le mariage ne s'ensuit pas.* Je crois que cette disposition doit s'appliquer, non-seulement aux donations portées dans le contrat de mariage, mais encore à toutes celles qui sont faites en faveur du mariage. L'article 1088 paroît contenir, sur ce point, une disposition expresse; mais, néanmoins, il y auroit toujours cette différence, que la donation faite par contrat de mariage est présumée, de droit, faite en faveur du mariage

BIU Cujas

tandis que, si elle est portée dans tout autre acte, elle ne sera réputée telle, qu'autant que le donateur se sera expliqué formellement à ce sujet.

De ce que ces sortes de donations sont déclarées caduques, si le mariage ne s'ensuit pas, l'on doit en conclure que, si le mariage a eu lieu, mais qu'il soit déclaré nul, la donation demeure révoquée, mais entre les parties seulement, et sans préjudice des droits que des tiers de bonne foi ont pu acquérir sur les biens donnés.

(2) *Elles ne sont point révocables pour cause d'ingratitude.* Appliquez ce qui est dit note précédente. Il suffit que la donation soit faite en faveur du mariage, aux termes de l'art. 959, pour que la disposition de cet article doive être appliquée.

Cette exception est fondée sur ce que celui qui donne en faveur du mariage, est censé embrasser dans sa libéralitéles enfans qui doivent en provenir. Cela est si vrai, que, si la donation est de biens à venir, les enfans du mariage sont toujours censés substitués vulgairement à l'époux donataire. (Art. 1082.) Or, si les enfans sont eux-mêmes donataires, il ne seroit pas juste que l'ingratitude de leurs père ou mère fût suffisante pour faire révoquer la donation à leur préjudice. De ces principes qui sont certains, il me semble que l'on peut conclure :

1°. Que la donation peut être révoquée pour cause d'ingratitude, lorsque le mariage est dissous sans postérité;

2°. Que cette disposition n'est pas applicable aux donations entr'époux, parce qu'alors l'intérêt des enfans n'est plus le même, puisqu'ils retrouveront toujours les objets donnés dans la succession, soit du donateur, soit du donataire. Cette dernière conséquence résulte d'ailleurs nécessairement des articles 299 et 300. Cependant, le contraire a été jugé par un arrêt de Toulouse, du 11 avril 1809, et rapporté dans SIREY, 1813; 2e. partie, page 330, mais dont les motifs ne m'ont pas paru suffisans pour me déterminer à changer d'opinion.

(3) *Dont l'exécution dépende de la volonté du donateur*; et ce, quand elles seroient entre-vifs et de biens présens. *Sic* jugé en Cassation, le 27 décembre 1815. (*Bulletin*, n°. 69.)

(4) *D'un objet compris.* Il faut, pour que la disposition de l'art. 1086 soit applicable, que l'objet soit compris, ou censé compris dans la donation, et que le donateur se soit réservé la faculté d'en disposer. Alors, s'il n'en dispose pas, l'objet réservé appartient au donataire. Mais si le donateur s'est réservé simplement l'objet, sans le comprendre dans la donation, le donataire n'a rien à réclamer, soit que le donateur ait disposé ou non. Si donc il a dit : *Je donne ma terre, mais je me réserve la première coupe des bois*; coupe n'est pas comprise dans la donation; et si le donateur n'en dispose s, elle appartiendra à ses héritiers; mais s'il a dit : *Je donne ma terre,*

BIU Cujas

et je me réserve la faculté de disposer de la coupe, la coupe est censée comprise dans la donation; et, s'il n'en dispose pas, elle appartiendra au donataire ou à ses héritiers.

La raison de différence consiste en ce que, de droit commun, le don d'une terre emporte le don des arbres qui s'y trouvent sur pied, à moins qu'ils ne soient formellement exceptés. Or l'exception a eu lieu précisément dans le premier cas, puisque le donateur s'est réservé la coupe. Il a donc déclaré par là qu'elle n'étoit pas comprise dans la donation. Le donataire ne pourroit donc y avoir de droit, qu'autant qu'elle lui seroit donnée par un nouvel acte. Dans le second cas, au contraire, le donateur ne s'est rien réservé; il a donné la terre purement et simplement; il a donc donné aussi les bois sous la condition résolutoire, *s'il n'en disposoit pas*. La condition est défaillie par le défaut de disposition. La donation des bois devient donc pure et simple.

(5) *Ou à ses héritiers.* En directe seulement. Toutes les fois qu'un objet est donné avec réserve d'en disposer, la donation est censée de biens à venir, ou pour cause de mort, puisque le donataire n'est saisi de rien; et il est de principe que ces sortes de donations sont caduques, si le donateur survit au donataire et à sa postérité.

(6) *Ensemble ou séparément;* ce qu'il faut entendre dans le sens que la donation des biens à venir comprend toujours les biens présens, en tant que le donateur n'en aura pas disposé à titre onéreux avant son décès, tandis que la donation des biens présens ne comprend jamais les biens à venir.

Quelques auteurs ont pensé qu'il n'étoit pas absolument nécessaire que la donation de biens à venir fût contenue dans le contrat de mariage du donataire, pourvu qu'elle fût faite par un acte antérieur au mariage, et qu'il y fût exprimé qu'elle est faite en faveur et sous la condition du mariage même. Je ne puis partager cette opinion. De droit commun, ces sortes de donations sont nulles; l'art. 1082 les permet, mais par contrat de mariage seulement. C'est donc une exception qui doit être renfermée dans le cas pour lequel elle a été établie; et il y a d'ailleurs une raison que peut justifier la disposition de cet article. En effet, elle est fondée sur ce qu'on a voulu favoriser les mariages, et que l'on a pensé que la donation avoit pu être une des causes déterminantes du mariage qui a eu lieu. Or, au contrat de mariage interviennent, non-seulement les époux, mais encore le plus ordinairement leurs familles respectives. L'on peut donc raisonnablement penser que, non-seulement le donataire, mais encore l'autre époux, et leurs deux familles, n'ont consenti au mariage qu'à cause de la donation. Or, cette raison pourroit-elle s'appliquer à un acte passé entre le donateur et le donataire seul, et auquel n'interviendroient pas les autres parties. Si elles y interviennent, alors pourquoi ne pas le faire comme appendice au contrat de mariage, en se conformant aux formalités prescrites par les articles 1396 et 1397 ?

BIU Cujas

(7) *Pour ces sortes de donations.* Ainsi elle saisit le donataire : elle n'est point caduque par son prédécès ; mais elle le seroit, si le mariage ne s'ensuivoit pas. Elle doit être transcrite, si elle comprend des immeubles. Mais les héritiers du mari ne pourroient opposer à la femme donataire le défaut de transcription, quand même ils auroient intérêt; *putà*, si les biens donnés leur avoient été vendus ou hypothéqués par le donateur, postérieurement à la donation. Le mari est chargé de faire transcrire les donations faites à sa femme (art. 940) ; il ne pourroit donc lui-même opposer le défaut de transcription, et ses héritiers n'ont pas plus de droit que lui. (Art. 941.)

(8) *Au profit des enfans à naître.* En effet, ou elle seroit faite directement aux enfans, et alors elle seroit nulle, parce qu'aux termes de l'article 906, pour être capable de recevoir entre-vifs, il faut être au moins conçu au moment de la donation : ou elle seroit faite à l'époux, à la charge de rendre aux enfans; et alors ce seroit une substitution prohibée par l'art. 896.

(9) *Si ce n'est dans les cas prévus dans le chapitre précédent.* C'est-à-dire, que, si l'époux est descendant ou frère du donateur, la donation pourra lui être faite à lui-même, à la charge de conserver et de rendre à ses enfans à naître, mais toujours sous les conditions imposées par le chap. VI. Si donc le donataire est frère du donateur, la disposition ne pourra avoir lieu au profit des enfans à naître du donataire, qu'autant que le donateur n'aura pas de postérité.

Dans tous les cas, la charge de conserver ne pourra être imposée que pour ce qui concerne le disponible.

Enfin, le donateur ne pourra stipuler que les biens donnés seront rendus aux seuls enfans qui naîtront du mariage. Cela est prohibé par l'art. 1050.

Page 106.

(1) *Que le donateur laissera au jour de son décès.* C'est ce qu'on appelle *Institution contractuelle*, si toutefois la donation est de tout, ou d'une partie aliquote des biens que le donateur laissera : car si elle étoit d'un objet particulier, par exemple ; s'il étoit dit que, *tel objet est donné pour en jouir à compter du décès du donateur, s'il existe encore dans ses biens*, une pareille donation devroit être assimilée à un legs, sauf que le donateur ne pourroit plus disposer de l'objet à titre gratuit, à moins qu'il ne s'en fût réservé expressément la faculté, comme dans l'art. 1086.

Observez que ces sortes de dispositions doivent être assimilées à des donations pour cause de mort, sous le rapport de la quotité des biens qui y sont compris, et à des donations entre-vifs sous le rapport de la capacité du donateur et du donataire. C'est donc le moment du décès du donateur qu'il faut considérer, pour déterminer le *quantùm* de la donation. Mais c'est le moment de l'acte qu'il faut considérer pour juger si, et ce que le donateur étoit capable

BIU Cujas

de donner, et le donataire de recevoir. *Sic* jugé par deux arrêts de Cassation des 18 mai et 9 juillet 1812. (SIREY, 1813; 1re. partie, pag. 12 et 29.). Arrêt de la même Cour du 5 mai 1812. (*Ibid.* pag. 7.)

Les institutions contractuelles peuvent être faites en faveur des époux, non-seulement par leurs père et mère, ou autres ascendans, mais encore par leurs collatéraux, et même par des étrangers? (Art. 1082.) Il existe sur cette matière un traité assez estimé, par BOUCHEUL, intitulé *Des Conventions de succéder.*

Deux personnes pourroient-elles faire, par le même contrat de mariage, une institution contractuelle au profit du même individu? Oui. Le motif qui a fait adopter la disposition de l'article 968 n'existe plus ici, puisque l'institution contractuelle est irrévocable.

Quid, si le contrat de mariage contient seulement promesse d'instituer pour tout ou partie de la succession? On tenoit anciennement que cela valoit institution. (BOUCHEUL, chap. 1er., nº. 13.) Et je pense qu'il en seroit de même actuellement. (Argument tiré de l'article 1589.)

Quid, s'il y a promesse d'égalité, si, par exemple, le père, en mariant un de ses enfans, promet de les instituer tous également? Cette promesse est valable, mais seulement dans l'intérêt de celui dans le contrat de mariage duquel elle a été faite. Si donc nous supposons que ce père ait trois enfans, et qu'après avoir fait la promesse d'égalité dans le contrat de mariage de l'un d'eux, il donne à un second la portion disponible à titre de préciput, cette portion qui, sans la promesse d'égalité, eût été du quart, et qui eût réduit la part héréditaire de chaque enfant au quart de la succession, ne sera, dans l'espèce, que des deux douzièmes, dont moitié sera supportée par l'enfant donataire par préciput, et l'autre moitié par le troisième enfant; et la part de l'enfant marié sera toujours du tiers.

Mais de ce que cette promesse d'égalité n'a point d'effet à l'égard des autres enfans, il suit qu'elle n'empêche pas le père de donner tout ou partie du disponible à l'enfant dans le contrat de mariage duquel elle a été faite.

Une femme, mariée sous le régime dotal, pourroit-elle faire une institution contractuelle qui comprendroit même ses biens dotaux? Oui, sans doute, puisqu'elle pourroit les donner par testament.

Mais auroit-elle besoin d'être autorisée? La raison de douter se tire de ce que, par cette sorte d'institution, la femme ne préjudicie, ni à son mari ni à elle-même, puisque la disposition ne comprend que les biens que la femme laissera à son décès, et qu'elle auroit pu donner par testament, sans être autorisée. Mais la raison de décider est que cette institution doit, sous quelque rapport, comme nous l'avons dit, être regardée comme un acte entre-vifs, qui lie même la femme donatrice, puisqu'elle s'interdit la faculté de disposer à titre gratuit des objets compris dans l'institution; que, pour tout

BIU Cujas

acte entre-vifs, la femme doit être autorisée : que d'ailleurs la femme séparée contractuellement, qui vend un de ses immeubles, et la femme mariée sous le régime dotal, qui vend un immeuble paraphernal, ne préjudicient point à leurs maris, et que cependant elles doivent être autorisées ; et cela parce que, comme nous l'avons établi au Titre *du Mariage*, l'autorisation est exigée uniquement *propter reverentiam marito debitam.*

Pourroit-on renoncer à une institution contractuelle, pendant la vie de l'instituant ? Je ne le pense pas. C'est une véritable succession à laquelle on ne peut renoncer tant qu'elle n'est pas ouverte. *Sic* jugé à Riom le 30 avril 1811. (SIREY, 1815 ; 2e. part., pag. 71.)

(2) *A l'égard des enfans.* Il faut entendre par ces mots tous les descendans du mariage.

(3) *En cas de prédécès de ce dernier. Quid*, s'il n'y a pas d'enfans de ce mariage, mais que le donataire en ait d'un mariage postérieur, qui soient existans au moment du décès du donateur, empêcheront-ils la caducité ? La négative me paroît résulter formellement de l'article 1082. Il est dit, dans le premier aliéna, *au profit des enfans à naître* DE LEUR MARIAGE : et dans le second, *au profit des enfans et descendans à naître* DU MARIAGE. L'article entend donc toujours parler des enfans issus du mariage à l'occasion duquel la donation a été faite. On oppose à cette décision l'article 1089, qui ne prononce la caducité des donations comprises dans l'article 1082, *qu'en cas de prédécès du donataire et de sa postérité*, en général, et sans distinction. Il suffit donc, ajoute-t-on, pour empêcher la caducité, qu'il existe des descendans du donataire, de quelque mariage qu'ils proviennent. Mais cette objection sera facilement résolue.

D'abord, il est de principe que tous les articles d'un Code doivent être interprétés les uns par les autres.

En second lieu, quand, de deux articles, l'un exprime une proposition générale, et que l'autre particularise cette proposition, le sens général doit être restreint au cas particulier.

Troisièmement enfin, quand un article présente du doute, il doit être interprété par celui qui n'en présente pas.

Or, en appliquant ces règles à la question qui nous occupe, l'on verra que l'article 1089 parle, à la vérité, de la postérité du donataire ; mais que ce mot *postérité* pouvant être entendu également de tous les descendans, ou seulement des descendans du mariage dont il s'agit, le doute à cet égard est levé par l'article 1082, qui désigne clairement et spécialement les enfans issus du mariage à l'occasion duquel la donation a été faite.

Ces principes ont été tellement sentis par les partisans de l'opinion contraire, qu'ils ont été obligés d'apporter à leur système une modification qui le détruit entièrement. Voulant absolument conserver à l'article 1089 le sens général

BIU Cujas

qu'il paroît avoir, et ne pouvant, d'un autre côté, se dérober à la disposition claire et précise de l'article 1082, ils ont imaginé de dire que, quand il existoit tout-à-la-fois des enfans du mariage à l'occasion duquel la donation a été faite, et des enfans d'un mariage postérieur, les premiers devoient être préférés, et profiter seuls de l'institution; mais que, s'il en existoit seulement d'un mariage postérieur, cela suffisoit pour empêcher la caducité. Je dis que cette interprétation détruit tout le système; car, sur quel motif peut être fondée la préférence que l'on accorde ici aux enfans du premier mariage, si ce n'est sur ce que l'on est obligé de convenir que ce sont les seuls que le donateur a entendu embrasser dans sa libéralité? Pour quelle raison donc voudroit-on étendre cette même libéralité aux enfans des mariages postérieurs, que, de l'aveu même des adversaires, le donateur n'avoit, en aucune manière, intention de gratifier? D'ailleurs, il résulte bien évidemment de l'article 1082, que, si la loi n'avoit pas établi la présomption qu'il y a substitution vulgaire, la donation seroit caduque par le prédécès du donataire seul; ce qui est d'ailleurs conforme à tous les principes relatifs à ces sortes de donations. Or, ce même article n'établit de substitution vulgaire qu'en faveur des enfans issus du mariage, à l'occasion duquel la donation a été faite. D'un autre côté, il est constant que toute institution contractuelle est caduque par le prédécès de l'institué et des substitués. Comment donc est-il possible de la faire revivre au profit d'individus qui ne sont compris, ni dans l'institution, ni dans la substitution?

Je pense donc que l'article 1089 doit être entendu dans le sens de l'article 1082, et que l'institution contractuelle est toujours censée faite exclusivement au profit de l'époux donataire, et des enfans à naître du présent mariage seulement. C'étoit d'ailleurs l'ancien droit (Pothier, *Introduction au Titre* 17 *de la Coutume d'Orléans*, n°. 28, et Laurière, *des Instit. contract.*, chap. 7, n°s. 46 et 47); et rien n'annonce que les rédacteurs du Code aient voulu y déroger. Au contraire, la rédaction de l'article 1082 paroît s'y référer entièrement.

Mais si la présomption de la loi n'a pas lieu en faveur des enfans des autres mariages, pourroient-ils au moins être appelés par la volonté expresse de l'instituant? Je pense qu'ils ne pourroient l'être que par le moyen de la substitution fidéicommissaire, dans les cas prévus par les articles 1048 et 1049.

Pourroit-on, par contrat de mariage, donner les biens à venir aux enfans à naître du mariage, sans donner à l'époux? Cela se pouvoit anciennement. Aujourd'hui la négative paroît certaine; il est vrai que le premier alinéa de l'article 1082 dit que l'on peut donner, *tant aux époux qu'aux enfans à naître du mariage*; ce qui peut s'entendre, tant séparément que collectivement. Mais ce qui suit prouve que l'on doit entendre cette disposition dans le sens que l'on peut donner, soit à l'époux seul, soit à l'époux et aux enfans à naître. En effet, l'article ajoute que l'on peut donner aux enfans à naître,

BIU Cujas

dans le cas où le donateur survivroit à l'époux donataire. Il faut donc deux choses, pour que les enfans à naître puissent être l'objet de la libéralité : la première, que l'époux soit lui-même donataire ; et la seconde, qu'il prédécède le donateur. D'ailleurs il pourroit résulter du système contraire une sorte de substitution fidéicommissaire, et par conséquent prohibée. Supposons en effet que, dans le contrat de mariage de Paul, Pierre institue seulement les enfans à naître du mariage. Pierre meurt. Paul n'a pas encore d'enfans ; mais il peut en avoir. Il ne peut pas recueillir l'effet de l'institution ; car ce n'est pas lui qui est institué. Les biens passeront donc à l'héritier de Pierre, mais avec la charge de les conserver et de les rendre aux enfans que Paul pourra avoir. Cela rentrera donc dans la classe des dispositions prohibées par l'article 896.

Observez, 1°. que la disposition par l'effet de laquelle les enfans du mariage sont substitués vulgairement au donataire, est fondée sur une simple présomption de la volonté du donateur ; mais que cette présomption peut être détruite par une volonté contraire. Si donc le donateur a stipulé expressément que l'institution seroit caduque en cas de prédécès du donataire, soit qu'il y ait enfans, ou non, du mariage, la clause est valable, et la substitution n'aura pas lieu au profit des enfans ; car, puisque le donateur peut, même dans le cas d'une donation entre-vifs, qui saisit le donataire, stipuler le droit de retour pour le cas du prédécès du donataire seul, à plus forte raison peut-il stipuler, pour ce même cas, la caducité de l'institution contractuelle.

Par la même raison, je pense que l'instituant pourroit stipuler, qu'en cas de predécès du donataire avec enfans, il aura la faculté de distribuer entr'eux sa succession, par portions inégales ; car, puisqu'il pouvoit ne leur rien donner ; à plus forte raison peut-il leur donner inégalement le tout, sauf le droit de réserve, si c'est un ascendant.

Mais pourroit-il stipuler qu'en cas de prédécès du donataire, les biens donnés appartiendront exclusivement à l'un des enfans, à l'aîné, par exemple ? Je ne le pense pas : on ne peut en général disposer entre-vifs au profit d'individus non-conçus au moment de la donation. Il n'y a que deux exceptions à cette règle : c'est celle de la substitution fidéicommissaire, dans les cas où elle est admise, et celle de la substitution vulgaire tacite, établie par l'art. 1082. Mais, dans ces deux cas, la substitution a lieu au profit de tous les enfans du donataire sans distinction ; et comme ce sont réellement deux exceptions, elles ne peuvent s'étendre au-delà des cas pour lesquels elles sont établies ; et elles doivent réunir toutes les conditions que la loi y a elle-même apposées.

Nec obstat ce que nous venons de dire que l'instituant pourroit stipuler, qu'arrivant le prédécès du donataire, il pourroit distribuer sa succession inégalement entre les enfans dudit donataire ; ce qui suppose qu'il pourroit même la donner entièrement à l'un d'eux. Car autre chose est d'exercer un droit, autre chose est de se réserver la faculté de l'exercer. Dans ce dernier cas, l'instituant

BIU Cujas

ne dispose pas. Il annonce seulement l'intention de disposer: et quand il disposera réellement, les enfans seront existans : dans l'autre cas au contraire, il disposeroit réellement au profit d'un individu non encore existant ; ce qui est contraire aux dispositions de la loi.

Observez, en second lieu, qu'il y a ici, comme nous l'avons dit, substitution vulgaire en faveur des enfans issus du mariage. En conséquence, ces enfans sont censés tenir de l'instituant seul les biens compris dans l'institution. Ils les prennent donc *jure suo*, comme héritiers de l'instituant, et non comme héritiers de l'institué. Il n'est donc pas nécessaire qu'ils aient accepté la succession de ce dernier : l'institué ne pourroit, par aucune disposition, faire entr'eux un partage inégal des biens compris dans l'institution. Mais quoiqu'ils viennent à la succession du donateur, *jure suo*, ils y viennent néanmoins dans l'ordre de la représentation; c'est-à-dire, que, si l'institué prédécède, laissant des enfans et des petits-enfans, ils succèdent par souches et non par têtes.

Pourroit-on faire une institution contractuelle sous condition? Oui, sans doute, et même, comme nous l'avons vu, sous des conditions qui dépendent de la volonté du donateur; mais elle ne pourroit être faite sous la condition de donner quelque chose à un tiers : car cette condition tendroit à violer la loi, qui ne permet les donations de biens à venir que par contrat de mariage, et en faveur des époux. (*Voir* ci-dessus, la note (2) de la page 70.)

(4) *Ou à titre universel.* Pour connoître si une donation de biens à venir est faite à titre universel, et si, en conséquence, le donataire doit être tenu des dettes, appliquez ce qui est dit, art. 1010.

(5) *Institution contractuelle.* Il y a cependant cette différence entre l'institution contractuelle, et les autres donations dont l'effet peut également dépendre de la volonté du donateur, que la première est toujours et irrévocablement caduque, si le donateur survit au donataire et à sa postérité; au lieu que les autres peuvent, suivant les circonstances, passer aux héritiers ou ayant-cause du donataire. La raison de différence, c'est que la première est une véritable institution d'héritier, un don de la succession. Or, nous avons vu que, pour être héritier d'un individu, il faut lui avoir survécu. Et si la loi admet ici au bénéfice de l'institution les enfans du donataire prédécédé, c'est parce qu'elle suppose une substitution vulgaire en leur faveur. Mais quant aux donations entre-vifs qui ne sont rangées dans la classe des donations de biens à venir, que parce que leur effet dépend de la volonté du donateur, il faut distinguer si la condition dont elles dépendent, est résolutoire ou suspensive. Si elle est résolutoire, comme cette condition n'empêche pas l'acte d'être parfait dans son principe, je pense que le donataire est saisi de l'objet, sous la condition imposée, et qu'à son décès, il le transmet à ses successeurs, quels qu'ils soient, sous la même condition. Si la condition est suspensive, il faut encore distinguer : Si la condition a été accomplie avant le décès du donataire, il a été,

BIU Cujas

par l'effet de cet accomplissement, irrévocablement saisi de l'objet donné; et il le transmet en conséquence à ses successeurs. Mais, s'il est décédé sans postérité avant l'événement de la condition, alors la donation devient caduque. Nous voyons en effet, par l'art. 1182, que, pour que l'accomplissement de la condition suspensive confirme l'obligation, il faut que, au moment de cet accomplissement, les choses soient dans un état tel que l'obligation puisse avoir lieu. Or, il n'en est pas ainsi dans l'espèce, puisque l'on suppose le donataire décédé avant cet accomplissement; or, on ne peut donner à une personne décédée. Donc etc. Telle paroit avoir été la doctrine des Jurisconsultes Romains. (Argument tiré de la loi 9, §. 1, ff. *de Jure dotium.*)

(6) *De la part du donateur. Quid*, s'il vient à mourir avant la célébration du mariage? La donation n'en est pas moins irrévocable. A la vérité, elle est toujours censée faite sous la condition du mariage; mais la faveur du mariage doit, dans ce cas, faire regarder cette condition comme résolutoire. En conséquence elle n'empêche pas l'acte d'être parfait dans son principe; et d'après ce qui a été établi dans la note précédente, la mort du donateur, quoiqu'antérieure à l'événement de la condition, ne peut y porter atteinte : telle est également la décision de la loi précitée 9, §. 1. ff. *de Jure dotium.*

(7) *A titre gratuit.* Donc il peut disposer à titre onéreux; donc toutes les aliénations et hypothèques sont valables; donc il n'y a pas lieu à la transcription, quand même le donateur seroit propriétaire d'immeubles au moment de l'institution. Et en effet, indépendamment de l'inutilité de la transcription, où feroit-on transcrire? Ce ne sont pas les immeubles que le donateur possède au moment du mariage, qui sont donnés; ce sont ceux qu'il possédera à son décès. Or, il peut vendre tous ceux qu'il a en ce moment, et en acheter d'autres.

De ce que le donateur ne peut plus disposer, à titre gratuit, des objets compris dans la donation, doit-on en conclure que le donataire contractuel pourroit revendiquer contre les tiers, les objets donnés entre-vifs? La négative ne me paroît pas douteuse, quant aux meubles. Les meubles n'ont pas de suite, et, en fait de meubles, la possession vaut titre. Mais il ne doit pas en être de même, quant aux immeubles. Autrement la prohibition de la loi seroit continuellement éludée. En vain diroit-on que le donataire contractuel aura un recours contre le donateur. Car d'abord il est très-possible que ce dernier soit insolvable; et d'ailleurs, quel pourra être ce recours, si l'institution contractuelle comprend toute la succession du donateur?

Nec obstat ce qui est dit ci-dessus, note (8) de la page 71, que le défaut de transcription peut être opposée au donataire, même par ceux qui ont acquis du donateur à titre gratuit. Il y a cette différence essentielle entre les deux cas, que dans les donations ordinaires, de biens présens, le donataire a un moyen d'empêcher toute disposition de la part du donateur, en faisant transcrire la donation. Or, il ne peut employer ce moyen dans la donation de biens à venir,

BIU Cujas

ainsi que nous venons de le démontrer. Donc, si on ne lui donnoit pas l'action en recours contre les donataires, il n'auroit aucune ressource pour empêcher le donateur d'anéantir la donation, même par des dispositions à titre gratuit; et ce, contre la prohibition de la loi.

(8) *Sauf quelques dons modiques. Quid*, si le donateur s'est réservé la faculté de disposer d'une certaine somme? Il est censé avoir, par-là, fixé lui-même l'étendue de sa disponibilité, et il ne peut en conséquence rien donner au-delà de la somme fixée. (Boucheul, *des Conventions de succéder*, chap. 1^er^. n°. 23, et Lebrun, *des Successions*, liv. 3, chap. 2, n°. 24.)

(9) *Ou autrement.* Ainsi, il n'est pas absolument nécessaire que les dons soient rémunératoires. Il suffit qu'ils soient modiques. On n'a pas voulu priver l'instituant du plaisir de laisser une marque de souvenir à un ami. Mais il a été jugé en Cassation le 23 février 1818 (*Bulletin*, n°. 17), que toute donation à titre universel, même au profit de la veuve de l'instituant, étoit nulle.

Quid, si l'institué a consenti aux donations faites par l'instituant? Si ce consentement a eu lieu pendant la vie de l'instituant, je ne pense pas qu'il puisse avoir d'effet. Il doit être présumé arraché par la crainte, *ne pejus faciat*, et d'ailleurs il me semble que l'on peut regarder ce consentement comme un pacte sur une succession future. Cependant, voir un arrêt de Cassation du 8 novembre 1815. (Sirey, 1816; 1^re^. partie, pag. 137.) Mais il est évident que cet arrêt a été rendu dans des circonstances particulières; la nullité des dispositions étoit demandée par les créanciers de celui qui avoit consenti, mais qui n'avoient pas cette qualité à l'époque à laquelle le consentement avoit été donné.

(10) *Le donataire est tenu.* L'article 1086 dit que la donation en faveur des époux et des enfans à naître du mariage, *pourra* être faite à condition de payer indistinctement toutes les dettes et charges de la succession du donateur. Ce mot *pourra*, qui paroît induire une disposition facultative, peut présenter quelque difficulté; car il est bien évident qu'il s'agit, dans l'espèce, d'une donation de biens à venir, puisqu'il n'y a que celle-là qui puisse être faite aux enfans à naître. Or, si c'est une donation universelle, c'est-à-dire, de tous les biens que le donateur laissera à son décès, le donataire ne pourroit, par l'effet d'aucune stipulation, être libéré de l'obligation de payer toutes les dettes. Il sembleroit donc qu'on ne devroit pas dire que cette donation *pourra* être faite à condition de payer toutes les dettes, puisqu'elle ne peut pas être faite autrement. Cependant on peut donner au mot *pourra*, deux sens raisonnables : le premier, que le donateur pourra ne donner à l'époux et aux enfans qu'une quote de sa succession, et leur imposer l'obligation de payer toutes les dettes, et même les charges, c'est-à-dire, les légitimes (*voyez* l'art. 36 de l'Ordon. *des Donations*); et le second, que le donateur pourra les charger de payer tous les legs. Car, quoique l'article 1083 dise que le donateur ne peut

BIU Cujas

plus disposer à titre gratuit, des objets compris dans la donation, si ce n'est pour sommes modiques, etc., cela doit s'entendre du cas où il n'y a aucune stipulation particulière à ce sujet. En effet, il n'est pas douteux que le donateur ne puisse, par l'acte de donation, se réserver le droit de faire toutes les dispositions qu'il jugera convenables, puisqu'il est dit, par l'article 1086, que la donation peut être faite sous toute condition dont l'exécution dépend de la volonté du donateur. Dans ces deux cas donc, le payement de toutes les dettes et charges n'est pas de droit; il peut seulement être stipulé par le donateur; et le donataire est tenu de s'y conformer, ou de renoncer à la donation.

(11) *En renonçant à la donation.* Nous avons fait voir précédemment pourquoi, dans ce cas particulier, le donataire pouvoit s'affranchir des charges, en renonçant à la donation. (*Voyez* ci-dessus, la note (1) de la page 75.)

(12) *Existant au moment de la donation.* On n'a pas voulu déroger, même dans ce cas, au principe qui veut que, dans la donation de biens présens, la quotité en soit certaine et invariable au moment de la donation; ce qui n'existeroit pas, si les charges dont ils sont grevés, n'étoient pas dès-lors connues. Par la même raison, si la donation des biens présens comprend des meubles dont la tradition réelle n'ait pas été faite, il doit être joint un état estimatif; autrement ils seront aussi compris dans la donation de biens à venir, et, en conséquence, sujets à l'action des créanciers de la succession.

(13) *Et irrévocable.* Sauf les moyens légaux de révocation, qui, à l'exception de celui qui est tiré de l'ingratitude du donataire, s'appliquent aux donations par contrat de mariage, comme à toutes les autres.

(14) *Qu'à l'égard du donataire.* Par conséquent, il est saisi du moment de la donation. Ses enfans ne peuvent recueillir les objets donnés qu'autant qu'ils ont accepté sa succession; si elle comprend des immeubles, elle doit être transcrite.

(15) *Le donataire peut renoncer.* Il n'est donc pas saisi: s'il meurt avant le donateur, ses enfans la recueillent *jure suo*, et quoiqu'ils aient renoncé à sa succession; il n'est pas nécessaire de la faire transcrire. Les aliénations à titre onéreux, et les hypothèques consenties par le donateur, sont irrévocables, etc. En un mot, la donation de biens présens et à venir prend alors, dans tout son entier, le caractère d'une simple institution contractuelle. *Sic* jugé en Cassation le 17 mai 1815. (Sirey, 1815; 1re. partie; pag. 349.)

Page 107.

(1) *Au jour du décès.* Comme il n'y a pas eu réellement de donation entre-vifs, proprement dite, la propriété d'aucun objet n'a été transférée au donataire.

(2) *Toutes les dettes et charges de la succession.* Sur la question de savoir s'il en est tenu *ultrà vires*, et s'il a la saisine, appliquez ce qui a été ci-dessus relativement au légataire universel, et au légataire à titre universel, etc. *Quid*

BIU Cujas

dans le cas de réserve, s'il y a plusieurs donataires, chacun pour une quote de la succession; doivent-ils concourir par égale portion au fournissement de la légitime, ou doit-on épuiser les dernières donations avant de recourir aux premières? On peut dire, pour la première opinion, que le droit de tous les institués s'ouvre au même instant, celui de la mort de l'instituant; que, par conséquent, on doit les comparer aux légataires, qui concourent tous, au prorata, à la prestation de la légitime. Mais l'on peut répondre que le droit des institués s'ouvre, à la vérité, au moment du décès, dans le sens que c'est dans ce moment seul que l'on peut déterminer la valeur de ce qu'ils auront à prétendre, et des charges qu'ils devront acquitter; mais, quant au fond du droit, il est certain et irrévocable du moment de la donation. Il n'en est pas de même des legs. Il faut attendre le moment du décès du testateur, non-seulement pour déterminer le droit du légataire, mais encore pour savoir s'il aura un droit quelconque. La volonté du testateur étant ambulatoire jusqu'au dernier moment de sa vie, le droit du légataire n'existe, ne naît, que du moment du décès; tandis que l'institué a, comme nous venons de le dire, un droit irrévocable du moment de la donation, droit que le donateur ne peut anéantir, quant au fond, quoiqu'il puisse en annuller l'effet, en dissipant tous ses biens.

D'ailleurs, l'article 1083 interdit au donateur le droit de préjudicier à la donation de biens à venir, par des dispositions à titre gratuit. Or, il est évident que, si l'on faisoit concourir toutes les donations à la prestation des légitimes, sans égard à l'antériorité des dates, on fourniroit au donateur un moyen d'éluder les dispositions de cet article. Car, en faisant des donations postérieures, il préjudicieroit au donataire antérieur, qui n'auroit pas souffert de retranchement pour la légitime, si les donations postérieures n'eussent pas eu lieu.

Je pense donc que l'on doit suivre l'ordre des dates. C'étoit aussi la disposition de l'article 36 de l'Ordonnance de 1731.

(3) *Si le donateur survit au donataire et à sa postérité*, issue du mariage, ainsi que nous l'avons établi ci-dessus, dans la note (3) de la page précédente.

L'article 1089 prononce la caducité, en cas de prédécès du donataire et de sa postérité, des donations comprises dans l'article 1084, sans distinction; d'où quelques personnes ont voulu inférer que, dans tous les cas, la donation de biens présens et à venir étoit sujette à la caducité établie par l'article 1089, soit qu'il y eût, ou non, un état des dettes existantes au moment de la donation. Je ne puis partager cette opinion. D'abord il est constant que la caducité établie par ledit article ne s'applique pas aux donations de biens présens, puisque l'article 1081, qui concerne ces espèces de donations, ne s'y trouve pas rappelé. Il est certain, d'un autre côté, que, dans une donation de biens présens et à venir, lorsque l'état des dettes et charges existantes au moment de la donation est annexé à l'acte, il y a réellement, comme nous l'avons dit, deux donations distinctes, l'une de biens présens, dont le donataire est saisi de suite, à la

BIU Cujas

charge de payer les dettes et charges comprises dans l'état, et l'autre de biens à venir, à laquelle il pourra renoncer, s'il le juge convenable, au décès du donateur. Or, pourquoi l'article 1089 ne seroit-il pas applicable à une donation de biens présens, pure et simple, et le seroit-il à cette même donation, parce qu'elle se trouveroit faite dans le même acte qu'une donation de biens à venir ? Il seroit impossible de donner une raison plausible de cette distinction. Il est d'ailleurs étonnant que l'on ait relaté l'article 1084, dans l'article 1089, et que l'on n'y ait point rappelé l'article 1085, où il s'agit bien certainement de donations qui deviennent caduques par le prédécès du donataire et de sa posterité : c'est ce qui a fait penser à quelques autres personnes qu'il s'étoit glissé une faute d'impression dans l'article 1089, et qu'au lieu de 1084, il falloit lire 1085. Mais il est possible néanmoins d'admettre l'article tel qu'il est, sans contredire les principes que nous venons d'établir. S'il existe en effet, dans l'article 1084, une espèce de donation, à laquelle la caducité de l'article 1089 soit applicable, il est inutile de corriger ce dernier article. Or, nous avons déjà démontré plusieurs fois, que, dans cet article 1084, il y avoit deux espèces de donations, l'une de biens présens, et l'autre de biens à venir. Pourquoi donc n'appliqueroit-on pas l'article 1089 à la seule donation de biens à venir ? Et ce qui prouve en faveur de cette opinion, c'est qu'il faut faire la même distinction à l'égard de l'article 1086, qui est également rappelé dans l'article 1089. En effet, il est bien évidemment question dans l'article 1086 de deux espèces de donations bien distinctes; car, dans la première partie de l'article, il est clair qu'il s'agit d'une donation de biens à venir, puisqu'on suppose qu'elle peut être faite aux enfans à naître; et dans la seconde partie, il s'agit bien évidemment d'une donation de biens présens, puisque l'article en contient l'énonciation formelle. Croiroit-on, d'après cela, devoir décider que, parce que l'article 1086 est rappelé dans l'article 1089, la donation de biens présens seroit caduque par le prédécès du donataire et de sa postérité? On n'ira certainement pas jusque-là; ce seroit choquer tous les principes. Je pense donc que l'article 1089 doit être entendu ainsi :

« Les donations de biens à venir, faites à l'un des époux, aux termes des ar-
« ticles 1082, 1084 et 1086, deviendront caduques, si le donateur survit au
« donataire et à sa postérité. »

L'article ainsi interprété ne présente plus aucun doute, puisqu'il ne s'applique alors aux articles 1084 et 1086, que pour la partie relative aux donations de biens à venir.

En vain opposeroit-on à cette décision l'avis de Ricard, *des Donations*, partie 3e., nº. 827. Car cet auteur, qui écrivoit avant l'Ordonnance, raisonne évidemment dans le sens d'une donation de biens présens et à venir pure et simple, c'est-à-dire, à laquelle l'état des dettes n'a pas été annexé. (On n'avoit pas encore imaginé ce moyen qui a été établi pour la première fois par le Code.)

BIU Cujas

En effet cet auteur donne pour motif de son avis, que, si la donation n'étoit pas caduque entièrement par le prédécès du donataire, ce seroit le faire acquérir après sa mort. RICARD suppose donc que le donataire n'a rien acquis par la donation ; et il est certain que, dans notre droit, lorsque l'état des dettes a été annexé, les biens présens sont irrévocablement acquis au donataire. L'opinion de RICARD n'est donc nullement opposée à la nôtre ; elle paroît au contraire la confirmer.

Quid, si le donataire a aliéné ; ce qui est possible, par exemple, dans le cas d'une donation de biens présens et à venir, si l'on a négligé d'annexer l'état exigé par l'article 1084, et que le donataire ait été néanmoins mis en possession des biens présens ? Comme la donation est caduque, les biens reviennent francs et quittes dans la main du donateur. C'étoit aux acquéreurs à s'assurer si toutes les conditions exigées pour rendre la propriété du donataire irrévocable, ont été remplies.

L'institution contractuelle seroit-elle annullée par la mort civile de l'instituant ? *Voyez* au 1^er^. Vol., la note (7) de la page 23, *in fine*.

(4) *Elles ne peuvent préjudicier à la réserve légale.* Et elles sont, en outre, comme nous l'avons vu, révocables par survenance d'enfans, à moins qu'elles n'aient été faites par un ascendant à son descendant. (Art. 960.)

(5) *Par la survenance d'enfans au donateur.* Sauf ce que nous avons dit ci-dessus, dans la note (2) de la page 77.

(6) *Et l'usufruit du surplus.* (*Voyez* l'observation que nous avons faite ci-dessus, relativement à cette disposition, note (3) de la page 62.)

PAGE 108.

(1) *De la moitié de ses biens ;* quel que soit le nombre des enfans. Ainsi, il peut disposer de cette quotité, quand il auroit trois enfans ou davantage ; et il ne peut disposer que de cette quotité, quand il n'en auroit qu'un.

(2) *Et de l'autre quart en usufruit.* (*Voyez* les notes (5) et (6) de la page 62.)

(3) *Puisse excéder le quart des biens.* (*Voir*, sur cet article, POTHIER, *du Contrat de Mariage*, n^os^. 532 et suivans.) Le principe de cette disposition se trouve dans la fameuse loi *Hac Edictali*, 6, Cod. *de Sec. Nuptiis.* Elle portoit en général prohibition à l'époux, ayant un enfant d'un premier lit, de donner à son nouvel époux plus qu'une part d'enfant le moins prenant ; et elle ordonnoit que tout ce qui excéderoit, demeureroit inutile et retranché.

Cette prohibition avoit eté consacrée dans l'ancien droit, par l'Édit de François II, appelé l'*Édit des secondes Noces*, et rédigé par le Chancelier de Lhôpital. Cet édit avoit deux dispositions, connues sous le nom de chefs.

Par l'un, il étoit ordonné à l'époux remarié, conformément aux lois 3 et 5,

BIU Cujas

Cod. *de Sec. Nuptiis*, de conserver à ses enfans du premier lit tout ce qu'il avoit reçu de l'hérédité de son premier époux. Cette disposition n'a pas été maintenue par le Code, probablement parce qu'on l'a regardée comme une espèce de substitution.

L'autre chef sanctionnoit la disposition de la loi *Hac Edictali*; seulement il ne l'avoit appliquée qu'aux femmes remariées. Mais la jurisprudence l'avoit étendue aux hommes; et c'est dans ce sens que nous la retrouvons dans l'article 1098 du Code, avec cette disposition additionnelle, que, quel que soit le nombre des enfans, la donation au profit du second époux ne peut jamais excéder le quart des biens. Ainsi, celui qui, n'ayant qu'un enfant, pourroit donner la moitié de ses biens à un étranger, ne pourra toujours disposer que du quart en faveur de son époux. Cela est fondé sur un principe que nous avons déjà eu occasion de citer, qu'en matière de prohibition il faut défendre plus rigoureusement les actes auxquels l'on présume que les parties se porteront plus facilement. *Passim videmus*, dit Vinnius, Instit., lib. 2, Tit. 8, *ea sola legibus prohiberi quæ facilè fieri possunt, cùm lex ea fieri non vult, non quæ difficulter.* C'étoit d'après ce principe que, chez les Romains, la loi *Julia* permettoit au mari d'aliéner le fonds dotal, du consentement de la femme, et ne lui permettoit pas de l'hypothéquer, même de son consentement. L'on présumoit que la femme consentiroit plus volontiers à l'hypothèque, *propter spem luendi pignoris*, qu'à l'aliénation, qui la dépouilloit irrévocablement. Par la même raison, le Sénatus-Consulte Velléien défendoit à la femme de cautionner une autre personne, et ne lui défendoit pas de payer pour un tiers. Enfin la loi *Fusia Caninia* restreignoit les affranchisssemens par testamens, et ne limitoit en aucune manière les affranchissemens entre-vifs, etc.

Dans l'espèce de l'article 1098, on a prévu qu'un père ou une mère se porteroit difficilement à dépouiller ses enfans en faveur d'un étranger, mais qu'il pourroit aisément le faire en faveur de son second époux. On a donc dû restreindre les dispositions en faveur de l'époux, précisément par la raison qu'on a dû supposer qu'elles se feroient plus aisément et plus fréquemment: *Lex arctiùs prohibet quod faciliùs fieri putat.*

Cela posé, nous allons examiner les différentes questions qui peuvent naître à l'occasion de l'article 1098, et qui sont assez multipliées.

D'abord, à quelles espèces de dispositions s'étend la prohibition de l'article? A toutes celles dont il peut résulter un avantage quelconque pour le second époux, au préjudice de l'autre conjoint, même aux donations mutuelles, et aux conventions qui, au premier coup-d'œil, présentent quelque chose d'aléatoire, telles que les donations faites au survivant. La prohibition de l'article 1098 embrasse même plusieurs dispositions qui, dans toute autre circonstance, ne seroient pas regardées comme des avantages, telles que le préciput,

BIU Cujas

l'apport inégal en communauté, etc. (Art. 1527.) Ainsi, pour qu'il y ait lieu à l'application de l'article 1098, il faut deux choses : que l'époux qui n'avoit point d'enfans, se soit enrichi ; et en second lieu, qu'il se soit enrichi aux dépens ou au préjudice de l'autre époux : *Si donator fiat pauperior, et donatarius locupletior.* Si donc le second époux s'est enrichi, mais sans qu'il en soit résulté du préjudice pour l'autre époux, il n'y a pas lieu à l'application de l'article. Il en est de même si l'époux qui avoit des enfans, s'est appauvri, mais sans qu'il en soit résulté d'avantage pour l'autre époux. Mais dès que les deux circonstances concourent, d'un préjudice pour l'un, et d'un avantage pour l'autre, il y a lieu à la disposition de l'article, en observant qu'il ne faut pas prendre le mot *préjudice* dans le sens des Romains, seulement pour la diminution du patrimoine actuel (*L.* 5, §. 13, 14 et 16, ff. *de Donat. inter vir. et uxor.*) ; mais qu'il faut l'entendre de tout défaut de gain, et par conséquent de tout acte par lequel l'époux ayant enfant, pouvoit augmenter son patrimoine, et ne l'a pas fait, pour avantager son conjoint ; *putà*, s'il a répudié un legs qui lui étoit fait dans une succession dont sa femme étoit héritière ; s'il a répudié une succession qui lui étoit déférée par testament, et dans laquelle sa femme lui étoit substituée, et autres cas semblables. Nous avons prouvé, au titre *des Successions*, qu'il résultoit de ces actes des avantages sujets à rapport entre cohéritiers ; à plus forte raison, sont-ils susceptibles de l'application de l'article 1098, dont la disposition doit être entendue d'une manière encore bien plus stricte.

Quid, si l'avantage résultoit seulement de l'omission d'une clause dans le contrat de mariage ? Si c'est une clause d'usage, qui tende à établir l'égalité, et que l'omission ait profité au second époux, je pense que cette omission doit être regardée comme un avantage, *putà* : les époux mariés sous le régime de la communauté ont fait des apports inégaux, ou ils n'ont pas stipulé propre le mobilier qui leur adviendroit pendant le mariage : l'apport de l'époux ayant enfans du premier lit, a été plus considérable, ou il lui est échu des successions mobilières d'une plus grande valeur ; ou bien, ils n'ont pas stipulé la séparation des dettes, et il se trouve que les dettes de l'époux, n'ayant pas d'enfans, sont plus considérables que celles de l'autre époux. Tout cela ne doit-il pas être regardé commes des avantages ? Pothier, n°. 553, décidoit la négative, à l'égard du mobilier échu pendant le mariage. Je crois que cette décision auroit fait difficulté, même dans l'ancien droit (Ricard, part. 3e., n°. 1201 et suivans) ; et je ne pense pas qu'elle doive, à plus forte raison, être admise dans le droit actuel, qui restreint encore plus les avantages faits par l'époux remarié. D'ailleurs, l'art. 1496 dit formellement que, si la confusion du mobilier et des dettes opère, au profit de l'un des époux, un avantage supérieur à celui qui est autorisé par l'article 1098, les enfans du premier lit de l'autre époux ont l'action en retranchement. L'article dit

BIU Cujas

en général, *la confusion du mobilier*, sans distinguer d'où il provient. Il faut donc tenir que le défaut de clause de réalisation, seroit regardé comme un avantage, soit que le mobilier provienne de l'apport de l'époux, ou qu'il lui soit échu pendant le mariage, et qu'il en seroit de même du défaut de clause de séparation des dettes.

Mais remarquez qu'il faut, d'après l'art. 1496, qu'il soit résulté de l'omission de ces clauses, un avantage en faveur de l'époux qui n'a pas d'enfans, au préjudice de l'autre conjoint. Ainsi, il n'y aura lieu à l'application de l'art. 1098, pour défaut de clause de stipulation de propre, qu'autant que le mobilier tombé dans la communauté, du chef de l'époux qui a des enfans, excède celui qui est tombé du chef de l'autre époux; et, dans ce cas, l'avantage est censé être de la moitié de cet excédant. Exemple:

Deux époux se marient sous la communauté légale. L'un des deux a des enfans d'un premier mariage; il a, au moment du mariage, un mobilier de valeur de vingt mille francs: il lui échoit pendant le mariage, pour une somme égale de successions mobilières. L'autre a, en se mariant, pour cinq mille francs de mobilier, et il lui échoit des successions mobilières pour une somme de quinze mille francs: il est évident que le premier a mis dans la communauté vingt mille francs de plus que le second; mais comme il a lui-même moitié de la communauté, et par conséquent de l'excédant, il en résulte que l'avantage en faveur du second, n'est réellement que de dix mille francs. Cependant, si c'étoit la femme ayant des enfans d'un premier lit, qui eût apporté les quarante mille francs, et qu'elle renonçât à la communauté, l'avantage seroit alors de la totalité de l'excédant, ou de vingt mille francs.

De même, si l'époux qui n'a point d'enfant, a pour vingt mille francs de dettes mobilières, que l'autre n'en ait que pour dix mille francs, et que l'apport soit égal de part et d'autre; comme les trente mille francs de dettes tomberont à la charge de la communauté, il s'ensuivra qu'elle payera dix mille francs de plus pour le premier que pour le second. Mais comme la part du premier dans la communauté se trouve elle-même diminuée de cinq mille francs par l'effet de ce payement, il en résulte que l'avantage n'est réellement que de cinq mille francs. Il faut cependant excepter, comme dans l'exemple précédent, le cas où, le mari ayant enfans d'un premier lit, ce seroit la femme qui auroit pour vingt mille francs de dettes, et où elle renonceroit à la communauté. Comme alors les dix mille francs d'excédant tomberoient à la charge du mari seul, l'avantage seroit de la totalité de ces dix mille francs.

Quid, si l'époux, qui a moins apporté, se trouve avoir une industrie qui procure tous les ans à la communauté des bénéfices considérables, s'établit-il compensation? La question peut offrir quelque difficulté. Cependant je crois qu'elle peut se résoudre à l'aide des principes de la matière. D'abord, pour qu'il y ait compensation, il faut que les deux choses soient de même nature,

BIU Cujas

et susceptibles des mêmes droits. Or, dans l'espèce, qu'est-ce que l'apport en argent, ou autres effets ? C'est une véritable propriété qui est acquise à la communauté ; et par conséquent, pour moitié au moins à l'autre époux. D'un autre côté, qu'est-ce qu'une industrie ? C'est à la vérité encore une propriété, mais qui reste à celui qui la possède, et dont la jouissance seulement est apportée à la communauté. Or, nous voyons que, quelle que soit l'inégalité des revenus de chacun des deux époux, il n'y a pas lieu à appliquer les principes de réduction relatifs aux seconds mariages (art. 1525) ; principes qui s'appliqueroient certainement au cas où les apports en propriété seroient inégaux. Donc il est certain qu'en matière de communauté, un apport en propriété, et un apport en jouissance ne sont pas de même nature, ni susceptibles des mêmes droits. Il ne peut donc y avoir compensation de l'un à l'autre.

Quid, s'il a été stipulé un forfait de communauté, c'est-à-dire si, dans le contrat de mariage de deux époux, dont l'un a des enfans, il est stipulé que le survivant aura telle somme pour tout droit de communauté ? Cette clause aura son effet contre l'époux qui n'a point d'enfans, mais non en sa faveur ; c'est-à-dire, que, si, par l'effet de la liquidation, la part de l'époux qui n'a pas d'enfans, se trouve monter plus haut que la somme stipulée, il ne pourra réclamer que cette somme ; mais que si, au contraire, sa part est inférieure, l'excédant sera imputé sur le disponible. Le motif de cette décision est, que le bénéfice de l'art. 1098 ne peut être invoqué que par les enfans du premier lit, et nullement par le second époux, qui est non-recevable à revenir contre les conventions qu'il a lui-même consenties. Lors donc que le forfait présentera un avantage aux enfans du premier lit, ils ne réclameront pas ; et comme l'autre époux ne peut lui-même réclamer, la clause du contrat de mariage sera exécutée. Si au contraire le forfait est préjudiciable aux enfans du premier lit, ils demanderont l'imputation de l'avantage qui en résultera en faveur du premier époux, sur la portion disponible fixée par l'art. 1098, et cela, conformément aux dispositions de l'art. 1527, qui porte que, *dans le cas où il y auroit des enfans d'un précédent mariage, toute convention* (sans distinction) *qui tendroit à donner à l'époux qui n'a pas d'enfans, au-delà de la portion réglée par l'art.* 1098, *sera sans effet, pour tout l'excédant de cette portion.*

Il faut observer cependant que, si le montant du forfait n'excède pas ce que la femme qui n'avoit pas d'enfans, a apporté à la communauté, la clause doit être exécutée dans tous les cas. Il est clair qu'alors la femme n'est pas avantagée au préjudice de l'autre conjoint, puisqu'elle ne retire que ce qu'elle a apporté.

Les mêmes décisions s'appliquent au cas où il a été assigné des parts inégales dans la communauté, ainsi qu'au cas de communauté à titre universel, toutes les fois qu'il en résulte un avantage en faveur du second époux, au préjudice de l'autre.

BIU Cujas

Quid, de la clause portant que la communauté entière appartiendra au survivant, dans le cas où c'est l'époux ayant enfans, qui meurt le premier? J'observe d'abord qu'il faut supposer qu'on a ajouté à cette clause celle de reprise des apports et capitaux tombés dans la communauté du chef du prédécédé. Autrement, il n'y auroit plus de question, puisque la clause seroit regardée comme un avantage, même à l'égard de tous autres que des enfans du premier lit. (Art. 1525.)

Cela posé, l'on pourroit dire en faveur du second époux, que c'est une clause purement aléatoire, et qui, aux termes de l'article précité 1525, « n'est point réputée un avantage sujet aux règles relatives aux donations, « *soit quant au fonds*, soit quant à la forme, mais simplement une convention de mariage, et entre associés; » que d'ailleurs la disposition finale de l'article 1527 décide formellement que « Les simples bénéfices résultant des « travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs, quoique « inégaux, des deux époux, ne sont pas considérés comme un avantage fait au « préjudice des enfans du premier lit. » Or, la communauté, déduction faite des apports et capitaux qui y sont tombés du chef des époux, n'est plus composée que des simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies, etc. Donc il paroîtroit que la clause qui abandonne cette communauté entière au survivant, ne doit point être regardée comme un avantage, même en cas du prédécès de l'époux qui avoit des enfans d'un premier lit.

Nonobstant ces raisons, je pense qu'une pareille convention doit, en cas de survie de l'époux qui n'avoit point d'enfans, être regardée comme un avantage imputable sur le disponible fixé par l'article 1098. D'abord, il est certain que l'époux survivant profite de la part que la succession de l'époux prédécédé auroit eue dans la communauté; il devient donc plus riche aux dépens de l'autre époux; ce qui suffit pour que l'article 1098 soit applicable. Quant à l'argument tiré de l'article 1525, je réponds qu'il importe peu que cette clause soit regardée dans les cas ordinaires, comme une simple convention, et non comme une donation, puisque l'article 1527 dit formellement que *toute convention .... est sans effet, etc.*

Quant à la disposition finale du même article 1527, il faut, pour en saisir l'esprit, se reporter à la question qui s'étoit élevée anciennement. La voici:

Un homme ayant trente mille francs de revenu, épouse une femme qui n'a qu'un revenu de cinq mille francs. Il est certain que, tous les ans, le mari met dans la communauté vingt-cinq mille francs de plus que la femme. De-là il pouvoit résulter, au bout d'un certain temps, une communauté très-avantageuse, dont la moitié appartenoit à la femme. On avoit demandé, si, dans le cas où le mari auroit eu des enfans d'un premier lit, l'on ne devoit pas considérer cela comme un avantage sujet au retranchement; et les auteurs les plus distingués, tels que Ricard, Pothier, et autres, décidoient la négative. Ils

BIU Cujas

se fondoient sur ce que l'on pouvoit supposer que l'opulence de la communauté pouvoit provenir en partie des travaux de l'autre époux, ainsi que de l'ordre et de l'économie qu'il avoit pu apporter dans l'administration du ménage. C'est évidemment cette décision que l'article 1527 a eu intention de consacrer; et ce qui le prouve, ce sont les mots *quoiqu'inégaux*, qui se trouvent dans l'article. L'on voit bien, en effet, que l'inégalité des revenus peut donner lieu à la question, quand la communauté se partage. Mais l'on ne voit pas comment le fait de l'égalité ou de l'inégalité des revenus pourroit influer sur la décision, quand la communauté entière est abandonnée à l'un des époux; car, dans tous les cas, il y a avantage : seulement, quand il y a inégalité, l'avantage est plus grand de la part de celui dont les revenus sont plus considérables. Je pense donc que la clause par laquelle la communauté entière est abandonnée au survivant, même avec la stipulation de reprise des apports, est susceptible de l'application de l'article 1098, lorsque, par le fait, elle profite à l'époux qui n'avoit pas d'enfans lors du mariage. C'est aussi dans ce sens qu'il a été jugé par la Cour de Cassation, le 24 mai 1808. (Sirey, 1808; 1re. part., pag. 328.)

Quid, si l'époux, ayant enfans, contracte plusieurs mariages postérieurs? Il ne peut donner à tous ses époux successifs qu'une part d'enfant; de-là il suit qu'une fois qu'il a disposé irrévocablement de cette part en faveur de l'un d'eux, il ne peut plus disposer de rien en faveur de ceux qu'il épouse par la suite.

Par qui peut être demandée la réduction, et à qui profite-t-elle? Anciennement on tenoit en général, sur la première question, que la réduction ne pouvoit être demandée que par les enfans du premier lit; mais quant à la seconde, il y avoit diversité de doctrine. En pays coutumier, l'on avoit adopté la disposition de la loi 9, Cod. *de Secund. Nuptiis*, qui faisoit participer aux objets retranchés, tous les enfans, même ceux issus de mariages postérieurs. En pays de droit écrit, au contraire, on suivoit la Nov. 22, Cap. 27, qui avoit abrogé en ce point la loi 9; et les enfans du premier lit profitoient seuls du retranchement.

L'article 1098 ne s'est point expliqué sur ces diverses questions; il s'est contenté de dire que, *l'époux ayant enfans d'un premier lit, ne pourroit, etc*; ce qui sembleroit induire une prohibition absolue. Je doute cependant que l'on ait eu l'intention d'accorder aux enfans du second mariage, même en cas de non-existence d'enfans du premier lit, le droit d'attaquer une donation, sans laquelle on peut présumer que le mariage qui leur a donné naissance, n'auroit pas été contracté, et de demander une réduction qui n'a été établie aucunement dans leur intérêt. Je pense donc qu'ils seroient non-recevables, sauf le droit résultant en leur faveur de l'article 1094. Mais, maintenant, doivent-ils profiter du retranchement, quand il est demandé par les enfans du premier lit?

BIU Cujas

Je pense qu'oui; d'abord, parce que, d'après l'esprit général du Code, lorsque le droit écrit et le droit coutumier se sont trouvés en opposition, le droit coutumier a été suivi de préférence. (*Voyez* les articles 747, 1393, 1576, etc.)

En deuxième lieu, parce que, si la contravention faite par l'époux à la prohibition de la loi, ne doit pas préjudicier aux enfans du premier lit, l'on ne voit pas non plus pourquoi elle leur profiteroit. Or, si l'époux n'eût pas contrevenu, s'il n'eût donné que ce qu'il pouvoit donner, l'excédant se retrouveroit dans sa succession, et tous ses enfans y participeroient.

3°. Enfin, si l'on n'admettoit pas cette opinion, l'on fourniroit à l'époux un moyen indirect d'avantager ses enfans du premier lit, au préjudice de ceux du second. Il n'auroit qu'à donner à son époux bien au-delà d'une part d'enfant; il priveroit par là ses enfans du second lit de toute part dans l'excédant; car, si l'on décidoit qu'ils ne peuvent prendre part dans les objets retranchés, il faudroit décider également que les enfans du premier lit ne seroient pas obligés de rapporter les objets provenant du retranchement.

Nec obstat, que, s'il n'y a point d'enfans du premier mariage, les enfans du second n'auroient pas le droit d'attaquer la donation. Car nous avons dans les lois Romaines des exemples qui prouvent que telle personne, au profit de laquelle une action ne s'ouvriroit pas, peut cependant profiter du bénéfice de cette action, quand une fois elle est ouverte. C'est ainsi que la loi 3, § 11, ff. *de Bonor. possess. contrà tabul.*, décide que l'enfant, institué héritier, ne peut demander la possession des biens *contrà tabulas*, attendu qu'il peut demander la possession *secundùm tabulas*, qui n'a pas l'inconvénient d'annuller le testament du défunt. Mais elle décide en même temps que, si un autre enfant, non-institué, est dans le cas de demander la possession des biens *contrà tabulas*, le premier pourra la demander: ce qui peut lui être avantageux, parce que, s'il n'a qu'un frère, et que le testament soit rescindé, la succession leur est alors déférée à tous deux *ab intestat.* Ils en auront en conséquence chacun moitié, tandis qu'il n'étoit peut-être institué par le testament, que pour une part beaucoup moindre.

Quid, si les enfans du premier lit n'agissent point; *putà*, s'ils ont fait remise de leur action? On pensoit que cela ne pouvoit préjudicier aux enfans du second lit. Il en résulteroit en effet trop d'abus; il seroit possible que l'on obtînt cette remise au moyen d'arrangemens secrets faits entre l'époux et les enfans du premier lit, et qui n'auroient d'autre but que de frauder les enfans du second lit. En un mot, l'action ne peut pas s'ouvrir au profit des enfans du second lit; mais lorsqu'elle est ouverte, ceux du second lit peuvent l'intenter comme ceux du premier. Cette décision est fondée sur la loi citée ci-dessus, et sur la loi 10, §. 6, *eod.*, qui décide que, quand il y a lieu à demander, par un enfant, la possession des biens *contrà tabulas*, ceux qui en profiteroient, mais qui ne

BIU Cujas

pourroient la demander de leur chef, peuvent la demander du chef de l'autre enfant en faveur de qui l'action est ouverte, quoique celui-ci ne la demande pas. *Hi qui, propter alios, contrà tabulas bonorum possessionem petunt, non expectant ut præteriti bonorum possessionem accipiant; verùm ipsi quoque bonorum possessionem petere contrà tabulas possunt. Cùm enim semèl beneficio aliorum ad id beneficium fuerint admissi, jam non curant, petant illi, necne, bonorum possessionem.* Mais, dans ce cas, les enfans du second lit ne l'intenteront que pour leurs parts.

Il en est de même, si les enfans du premier lit ont approuvé la donation. Cela équivaut à une remise de l'action. Il est même à remarquer que cette approbation ne pourroit être opposée, même aux enfans du premier lit, quand ils seroient seuls, si elle avoit été faite du vivant du donateur. Cela seroit regardé comme un pacte sur une succession future, et comme un consentement arraché par la crainte, *ne pejus faciat.*

Est-il nécessaire que les enfans qui demandent la réduction, soient héritiers du donateur?

Anciennement l'opinion générale étoit pour la négative. Ricard même, le judicieux Ricard, avoit adopté cet avis, (part. 3, nos. 1301 et suivans), quoiqu'il eût prouvé ailleurs péremptoirement que le légitimaire ne peut demander la réduction des donations entre-vifs, qu'autant qu'il s'est porté héritier du donateur, au moins par bénéfice d'inventaire. Comment cet auteur, avec le bon sens qui le distingue éminemment, n'a-t-il pas senti que les mêmes raisons existoient à l'égard de la réduction des donations faites au second époux?

« Les enfans, disent Ricard et les autres auteurs qui ont suivi son opinion, « ne tiennent pas leur droit de la loi sur les successions, mais de l'Edit des « Secondes Noces. » (Pothier. *du Contrat de Mariage*, no. 568.) Ce n'est pas non plus de la loi des successions, mais d'une loi particulière, que les enfans tenoient le droit de faire réduire les donations entre-vifs. (*Voir* le Tit., Cod. *de inoffic. Donat.*) D'ailleurs, cette raison n'a plus d'application dans le droit actuel, qui n'est, en quelque sorte, composé que d'une seule loi.

« Ce qui a été donné à l'époux, ajoutent-ils, ne fait pas partie des biens du « donateur, et ne se trouve plus dans sa succession au moment de son décès. » Mais d'abord il est très-possible, et c'est même le cas le plus fréquent, que la donation soit de biens à venir; et alors les biens donnés se retrouvent dans la succession. Et d'ailleurs, ce qui a été donné entre-vifs à un étranger, s'y trouve-t-il davantage?

Au surplus, sans répéter ici tous les raisonnemens que nous avons déjà employés, pour prouver que le légitimaire doit être héritier pour demander la réduction des donations entre-vifs, nous nous contenterons de reproduire celui-ci:

Une femme ayant enfans, a donné à son second mari vingt mille francs.

BIU Cujas

Elle meurt, laissant un fils unique du premier lit : sa succession paroît mauvaise ; le fils y renonce. Un collatéral plus hardi l'accepte ; l'enfant forme sa demande en réduction contre le mari ; et attendu qu'il ne reste rien dans la succession, il fait réduire la donation à cinq mille francs. Un événement inattendu rapporte à la succession soixante mille francs : le collatéral, comme héritier s'en empare. Le mari demande que l'enfant soit tenu de restituer les quinze mille francs, parce qu'au moyen de l'événement survenu, les biens se trouvent monter à quatre-vingt mille francs ; la donation n'excédoit donc pas le quart des biens. En vain l'enfant voudra-t-il opposer qu'il ne profite pas des quarante mille francs nouvellement reçus. Le mari lui répondra avec avantage que, s'il n'en profite pas, c'est par sa faute, et parce qu'il a renoncé à la succession ; mais, que lui, mari, ne doit pas en être victime. Certainement la demande du mari sera admise ; et cet exemple prouve clairement, comme il l'a déjà prouvé à l'égard de la réserve, qu'il faut être héritier pour demander le retranchement ordonné par l'article 1098.

D'ailleurs, remarquons que la plupart des dispositions adoptées, même dans l'ancien droit, et notamment celle qui admettoit les enfans du second lit au partage des biens retranchés, étoient fondées sur ce que, si l'époux n'eût pas contrevenu à la loi, s'il n'eût donné que ce qu'il pouvoit donner, le surplus seroit resté dans sa succession. Or, à quel titre, dans ce cas, les enfans auroient-ils pu recueillir ce surplus, si ce n'est à titre d'héritiers ?

Enfin, Ricard lui-même paroît se contredire, lorsqu'examinant dans le n°. 1265 et le suivant, si, lorsque des filles ont été exclues par leurs contrats de mariage, de la succession de leurs père et mère, même sans avoir rien reçu, comme cela étoit permis dans quelques coutumes, la donation faite au second mari, devoit être réduite d'après la part de ces filles, c'est-à-dire à rien, s'il ne leur avoit rien été donné, il décide que, pour fixer le montant de la donation, l'Edit n'a considéré que les enfans venant à la succession ; que les donations faites au second époux, n'intéressent que ces enfans, et non point les filles exclues par la coutume ou par leur contrat de mariage. Or, quelle différence peut-il y avoir, quant à l'effet, entre une renonciation faite par contrat de mariage, et celle qui est faite après le décès ? Et si la fille du 1^er^. lit, qui a renoncé par contrat de mariage, ne peut quereller la donation faite au second époux, comment accorder plus de droit à celui qui a renoncé depuis l'ouverture de la succession ?

Voir également le n°. 1306, où le même auteur semble s'être attaché à donner les raisons les plus fortes en faveur de l'opinion que nous venons d'établir.

Enfin, dans le n°. 1307, voulant prouver de nouveau que les filles exclues de la succession par leurs contrats de mariage, ne peuvent quereller les donations, il en donne pour raison que, *cessant même la donation faite au second époux, elles n'en auroient pas davantage profité.* Or, je le demande, cette

BIU Cujas

raison ne s'applique-t-elle pas également aux enfans qui ont renoncé à la succession du donateur, depuis son décès ?

Observez enfin, que les mêmes auteurs, qui prétendoient qu'on pouvoit demander le retranchement sans être héritier, convenoient qu'il ne pouvoit être demandé par celui qui étoit exclu de la succession pour cause d'indignité.

Au surplus, il faut appliquer ici la disposition de l'article 921, portant que les créanciers du défunt ne peuvent demander la réduction, ni en profiter. Il suffira donc que l'enfant accepte la succession sous bénéfice d'inventaire. Mais même, alors, la question est encore importante, puisque l'enfant, quoiqu'héritier bénéficiaire, n'en est pas moins tenu au rapport envers ses cohéritiers.

L'article dit que la donation faite au second époux, ne peut excéder la part d'un enfant légitime le moins prenant. Si donc le donateur a avantagé l'un de ses enfans, il diminue d'autant, par là, la donation faite à son conjoint. Cette mesure a eu pour principal motif d'empêcher les avantages qui pourroient être faits aux enfans du second lit. On a pensé que la crainte de préjudicier à son conjoint, détermineroit l'époux à maintenir l'égalité entre ses enfans. Mais néanmoins, comme la disposition est générale, elle s'appliqueroit même au cas où l'avantage auroit été fait à un enfant du premier lit. Ce seroit toujours la part de l'enfant le moins prenant, quand même il seroit du premier lit, qui seroit la mesure de ce que pourroit retenir l'époux donataire. *Sic* jugé par arrêt du 18 juin 1614, rapporté par Rousseau de La Combe, *verbo* Noces, partie 1re., sect. 5, nº. 5.

Quid, si l'un des enfans désavantagés, et ayant moins que sa légitime, déclare se contenter de ce qu'il a, et ne pas vouloir demander le supplément de sa légitime, devra-t-on déterminer la quotité du retranchement, d'après ce qu'il a, ou d'après ce qu'il auroit eu droit de réclamer? Je pense que c'est le montant de la réserve légale qui doit déterminer ce que l'époux donataire a droit de retenir. Autrement ce seroit donner lieu à la fraude. L'enfant désavantagé s'entendroit avec ses frères pour diminuer la part de l'époux. C'est aussi l'avis de Ricard, partie 3e., nº. 1264.

Quid, s'il y a des enfans et des petits-enfans, ou seulement des petits-enfans, le retranchement sera-t-il calculé sur la part de l'un des enfans, ou sur celle de l'un des petits-enfans? Ce doit être sur la part de l'enfant, ou de la souche la moins prenant; et ce, quand même tous les petits-enfans seroient issus d'un fils unique prédécédé, et viendroient en conséquence de leur chef. (*Voyez* la note (2) de la page 62.)

Comment doit-on opérer pour savoir s'il y a lieu a retranchement? et comment le retranchement lui même doit-il être opéré ?

Pour juger s'il y a lieu au retranchement, il faut liquider la succession du donateur, faire une estimation de tous les biens dont elle est composée, ainsi que de ceux donnés au conjoint, et déterminer la part de l'enfant le moins

BIU Cujas

prenant. Si cette part n'excède pas le quart des biens libres, elle détermine le montant de ce qui doit rester au conjoint; sinon, la donation est réduite à ce quart. On suit d'ailleurs la même marche, que pour la réduction à l'effet de compléter la réserve. En conséquence, on estime les biens extans, d'après leur valeur à l'époque de l'ouverture de la succession. Si donc, d'après cette valeur, il y avoit lieu à réduire la donation, l'époux ne pourroit s'y refuser, sous le prétexte que cette valeur seroit augmentée depuis l'ouverture; et réciproquement, si, d'après la valeur calculée à cette époque, il n'y avoit pas lieu à réduction, la donation ne pourroit être réduite, quelque diminution que les biens aient pu éprouver depuis.

Les biens immobiliers donnés à l'époux doivent être calculés de la même manière, d'après leur valeur au moment de l'ouverture de la succession, déduction faite des améliorations provenant du fait du donataire, si les biens ont été donnés entre-vifs, ainsi que des impenses nécessaires faites par lui pour la conservation de la chose. Quant aux dépenses d'entretien, le donataire n'a rien à répéter; elles sont une charge des fruits qu'il n'est pas obligé de restituer. Réciproquement, il doit tenir compte des dégradations provenant de son fait.

Les mêmes opérations ont lieu, lorsque l'immeuble donné a été aliéné avant l'ouverture. Si cependant l'aliénation a été forcée, tellement que le donateur eût été lui-même également obligé de vendre, on ne feroit entrer en compte que la somme reçue par le donataire pour prix de la vente.

L'action en retranchement auroit-elle lieu contre les tiers-détenteurs? On le pensoit anciennement; et il en seroit certainement de même aujourd'hui, mais conformément aux dispositions de l'article 930; c'est-à-dire, que les tiers ne pourront être attaqués, que discussion préablement faite des biens du donataire.

Quant aux fruits, ils sont dus à compter du décès. C'est de ce moment que les enfans sont censés saisis de la portion retranchée; sauf, néanmoins, dans le droit actuel, la disposition de l'article 928; c'est-à-dire, que si la demande en retranchement n'est formée qu'après l'année, les fruits ne sont dus que du jour de la demande. Quant à la question de savoir de quand les tiers-détenteurs doivent les fruits, voyez la note (5) de la page 66.

Dans tous les cas où il y a lieu au retranchement d'une quote des objets donnés, il se forme entre l'époux donataire et les enfans, un quasi-contrat de communauté, qui donne lieu à un partage, dans lequel on suit les règles ordinaires de ces sortes d'actes. (*Voir* la même note (4) de la page 237, *in fine.*)

Si la donation est d'effets mobiliers, il est évident que les enfans n'ont qu'une action personnelle contre le donataire, et n'en ont aucune contre les tiers.

Le donataire prend-il part dans les biens retranchés? Ricard et Pothier sont d'avis de la négative. Ils se fondent sur la loi 6, Cod. *de Sec. Nuptiis*, et sur la Novelle XXII, cap. XXVII. Mais, d'abord, la loi 6 ne décide pas

BIU Cujas

formellement la question. La Novelle dit, à la vérité, que ce qui est retranché à l'époux, *filiis competit, et inter eos solos ex æquo dividitur*; mais l'on peut dire avec fondement que ce mot *solos* est mis ici par opposition aux enfans du second lit, qui, d'après la Novelle, ne devoient pas participer aux biens retranchés. D'ailleurs les lois Romaines n'ayant plus force de loi maintenant, il faut recourir à l'article 1098, qui dit simplement que l'époux doit avoir autant que l'enfant le moins prenant, ni plus ni moins. Or, il est évident qu'il auroit moins dans le système de RICARD; car il auroit de moins la part que les enfans prennent dans les objets retranchés. *Exemple :*

Une femme a donné à son second mari vingt-quatre mille francs. Elle laisse soixante-douze mille francs de biens, et quatre enfans. En faisant abstraction de la donation faite au mari, chaque enfant n'auroit que dix-huit mille francs; il faudroit donc retrancher de la donation six mille francs, qui, partagés entre les quatre enfans, donneroient pour chacun quinze cents francs, qu'ils auroient de plus que le mari; ce qui ne doit pas être.

Nota. L'usage ancien, attesté par l'annotateur de RICARD, étoit contraire à l'opinion de cet auteur, et conforme, par conséquent, à celle que nous venons d'émettre. (*Des Donat.*, partie 3e., nº. 1318 et suivans.)

La part que les enfans prennent dans les objets retranchés, doit-elle être imputée sur la réserve ?

Les mêmes auteurs que nous venons de citer, pensoient la négative, attendu, disoient-ils, que cette part ne se prend pas *jure hereditario*, et que les enfans la tiennent du bénéfice de la loi, et non de la volonté du défunt, qui a voulu, au contraire, donner à un autre, à leur préjudice. Mais il est clair que ces raisons ne sont rien moins que concluantes. D'abord, nous avons établi précédemment qu'il falloit être héritier pour exercer l'action en retranchement. Les enfans prennent donc leur part dans les objets retranchés, *jure hereditario*. Or, il est de principe que tout ce qui se prend *jure hereditario*, s'impute sur la légitime. Quant à la seconde raison, elle est encore moins fondée. Quand le légitimaire, après avoir épuisé tous les legs, attaque les donataires entre-vifs, ne doit-il pas imputer sur sa réserve les sommes provenant du retranchement des legs ? Or certainement il ne tient pas ces sommes de la volonté du défunt, qui a voulu, au contraire, les donner à un autre. Donc, etc.

La disposition qui porte que la donation faite à l'époux ne peut excéder la part de l'enfant le moins prenant, a besoin d'explication pour le cas où il existe d'autres dispositions à titre gratuit. En effet, le donateur peut-il, par des dispositions postérieures, porter atteinte au droit acquis par la donation à l'époux donataire ? *Exemple :*

Un époux ayant enfans, a donné vingt mille francs entre-vifs à son époux, par contrat de mariage. Il laisse une succession de quatre-vingt mille francs, et

BIU Cujas

trois enfans, dont il institue l'un, son légataire universel. Comment opérera-t-on pour savoir s'il y a lieu à retrancher la donation faite au mari ? Il est certain, 1°. que toutes les donations, y compris celle qui a été faite à l'époux, ne peuvent excéder la quotité fixée par l'article 913 ; 2°. que, s'il n'y avoit pas de legs universel, la donation faite à l'époux ne seroit pas réductible ; car elle n'excède ni le quart des biens, ni une part d'enfant. Maintenant le donateur a-t-il pu faire une disposition dont l'effet soit d'anéantir ou de modifier la donation irrévocable qu'il a faite à son époux ? Je ne le pense pas ; et je crois que, pour établir sur ce point, qui est assez délicat, des principes certains et généraux, il faut distinguer quatre cas :

1°. Si la donation faite à d'autres qu'à l'époux, est antérieure et irrévocable, il est évident qu'elle doit être exécutée de préférence à celle de l'époux, et que, conséquemment, si le donateur a, par cette première donation, épuisé la quotité disponible fixée par l'article 913, il ne peut plus rien donner à son second époux. S'il ne l'a pas épuisée, il ne peut donner que ce qui reste, pourvu encore que cela n'excède ni le quart des biens, ni une part d'enfant le moins prenant.

2°. Il en est de même, si la donation faite à l'époux, quoiqu'antérieure, est néanmoins révocable ; *putà*, si elle est faite pendant le mariage. Dans ce cas, elle est censée révoquée, par cela seul que le donateur a fait une seconde donation irrévocable, qui doit nécessairement anéantir ou diminuer l'effet de la première.

3°. Si la donation faite à l'époux est antérieure et irrévocable, elle doit être préférée à la donation postérieure. Mais il faut faire encore à ce sujet une observation relative à la différence qui peut se trouver entre le disponible en faveur de l'étranger, et le disponible en faveur de l'époux. Si ces deux disponibles sont égaux (ce qui a lieu dans le cas unique où le donateur a trois enfans), et que la donation faite à l'époux égale ou excède le disponible, la donation postérieure est entièrement annullée ; sinon, elle est réduite à la différence.

Si le disponible en faveur de l'époux est moindre que le disponible en faveur de l'étranger, ce qui a lieu toutes les fois que le donateur a moins ou plus de trois enfans, alors la donation faite à d'autres qu'à l'époux, est encore réduite à la différence.

Il est inutile de prévoir le cas où le disponible en faveur de l'époux seroit plus considérable que le disponible en faveur de l'étranger, puisque ce cas ne peut exister, le *minimum* du dernier étant égal au *maximum* du premier.

4°. Enfin, quand les deux donations sont révocables, *putà*, si elles sont faites toutes deux par testament, alors elles doivent être réduites proportionnément, de manière cependant que la donation faite à l'époux n'excède ni le quart des biens, ni un quart d'enfant le moins prenant. (*Voir*, au surplus,

BIU Cujas

de plus grands détails sur ces questions, dans la note (5) de la page 62, *in fine.*)

Il arrive souvent que l'époux ayant enfans, au lieu de donner à son second époux une somme d'argent ou un objet déterminé, lui donne en général une part d'enfant. Cette donation, qui ne peut excéder le quart des biens, quel que soit le nombre des enfans, étant une véritable donation de biens à venir, puisqu'elle est subordonnée à la quotité des biens, et au nombre d'enfans que le donateur laissera à son décès, est assujettie aux règles établies pour ces sortes de donations entr'époux; en conséquence elle est caduque par le prédécès du donataire, même ayant enfans. (Art. 1093.)

Quid, si le donateur meurt sans enfans, comment sera estimée la part d'enfant revenant à l'époux? Anciennement on pensoit, d'après la loi 164, §. 1, ff. *de Verborum Signific.*, que le donataire devoit avoir moitié de la succession, attendu, disoit-on, que la moitié est la plus grande part du tout. Aujourd'hui il faudroit décider, d'après le même raisonnement, qu'il ne peut avoir que le quart, *ex præsumptâ voluntate donatoris*, qui, en donnant une part d'enfant, est présumé avoir voulu donner la plus grande part qu'il lui fût possible de donner, s'il avoit des enfans à son décès, mais qui n'est toujours censé avoir voulu donner que cette part: *secùs*, si la donation étoit de tout ce dont la loi lui permettoit de disposer; car, alors, s'il n'y avoit pas d'enfans, l'époux auroit toute la succession; sauf, s'il y avoit des ascendans, la nue propriété qui leur est réservée par l'article 1094. On ne peut dire que, dans ce cas, le donateur ait manifesté l'intention de donner seulement une part. (*Voir* Ricard, partie 3e., nº. 1281.)

Le donataire d'une part d'enfant peut-il demander le rapport des objets donnés, aux enfans qui viennent à la succession, à l'effet d'établir sa part en conséquence? Oui, sans doute, puisqu'il faut qu'il ait une part d'enfant, il faut bien faire la part de tous les enfans, et le traiter fictivement comme un enfant.

(4) *A l'égard d'un étranger.* En effet, celui qui n'a qu'un enfant, pourroit donner à un étranger la moitié de ses biens en propriété, ou le tiers, s'il en avoit deux. Il ne peut toujours donner à son conjoint que le quart en propriété, et le quart en usufruit; et même, si l'enfant est d'un premier mariage, il ne peut donner à son époux que le quart en propriété.

(5) *Par le moyen de personnes interposées.* L'article dit: *à personnes interposées;* ce qui paroît ne comprendre que le cas où le donataire direct et ostensible est personne interposée, à l'effet de remettre à l'incapable. Mais il peut arriver que la donation soit faite directement au second époux, mais qu'elle soit faite par personne interposée, comme si la femme donne secrètement à un tiers, qui donne ensuite ostensiblement au second mari. La donation ostensible n'est pas faite à personne interposée, puisqu'elle est faite au mari

BIU Cujas

même; mais elle est faite par personne interposée; et elle sera en conséquence annullée, si l'interposition est prouvée.

(6) *De droit.* (*Voyez* ci-dessus, la note (10) de la page 60.)

(7) *Issus d'un mariage précédent.* Ainsi les enfans communs du second lit ne sont pas compris dans la prohibition. Et en effet, leur qualité d'enfans est un titre suffisant pour justifier la donation. Il n'est pas nécessaire de supposer qu'elle a été faite dans la vue de l'autre conjoint; et cette décision doit avoir lieu, quand même, par le fait, le second époux auroit profité de la donation; *putà*, s'il avoit succédé à l'enfant donataire prédécédé. (La Combe, *verbo* Noces, partie 1re., sect. II, n.° 2.)

(8) *Les parens dont ledit époux étoit héritier présomptif au jour de la donation. Quid*, de ceux dont il n'étoit pas héritier présomptif au moment de la donation, mais auxquels il a cependant succédé, soit *ab intestat*, soit par testament? Il n'y aura pas interposition de droit. Ce sera au juge à décider d'après les circonstances, s'il y a interposition de fait. Si, par exemple, la donation a été faite à un aïeul paternel de l'incapable, l'interposition sera facilement présumée. Il n'en sera pas de même, si elle a été faite à un oncle de l'incapable, si, à l'époque de la donation, le donataire avoit des enfans; mais si le donataire, quoiqu'ayant des enfans, a ensuite fait une donation à l'incapable, d'une valeur à-peu-près égale à celle qu'il a reçue, l'interposition pourra être présumée plus facilement.

(9) *Quand même par le fait il n'en auroit pas hérité.* L'article dit: *encore que par le fait l'époux n'ait point survécu.* Je ne crois pas que cela doive être entendu *restrictivè*, mais seulement *explicativè*, et que, de quelque manière qu'il arrive que l'époux n'hérite pas, la donation ne doit pas moins être annullée.

(10) *La donation déguisée*, sous la forme d'un contrat onéreux, ou de toute autre manière.

(11) *Mais seulement pour tout ce qui excéderoit, etc.* Il résulte de la manière dont est rédigé l'article 1099, que la donation indirecte, mais de l'époux à l'époux, est valable jusqu'à concurrence de la quotité fixée par la loi, au lieu que la donation déguisée, ou faite par le moyen de personnes interposées, est entièrement nulle. L'Edit des Secondes Noces rangeoit dans la même classe toutes ces espèces de donations, et les réduisoit indistinctement au disponible. Mais le Législateur actuel ayant adopté une rédaction entièrement différente pour chacun des deux cas, qu'il pouvoit très-facilement embrasser tous deux dans une même disposition, on ne peut supposer qu'il ait agi absolument sans motif, et l'on doit d'après cela présumer qu'il a entendu appliquer à chacun d'eux une décision différente.

Mais qu'entend-on par une donation indirecte, distincte d'une donation déguisée? C'est, par exemple, si l'époux répudie une succession à laquelle son

BIU Cujas

époux est appelé par une substitution; s'il répudie un legs, dont le profit doit venir à son époux par droit d'accroissement, et autres cas semblables. On peut donner pour exemple d'une donation déguisée, si l'époux avoit fait une vente simulée, etc. La loi ne voit pas de fraude dans le premier cas, parce que l'époux n'a pas cherché à déguiser ses intentions. Il a donné indirectement, il est vrai; mais ce qu'il a fait, il l'a fait publiquement. En conséquence, la loi se contente de réduire l'avantage au disponible. Dans le second cas, l'époux a voulu dérober la connoissance de la donation qu'il vouloit faire; et la loi annulle entièrement la donation, parce qu'elle punit plus grièvement celui qui prend des voies obliques pour faire, même ce qu'il pourroit faire directement et librement. Nouvelle preuve à l'appui de l'opinion émise ci-dessus, dans la la note (1) de la page 58.

(12) *Et elles sont assujetties aux mêmes formes;* par conséquent, elles ne sont pas nulles par défaut d'acceptation. (Article 1087.)

Page 109.

(1) *Et dans celles de biens présens et à venir. Quid*, si cependant cette donation, quoique faite par un seul acte, étoit conçue dans la forme prescrite par l'article 1084, c'est-à-dire, si l'on y avoit annexé l'état des charges existantes au moment de la donation? Je pense qu'alors la donation de biens présens est distincte de celle des biens à venir, et qu'elle est transmissible. (Article 1092.) *Voir* un arrêt de Cassation, du 15 décembre 1813. (Sirey, 1815; 1re. part., page 102.)

(2) *Ne sont point transmissibles aux enfans issus du mariage.* Pourquoi cette différence avec la disposition de l'art. 1082? C'est d'abord que, comme nous l'avons dit, quand un tiers donne à une personne par contrat de mariage, il est censé embrasser dans sa libéralité, non-seulement l'époux donataire, mais encore sa postérité. Ici l'époux a pu donner à son époux seul, et en sa seule considération. Secondement, il n'a pas besoin de donner à ses enfans; il n'a qu'à ne pas leur ôter. Troisièmement, les enfans retrouveront toujours les objets dans la succession du survivant. Enfin, il est une raison qui, sous le rapport de la morale, n'est pas la moins forte, c'est qu'il n'est pas bon de dépouiller les pères et mères pour enrichir les enfans: il est, au contraire, très-utile de conserver aux premiers les moyens de retenir les seconds dans les bornes du respect, dont malheureusement ils ne s'écartent que trop souvent.

Cette dernière raison me détermineroit volontiers à penser que les parties ne pourroient déroger à cette disposition, même par une stipulation expresse, et que, par conséquent, les époux en se mariant, ne pourroient, dans la prévoyance du décès de l'un d'eux, stipuler que la donation de biens à venir aura lieu au profit des enfans du mariage, ni à plus forte raison, au profit de l'un d'entr'eux, même en réservant aux autres le droit de légitime; car, dans

BIU Cujas

ce dernier cas, ce seroit déranger l'ordre légal des successions entre les enfans; ce qui est prohibé dans les contrats de mariage, par l'art. 1389.

(3) *Qu'autant qu'elle est formellement exprimée;* c'est-à-dire, qu'en cas de prédécès du donataire, les biens ne reviendront au donateur qu'autant qu'il aura stipulé le droit de retour.

L'art. 1092 dit que toute donation de biens présens, faite entr'époux par contrat de mariage, est soumise à toutes les règles et formes ci-dessus prescrites pour toutes ces sortes de donations. Ce mot *ci-dessus* renvoie-t-il au chapitre IV, ou au chapitre VIII? Je crois que c'est au chapitre VIII, et que par les mots : *ces sortes de donations*, il faut entendre les donations faites par contrat de mariage. (*Voyez* note (12) de la page précédente.)

Quid si, dans une donation de biens présens, il y avoit réserve de la faculté de disposer d'un objet compris dans la donation? Ce seroit, quant à cet objet, une donation de biens à venir, qui, conséquemment, ne seroit pas transmissible aux enfans.

(4) *Mais sans réciprocité. Voyez* au 1^er^. volume, la note (2) de la page 82.

(5) *Par le simple changement de volonté du donateur*, dans quelque forme qu'il soit exprimé, pourvu qu'il soit constant.

(6) *Quand même elles seroient qualifiées entre-vifs.* Donc elles peuvent être qualifiées autrement; donc elles peuvent être de biens à venir; et, d'ailleurs, ce qui, dans les cas ordinaires, empêche qu'on ne puisse comprendre les biens à venir dans les donations entre-vifs, c'est qu'il seroit alors au pouvoir du donateur d'altérer, et même d'anéantir l'effet de la donation; ce qui est contraire au caractère distinctif et à l'essence des donations entre-vifs. Or, ce motif n'existe pas ici, puisque le donateur peut révoquer par un simple acte de sa volonté. Mais quoiqu'elles puissent être des biens à venir, elles doivent néanmoins être revêtues des formes requises pour les donations entre-vifs, puisqu'aux termes de l'art. 893, on ne peut en général disposer de ses biens que de deux manières, par donation entre-vifs ou par testament. Il y a, à la vérité, quelques exceptions; mais nous ne voyons nulle part qu'elles s'étendent à la donation entr'époux pendant le mariage. Il n'y a même qu'une différence qui est à leur désavantage, c'est que, si elle est mutuelle, elle ne peut être faite par un seul et même acte; ce qui tient à la révocabilité, qui est essentielle à ces sortes de donations, ainsi que nous l'allons voir tout-à-l'heure. *Voir* Ricard, *des Donations*, part. 1^re^., n^o^. 26, et un arrêt de Paris, du 27 août 1814, rapporté dans Sirey, 1816; 2^e^. partie, page 40.

Je regarde, au surplus, ces sortes de donations comme semblables, presqu'en tous points, aux donations entre mari et femme, telles qu'elles avoient lieu chez les Romains, et qui étoient confirmées par le prédécès du donateur, survenu sans qu'il eût révoqué la donation. Je pense donc que les dispositions

BIU Cujas

des lois Romaines doivent servir à décider presque toutes les questions qui peuvent se présenter sur l'art. 1096.

1°. La donation est-elle révoquée par la mort civile du donateur? Non. (*LL.* 13, §. 1, ff., et 24, Cod. *de Donat. inter vir. et uxor.*) Elle est au contraire confirmée par cette mort, puisque le donateur ne peut plus la révoquer. Observez, en effet, une différence essentielle qui existe entre ces sortes de donations et les testamens, et dont la décision que nous venons de donner, n'est que la conséquence; c'est que, par le testament, le légataire n'acquiert aucun droit: ce n'est que du moment du décès, que son droit commence à naître. Si donc, à ce moment, le défunt étoit incapable de transmettre, il n'a pu donner au légataire aucun droit sur la chose léguée. Dans la donation entre mari et femme, le donataire acquiert un droit au moment de la donation, ou de l'acceptation, si elle a lieu par acte séparé; ce droit est acquis, à la vérité, sous la condition: *si le donateur ne révoque pas.* Mais cette condition qui est résolutoire, n'empêche pas l'existence du droit, tellement que, si la donation est de biens présens, le donataire n'est tenu des dettes, ni de demander la délivrance. (Arrêt de Rouen, du 7 février 1816, rapporté dans Sirey, 1816; 2e. part., page 143.) Du moment que la révocation n'a pas lieu, la donation est censée avoir été pure et simple dans le principe: or, à l'époque où elle a été faite, le donateur étoit capable de disposer: donc, etc.

2°. Cette donation seroit-elle révoquée par la séparation de corps? Remarquez qu'il ne s'agit pas ici de la révocation des donations faites par le demandeur, puisque la séparation révoque celles même qui ont été faites par contrat de mariage, et qui sont essentiellement irrévocables. Il s'agit donc des donations faites par le défendeur. Se reporter, à ce sujet, à ce que nous avons dit au 1er. Vol., note (2) de la page 82.

Ces donations seroient également révoquées par le prédécès du donataire. (*L.* 32, §. 14, ff. *eod.*)

3°. La révocation tacite suffiroit-elle? La loi 12, Cod. *Eod.*, décidoit que toute aliénation, et même l'hypothèque, emportoit révocation. Cependant cela avoit été changé, quant à l'hypothèque, par Justinien, dans la Novelle 162, *cap.* 1, §. 1. Je pense que ces dispositions seroient admises dans notre droit, et que par conséquent toute aliénation emporteroit révocation de la donation, quant à la chose aliénée; mais qu'il n'en seroit pas de même de l'hypothèque, établie même depuis la donation, sauf toutefois l'action hypothécaire du créancier. Mais en admettant cette décision, le donataire qui, en vertu de l'action hypothécaire, a été obligé de payer la dette, aura-t-il un recours contre la succession du donateur? Je le pense d'autant plus volontiers qu'une semblable donation peut bien au moins, quant à ce, être assimilée à un legs, et que, dans le cas où la chose léguée a été hypothéquée, même depuis le testament, le légataire qui a payé la dette, est subrogé à tous les

BIU Cujas

droits dn créancier contre la succession du testateur. (Articles 874, 1020 et 1038.)

Il résulte, au surplus, de ces dispositions, que ces sortes de donations n'ont pas besoin d'être transcrites; car les tiers n'ont pas d'intérêt à les connoître, puisqu'elles ne peuvent préjudicier aux droits réels qu'ils pourroient acquérir sur les biens donnés.

4°. S'il y avoit lieu à réduction pour le complément de la légitime, et qu'une donation semblable se trouvât en concours avec d'autres dispositions, comment s'opéreroit la réduction? *Voyez* ci-dessus la note (6) de la page 62.

Il faut observer néanmoins plusieurs différences, sur cette matière, entre notre droit et le droit Romain. Ainsi, chez les Romains, l'on ne regardoit comme donation que ce qui diminuoit le patrimoine actuel du donateur. Si donc le mari avoit répudié une succession que sa femme avoit droit de recueillir comme substituée, cela n'eut pas été regardé comme une donation. (L. 5, §§. 13, 14 et 15, *de Donat. inter vir. et ux.*) Il n'en seroit pas de même chez nous où les dispositions indirectes sont regardées également comme des donations. De même, chez les Romains, l'on ne regardoit pas comme une donation, ce qu'une femme donnoit à son mari, pour acquérir une dignité (LL. 40, 41 et 42, *Eod.*), ou pour rebâtir sa maison incendiée. (*L.* 14, *Eod.*) Chez nous, ce seroit réellement une donation.

Observez également qu'il ne suffit pas que le donateur se soit appauvri par la donation; il faut encore, pour que la disposition soit regardée comme une donation, et soit, comme telle, révocable, que le donataire soit devenu plus riche; et, pour en juger, l'on considère le moment de la demande. (L. 7, *Eod.*) Si donc, à cette époque, les objets se trouvent perdus ou diminués, même par le fait du donataire, et sans aucun profit pour lui, l'action en révocation n'a pas lieu, ou elle est réduite jusqu'à concurrence de la valeur que les objets ont conservée.

Page 110.

(1) *Dans le cas de révocation de la part de l'une des parties.* Si l'un révoquoit, et que l'autre vînt à mourir sans l'avoir su, les héritiers de celui-ci pourroient prétendre que les deux donations étant corélatives, et faites l'une dans la vue de l'autre, la révocation de l'une doit entraîner celle de l'autre.

(2) *Soit testamentaire.* Pour ce qui concerne les testamens, ce n'est point une disposition particulière aux époux. Il y a, à cet égard, une prohibition générale dans l'art. 968.

(3) *Ne leur est point applicable.* On peut présumer que le donateur a préféré son époux à ses enfans. Mais elles seront réductibles à la quotité portée dans l'art. 1094.

BIU Cujas

PAGE 111.

(1) *Des contrats, ou des obligations conventionnelles en général.* Tout le monde connoît, sur cette matière, l'excellent Traité *des Obligations*, de POTHIER.

(2) *De transférer la propriété*, comme la vente, l'échange, etc.

(3) *Immédiatement, et par eux-mêmes.* Ils connoient le *jus ad rem*; on n'acquéroit le *jus in re* que par la tradition. (*Voyez*, au 1^er^. volume, la note (3) de la page 141.)

(4) *Ce principe est consacré, etc.* Sauf quelques exceptions qui seront rapportées ci-après, chap. IV, sect. I^re^.

(5) *Au nombre des manières d'acquérir la propriété.* Ils étoient anciennement ce que les auteurs appeloient *tituli ad adquirendum dominium*, titres en vertu desquels on pouvoit forcer l'autre partie de transférer la propriété par la tradition. Ils sont devenus, par le nouveau principe, et sauf les cas d'exception, *modi adquirendi dominii*, manières d'acquérir la propriété immédiatement, et avant toute tradition.

(6) *Mais encore à toutes les obligations conventionnelles.* Observez que, dans notre droit, les mots *contrat* et *convention* sont synonymes. La division que les Romains faisoient des conventions en *pactes* et *contrats*, nous est absolument inconnue.

(7) *L'entière liberté.* Nous disons *l'entière*; car si le débiteur avoit, à la vérité, la liberté de ne pas donner ou de ne pas faire ce qui est l'objet de l'obligation, mais seulement en donnant ou en faisant autre chose à la place, il y auroit toujours une obligation, du genre de celles que nous nommons *facultatives*. (*Voyez* le texte, chap. III, sect. IV.)

PAGE 112.

(1) *Forcer l'exécution.* C'est de ce principe que dérivent les règles des obligations *facultatives* dont il est question dans la note précédente.

(2) *D'un acte pur et simple.* Telle seroit cette promesse : *Je vous payerai, si je veux, si cela me plaît.* Nous verrons ci-après, chap. III. sect. I^re^., qu'il ne faut pas confondre cette obligation, avec celle qui est contractée sous la condition d'un fait qu'il dépend du débiteur de faire ou de ne pas faire. Cette dernière obligation est valable.

(3) *Purement naturelles, purement civiles, et mixtes.* L'on divise encore les obligations en parfaites et imparfaites. L'obligation parfaite est celle qui donne au créancier un droit quelconque dans le for extérieur, soit par voie d'action, soit par voie d'exception. L'obligation imparfaite est celle qui n'a d'effet que dans le for de la conscience : telle est l'obligation de faire l'aumône, de reconnoître un bienfait. L'obligation parfaite peut être civile ou

BIU Cujas

naturelle. L'obligation naturelle ressemble à l'obligation imparfaite, en ce qu'elle ne produit pas d'action; mais elle en diffère en ce qu'elle produit des effets civils, dans le for extérieur, comme il sera dit plus bas, ne fût-ce que celui d'empêcher la répétition de la chose qu'on auroit payée par suite d'une obligation de cette espèce; au lieu que l'obligation imparfaite ne produit absolument aucun effet dans le for extérieur. Que diroit-on, en effet, d'un individu pauvre, qui voudroit se refuser à la restitution de ce qui lui auroit été payé indument et par erreur, sous prétexte que le réclamant, étant plus riche que lui, est tenu en conscience de l'assister?

(4) *Ou n'en donne qu'une inefficace.* Une action est inefficace, quand son effet peut être paralysé par une exception perpétuelle. Telle est une obligation prescrite. On peut agir en vertu d'une semblable obligation, tellement que, si le débiteur n'oppose pas la prescription, le juge ne peut y suppléer, et doit condamner le défendeur. (Art. 2223.) Mais, du moment que la prescription est valablement opposée, l'action devient entièrement inutile.

(5) *D'une dette de jeu :* Sauf quelques exceptions qui se trouvent dans l'art. 1966, la loi ne donne point d'action pour ces sortes de créances.

(6) *Une obligation prescrite :* Pour cette obligation, et pour celle de la femme mariée non-autorisée, la loi donne une action, mais dont on peut paralyser entièrement l'effet, en opposant la prescription ou le défaut d'autorisation. (*Voyez* la note suivante.)

(7) *De tout effet civil.* On distinguoit chez les Romains trois espèces d'obligations purement naturelles;

Celle qui étoit telle *à raison de la personne : putà*, si un pupille, *pubertati proximus*, avoit contracté sans l'assistance de son tuteur.

Celle qui l'étoit *à raison de la nature de la convention : putà*, l'obligation résultant de ce qu'on appeloit chez les Romains un pacte nud.

Enfin celle qui l'étoit tout à la fois, *à raison de la personne, et de la nature de la convention; putà*, celle qui résultoit du cautionnement consenti par une femme, ou d'un emprunt d'argent consenti par un fils de famille.

L'obligation purement naturelle, à raison de la nature de la convention, ne produisoit pas à la vérité d'action. Mais c'étoit le seul effet civil qu'elle n'eût pas; et cela tenoit à la subtilité du droit Romain, d'après lequel on ne pouvoit intenter une action que conformément à une formule quelconque. Or, il n'y avoit pas de formules pour les obligations résultant des simples pactes. Mais à cela près, cette obligation avoit tous les autres effets civils. Ainsi elle produisoit une exception; elle donnoit lieu à la compensation, à la novation, au gage, au cautionnement, au constitut, et elle empêchoit la répétition de la chose payée.

Les deux autres espèces d'obligations naturelles, ne produisoient pas d'action, et ne pouvoient pas donner lieu à la compensation. En un mot elles n'avoient presqu'aucun effet civil. Car parmi ces obligations, il y en avoit,

BIU Cujas

telle que celle de la femme qui s'étoit portée caution, qui n'empêchoient même pas la répétition de la chose payée (*L.* 9, Cod. *ad Senat. Velleian.*), et qui ne pouvoient servir de base à aucune obligation accessoire, contractée même par des tiers. (*L.* 16, §. 1, ff. *Eod.*)

Dans notre droit, nous connoissons l'obligation simplement naturelle à raison de la personne, telle que celle qui est contractée par un incapable; *putà*, par un mineur, ayant toutefois l'âge de raison, une femme mariée et non autorisée; et l'obligation naturelle à raison de la nature de la convention, telle que celle qui résulte d'une dette de jeu, dans les cas non exceptés par l'article 1966. Cette dernière espèce n'a d'autre effet civil que d'empêcher la répétition de la chose payée sans fraude. (Art. 1967.) Les obligations de la première espèce, peuvent devenir civiles par la ratification expresse ou tacite. Autrement elles peuvent seulement servir de base à des obligations accessoires contractées par des tiers, telles que gage, cautionnement. Quant à la répétition de ce qui a été payé en vertu de semblables obligations, il faut distinguer: Si l'incapacité existoit encore au moment du payement, l'incapable peut toujours se faire restituer contre ce payement, et par suite contre l'obligation dont il a été l'exécution. Mais si l'incapacité n'existoit plus au moment du payement, alors ce payement devient une ratification tacite de l'obligation, et ôte en conséquence à l'obligé le droit de se faire restituer.

Il est encore une autre espèce d'obligations naturelles, dont il est question dans le texte; ce sont les obligations prescrites. Elles ont à-peu-près les mêmes effets que les obligations naturelles, à raison de la personne; sauf que, pour les rendre valables à l'égard du débiteur, il n'est pas nécessaire qu'elles aient été ratifiées; il suffit que le débiteur ait fait un acte duquel on puisse induire une renonciation à la prescription.

(8) *Celle qui résulte d'une condamnation injuste.* C'est, dans ce cas, l'autorité de la chose jugée, qui produit l'obligation: *Res judicata pro veritate habetur.* (*L.* 207, ff. *de Regulis juris.*) (*V.* ci-après, chap. VI, sect. III, §. 1.)

(9) *Du serment décisoire.* Si celui à qui on demande une chose, a déclaré s'en rapporter au serment du demandeur, et que celui-ci ait juré que la chose lui étoit due, le défendeur sera tenu de payer, quand même il ne devroit rien, et qu'il offriroit de le prouver. (Art. 1363.) (*Voyez* ci-après, chap. VI, sect. V, §. 1.)

L'on voit par cet exemple, et par celui de la note précédente, que je n'ai pas adopté la définition de l'obligation purement civile, telle qu'elle est donnée par les auteurs qui ont écrit sur le droit Romain: *Obligatio merè civilis*, disent-ils, *est vinculum solius juris, quod parit actionem, sed quæ perpetuâ exceptione elidi potest.* Et ils donnoient pour exemple de cette obligation, celle qui avoit été contractée par dol ou par violence. Cette obligation, *jure civili*, produisoit une action, contre laquelle le Préteur accordoit une exception per-

BIU Cujas

pétuelle, *doli*, ou *quod metûs causâ*. Je n'ai pas dû admettre cette définition, qui tenoit à la distinction du droit civil et du droit prétorien, distinction absolument inconnue dans notre droit. Et d'ailleurs, il faut observer que je n'entends parler ici que de l'obligation ayant un effet. Or, peut on dire qu'une obligation que l'on peut rendre perpétuellement inutile par l'effet d'une exception, soit vraiment une obligation? *Hoc genus obligationis*, dit VINNIUS, *propè modùm sine re est, et exitu inutile. Nihil interest*, dit la loi 112, ff. de Regulis juris, *ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur*. Les Romains reconnoissoient donc eux-mêmes que cette obligation prétendue civile, n'étoit réellement pas une obligation. J'ai donc dû rejeter cette définition; et d'ailleurs, puisque, de l'aveu de tous, l'on entend par obligation *purement naturelle*, celle qui, obligeant dans le for intérieur, ne produit pas d'action civile, il paroissoit conforme à l'ordre des idées, et aux bonnes règles du raisonnement, de définir l'obligation purement civile, celle qui produit une action civile, mais qui cependant n'oblige pas dans le for intérieur.

(10) *Qui n'ont que la loi*, civile. Mais en général, dans ce cas, elle ne fait que sanctionner les dispositions de la loi naturelle.

PAGE 113.

(1) *Tout-à-la-fois créancière et débitrice*. Ainsi, dans la vente, le vendeur est débiteur de la chose vendue, et créancier du prix; l'acheteur, de son côté, est créancier de la chose, et débiteur du prix.

(2) *Le contrat est une convention*. La convention est, *duorum pluriumve in idem placitum consensus, animo contrahendæ obligationis*. (*L.* 1, §§. 2 *et* 3, ff. *de Pactis*.)

PAGE 114.

(1) *Et synallagmatiques imparfaits*. Cette distinction est nécessaire pour l'application de plusieurs articles, et notamment de l'article 1325, dont la disposition, quoique paroissant relative aux contrats synallagmatiques en général, ne s'applique cependant qu'aux contrats synallagmatiques parfaits.

(2) *La vente, l'échange, le louage, etc.* En effet, ces sortes de contrats ne peuvent exister, sans qu'il y ait obligation réciproque. On ne peut concevoir une vente, sans qu'il y ait obligation, de la part du vendeur, de livrer la chose, et, de la part de l'acheteur, de payer le prix. Supprimez une de ces obligations, il n'y a plus de vente. Il en est de même de l'échange, du louage, etc.

(3) *Le mandat, le dépôt, etc.* Il est de l'essence du mandat, que le mandataire soit obligé de rendre compte; du dépôt, que le dépositaire soit tenu

BIU Cujas

de rendre le dépôt. Mais l'action que le mandataire ou le dépositaire ont contre le mandant ou le déposant, pour le remboursement des dépenses qu'ils ont faites à l'occasion du mandat ou du dépôt, n'est qu'une action éventuelle, et sans laquelle le contrat peut exister; car il peut facilement arriver que le mandat ou le dépôt n'ait occasionné aucune dépense à l'un ni à l'autre.

(4) *Tels sont le prêt, etc.* Ce n'est pas que, dans quelques-uns de ces actes, il ne puisse y avoir obligation, avant que la chose ait été livrée. Mais ce ne sera pas un des contrats qui sont rapportés ici; ce sera un de ceux que les Romains appeloient *innommés*. Si, par exemple, une personne s'est engagée à me prêter de l'argent à telle époque, pour telle entreprise; que, comptant sur cette promesse, j'aie commencé des travaux, fait des dépenses considérables, et qu'à l'époque convenue, cette personne refuse, sans aucun motif, de tenir la promesse qu'elle m'a faite, et qu'il en résulte, pour moi, la perte de toutes mes avances, elle pourroit, suivant les circonstances, et surtout si le prêt n'étoit pas gratuit, être tenue de m'indemniser. Mais il est clair que ce n'est point en vertu d'un contrat de prêt, puisqu'au contraire il n'y a obligation, que parce qu'il n'y a pas eu de prêt. L'obligation, dans ce cas, est uniquement fondée sur la disposition de la loi naturelle, sanctionnée par les articles 1382 et 1383 du Code, portant qu'on est tenu de réparer le dommage que l'on a causé à autrui par son fait.

(5) *Pour l'intérêt et l'utilité réciproque des parties.* L'article 1106 définit le contrat *à titre onéreux*, celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose. Mais il est évident que cette définition, qui est réellement celle du contrat synallagmatique, ne peut s'appliquer au contrat à titre onéreux. Car, sous ce rapport, elle pèche contre une des règles de la logique, qui veut que toute définition convienne *omni, et soli definito*. Elle ne convient pas *omni definito*; car elle ne convient pas au prêt à intérêt, qui est certainement un contrat à titre onéreux, et dans lequel le prêteur n'est tenu de rien donner, ni de rien faire. Elle ne convient pas *soli definito*; car elle peut s'appliquer au dépôt, au mandat, qui sont des contrats de bienfaisance.

(6) *Commutatif proprement dit, ou aléatoire.* Il est évident que la division des contrats en *commutatifs* et *aléatoires*, n'est pas une division principale, mais seulement une subdivision des contrats *à titre onéreux*, puisque tous les contrats *à titre onéreux* ne peuvent être que *commutatifs* ou *aléatoires*, et que, d'un autre côté, tous les contrats *commutatifs* ou *aléatoires* sont censés *à titre onéreux*.

(7) *Il est commutatif proprement dit.* Nous avons ajouté ces mots *proprement dit*, parce que le contrat aléatoire est aussi commutatif, puisque l'on donne quelque chose en échange de ce que qu'on reçoit, ne fût-ce qu'une chance, une espérance. Mais comme cette chance, cette espérance, peut se réduire à fort peu de chose, et même quelquefois à rien, j'appelle proprement

BIU Cujas

commutatifs, les contrats dans lesquels il y a réellement quelque chose d'effectif donné de chaque côté.

(8) *Est censé.* Parce qu'il n'est pas nécessaire, au moins dans le for extérieur, que la chose donnée soit absolument et réellement d'égale valeur à la chose reçue. Il suffit que les parties l'aient considérée comme telle, sauf le cas de lésion dans certains contrats, ou à l'égard de certaines personnes. (Art. 1118.)

(9) *L'équivalent effectif*, à la différence du contrat aléatoire, dans lequel l'équivalent ne consiste que dans une chance de gain ou de perte.

PAGE 115.

(1) *Les contrats non solennels.* Ce sont ceux que POTHIER, d'après le droit Romain, appelle contrats *du droit des gens.* Nous avons changé cette dénomination, d'abord, parce que le droit des gens s'entend principalement, chez nous, du droit *inter gentes*; et en deuxième lieu, parce que le mot *solennel*, paroît désigner mieux ces espèces de contrats, dont l'existence dépend de l'observation de certaines formalités, qui sont exigées *ad solemnitatem*, *non verò ad probationem tantùm.*

(2) *Les contrats solennels*, appelés par POTHIER, *Contrats du droit civil.* (*Voyez* la note précédente.)

(3) *Aux règles générales portées dans le présent Titre. Quid* de la distinction établie par le droit Romain, entre les contrats *de bonne foi* et les contrats *de droit strict.* Quoique cette distinction paroisse abrogée par l'art. 1135, il est cependant vrai qu'elle existe encore dans notre droit. En effet, la différence consistoit en ce que, dans les contrats de droit strict, le juge étoit obligé de se renfermer dans les bornes de la convention, sans pouvoir condamner aucune des parties au-delà de ce à quoi elle s'étoit formellement obligée. Dans les contrats de bonne foi, au contraire, la condamnation pouvoit s'étendre à tout ce que l'équité pouvoit exiger. Ainsi, dans le prêt d'argent, qui étoit de droit strict, le juge ne pouvoit ordonner le payement des intérêts, qu'autant qu'ils avoient été formellement stipulés, quelque retard que le débiteur eût mis d'ailleurs dans le payement. (*L.* 32, §. 2, ff. *de Usuris.*) Or, il en est de même chez nous; y eût-il dix ans qu'un billet est échu, tant qu'il n'y a pas eu de demande judiciaire, le créancier ne peut exiger d'intérêts (article 1153); et si la loi les fait courir du jour de la demande, c'est à titre de dommages et intérêts, et pour punir le débiteur qui, par une contestation injuste, a voulu éluder l'exécution de son obligation.

Dans la vente, au contraire, les intérêts du prix étoient dus par l'acheteur, par le fait seul du retard, parce qu'il étoit juste, disoit-on, que, jouissant des fruits de la chose, il payât les intérêts du prix. Or, cette disposition est consacrée, avec quelques légères modifications, par l'article 1652 du Code. Enfin

BIU Cujas

l'article 1514 présente une disposition qui est de droit très strict, puisqu'elle ne s'étend pas même aux héritiers de la partie qui a stipulé, à moins qu'ils n'y soient formellement compris.

PAGE 116.

(1) *Sans le consentement des parties.* L'article 1108 dit que, pour la validité d'un contrat, il faut le consentement de la partie qui s'oblige. Cette rédaction est inexacte. Il est impossible de concevoir un contrat, sans le consentement de toutes les parties. Mais il n'est pas nécessaire que les volontés des parties concourent dans le même instant : pourvu que la volonté de celle qui n'est pas intervenue dans le principe, soit déclarée avant que l'autre ait révoqué la sienne, la convention est valablement formée. (Art. 1121.)

Quid, si un débiteur, en l'absence et à l'insu du créancier, va chez un notaire, déclarer ou reconnoître qu'il doit telle somme à telle personne; cette reconnoissance est-elle valable; ou, au moins, le débiteur pourroit-il, par argument de l'article 1121, la révoquer, tant que le créancier n'a pas déclaré qu'il entend en profiter? Je crois que l'acte est valable et irrévocable. Il faut, en effet, bien distinguer le contrat, de l'acte qui le prouve. Le contrat de prêt existe du moment que l'argent a été prêté. Le billet ou la reconnoissance ne constitue pas le contrat; ce n'en est que la preuve. Qu'il y ait ou non un billet, le débiteur ne doit pas moins payer ce qu'il a emprunté : il doit même y être condamné, à moins qu'il ne nie la dette; auquel cas, il est renvoyé de la demande, si la dette ne peut être prouvée légalement, parce que, devant la loi, tout ce qui n'est pas prouvé, est censé ne pas exister. D'après cette distinction, l'on doit dire que, pour le contrat, il faut le concours des deux parties; mais que ce concours n'est pas nécessaire pour la preuve du contrat. Cela résulte d'ailleurs évidemment de l'article 1331, portant que les écrits faits par le débiteur seul, font foi contre lui dans plusieurs cas.

PAGE 117.

(1) *Auxquelles la loi a interdit certains contrats.* (*Voyez* les art. 450, 1595 et suivans.)

PAGE 118.

(1) *S'il y a erreur sur la substance.* Si je crois acheter un bijou en or, et qu'il ne soit qu'en cuivre doré, la vente est nulle, si je puis prouver que j'ai cru réellement acheter un bijou en or, et ce, quand même le vendeur auroit été lui-même dans la bonne foi. (*L.* 41, § 1, ff. *de Contrah. Emp.*) Il en seroit autrement, si j'avois acheté un mauvais ouvrage, le croyant bon. La bonté de l'ouvrage peut être le motif qui me l'a fait acheter; mais, cependant, il n'y a pas

BIU Cujas

d'erreur ; car l'ouvrage que j'ai acheté, est réellement celui que j'avois intention d'acheter.

(2) *Quand il y a dissentiment sur le prix.* Si je crois acheter votre maison dix mille francs, et que vous croyiez me la vendre douze mille francs, la vente est nulle; *secùs*, si je croyois vous la vendre dix mille francs, et que vous croyiez l'acheter douze mille francs, parce que *majori summæ minor inest*; et dans ce cas, la vente est valable pour 10,000 francs.

(3) *S'il s'agit de vices redhibitoires.* Le mot *redhibitoires*, du mot latin *redhibere*, reprendre une chose qu'on a vendue, est consacré pour désigner, 1°. les défauts cachés d'une chose vendue, et qui sont tels, que l'acquéreur ne l'auroit pas achetée, s'ils les avoit connus. (Art. 1641 et 1644.) Et 2°. l'action que l'acquéreur a, dans ce cas, contre le vendeur, pour le forcer à la reprendre. (*Voyez* ci-après au Titre *de la Vente*.)

(4) *N'ait été la cause principale de la convention.* Par exemple, si j'ai fait marché pour un tableau avec un peintre qui n'est pas celui avec lequel je croyois traiter, la convention peut être annullée, parce que, dans un marché de ce genre, on ne considère ordinairement que le nom et la réputation du peintre. Si cependant le peintre avec qui j'ai traité, ne savoit pas que je le prenois pour un autre, et qu'il ait fait le tableau, je serai obligé de le payer, en vertu, non pas du contrat qui est nul, mais de la règle d'équité, qui m'oblige à payer ce que j'ai commandé. Aussi le prix ne sera pas celui du marché; mais il sera réglé à dire d'experts. Si je m'aperçois de l'erreur avant qu'il ait commencé, et que je le lui fasse connoître, il n'aura point d'action contre moi, si ce n'est dans le cas où la commande que je lui ai faite, l'auroit empêché de se charger d'un autre ouvrage; auquel cas je serois tenu de l'indemniser. Mais s'il savoit que je le prenois pour un autre, et qu'il ne m'ait pas averti, non seulement il n'aura d'action contre moi dans aucun cas; mais si le retard résultant de l'erreur dans laquelle il m'a laissé, m'a été préjudiciable, il sera tenu de m'indemniser.

(5) *Elle pourroit devenir cause de nullité;* mais il faut pour cela que le motif énoncé soit commun aux deux parties; car, s'il étoit particulier à l'une d'elles et qu'il n'ait influé en rien sur le consentement de l'autre, l'obligation seroit valable. *Exemple* :

J'achète un cheval pour appareiller un attelage, en remplacement d'un que je crois mort, et qui ne l'est pas: la vente est valable. Le motif qui m'a déterminé, est particulier à moi-même, et ne concernoit en rien celui qui m'a vendu le cheval. *Exemple de l'autre cas* : Je suis héritier d'une personne qui étoit votre débitrice. Je contracte envers vous une nouvelle obligation, en remplacement de la première, que je crois encore existante. Je retrouve ensuite la preuve que cette première étoit acquittée. La seconde obligation est nulle, parce que le motif faux qui l'a déterminée, est commun aux deux parties (*Voyez* ci-après, la note (6) de la page 176, *in fine*.)

BIU Cujas

Quid, si la cause est fausse par erreur de droit ? Peut-être faudroit-il distinguer : Si l'effet de l'erreur de droit étoit de faire perdre à la personne qui est dans l'erreur, ce qui lui appartient, je penserois volontiers, d'après les lois Romaines, que l'engagement est nul, et que la répétition peut avoir lieu ; comme si une personne qui est, dans le droit, seule héritière d'un individu décédé, partage la succession avec une autre personne qu'elle croit également héritière, mais par erreur de droit. C'est, par exemple, le cousin-germain du défunt qui partage la succession avec les enfans d'un autre cousin-germain, parce qu'il croit qu'ils peuvent venir par représentation de leur père : *Juris ignorantia*, dit PAPINIEN, *L.* 7, ff. *de Juris et fact. ignor.*, *suum petentibus non nocet. Juris error*, dit le même jurisconsulte, *L.* 8, Eod. *in damnis amittendæ rei suæ non nocet.* Or, dans l'espèce, le véritable héritier étoit saisi par la loi de la propriété de toute la succession. En la partageant avec un tiers, il a perdu ce qui lui appartenoit: *rem suam amisit.* Donc, l'erreur de droit ne peut lui nuire. Mais si d'après les circonstances, il pouvoit y avoir la plus légère raison de penser que l'engagement a pu avoir lieu pour toute autre cause, alors il n'y auroit pas lieu à répétition ; *putà*, si un successible partage une succession, à laquelle il a seul droit d'après les lois civiles, avec un autre successible, du même degré que lui, mais qui, par l'effet des lois sur l'émigration, est privé de tout droit à cette même succession : de même, si un héritier pour partie, s'engage, envers un créancier de la succession, à payer la dette en totalité, l'engagement est valable, et il ne sera pas recevable à alléguer qu'il a agi par erreur de droit, en croyant mal à propos être tenu solidairement des dettes de la succession. On peut au contraire lui supposer l'intention de faire honneur à la mémoire du défunt.

(6) *Au moins dans le for extérieur.* Dans le for intérieur, il est défendu d'inspirer la plus légère crainte injuste à quelqu'un, pour lui faire contracter une obligation.

PAGE 119.

(1) *A un mal considérable et présent.* Il faut que l'on soit menacé d'un mal présent. *Secùs*, si c'est d'un mal qui ne peut arriver qu'au bout d'un certain temps ; par exemple, la crainte d'être privé d'une succession non encore échue. Cependant cette circonstance peut être prise quelquefois en considération, lorsqu'il s'agit de prononcer sur des consentemens donnés par des successibles à des arrangemens pris par leur auteur, et dont l'effet peut se reporter à une époque postérieure au décès. Nous en avons plusieurs exemples dans les notes précédentes. *Voir* entr'autres à ce sujet l'art. 1339.

(2) *Mais la seule crainte* : nous disons *la seule*, parce que si cette crainte a été accompagnée de violence de la part de l'ascendant, elle pourra donner lieu à la nullité de l'obligation.

BIU Cujas

(3) *Il suffit qu'elle ait eu pour objet direct.* En conséquence l'obligation n'est pas nulle, quoique la violence en ait été la cause, si le but de la violence n'étoit pas de faire contracter l'obligation. *Exemple* : Une personne exposée à un danger imminent, fait une promesse à un tiers pour qu'il vienne la délivrer. L'obligation est valable, parce que la violence n'avoit pas pour but de faire contracter l'obligation. Néanmoins, si l'objet promis étoit considérable, et tout-à-fait disproportionné avec le danger qu'a pu courir le libérateur, l'obligation pourroit être réduite.

Anciennement il y avoit cette différence entre la violence et l'erreur, que l'erreur étoit une cause de nullité des conventions, *quià qui errat, non consentit.* La violence au contraire, n'étoit qu'une cause de rescision, parce que celui qui consent, quoique par force, consent toujours : *qui mavult, vult: coacta voluntas est semper voluntas.* Actuellement que le Code a rangé sur la même ligne les obligations nulles et les obligations rescindables, cette distinction n'est plus utile que dans le for intérieur. Celui qui fait, quoique par crainte, une action défendue par la loi naturelle, est coupable : celui qui fait la même action par erreur, peut être innocent.

(4) *Dans le for extérieur. Secùs* dans le for intérieur, où le plus léger dol est défendu.

(5) *Qu'il soit l'ouvrage de l'une des parties.* Donc si le dol vient d'un tiers, sans complicité de la part du contractant, le contrat ne peut être rescindé; sauf l'action en dommages-intérêts contre celui qui a commis le dol, et sauf encore le cas où il seroit résulté du dol une erreur de la nature de celles qui peuvent donner lieu à la nullité du contrat. Mais alors la nullité devroit être demandée pour erreur, et non pour dol.

Quid, dans le cas d'ivresse ? Il y a dol, soit que l'ivresse ait été causée par celui qui a traité avec la personne ivre, soit même dans le cas contraire. Il est toujours coupable d'avoir traité avec un homme qui n'étoit pas dans son bon sens.

Pourquoi faut-il, pour que le contrat soit rescindé pour dol, que le dol ait été pratiqué par la partie contractante elle-même, tandis que la violence commise par toute personne vicie le consentement? Tous les auteurs ont admis cette distinction, et je n'en connois aucun qui en ait donné une raison satisfaisante. Je crois en avoir trouvé une que m'a fournie la loi 14, §. 3, ff. : *Quod metûs causâ. Cùm metus*, dit ce paragraphe, *habeat in se ignorantiam, meritò quis non adstringitur, ut designet quis ei metum vel vim adhibuerit.* Il est très-possible que l'individu qui éprouve la violence, ne connoisse pas celui qui la lui fait éprouver : *Metus habet in se ignorantiam.* Si donc on ne lui permettoit pas de demander la nullité du contrat, il s'en suivroit que, d'un côté, il seroit obligé d'exécuter une convention à laquelle il n'auroit donné qu'un consentement forcé, et que, de l'autre, il ne pourroit se faire indem-

BIU Cujas

niser par celui qui l'auroit contraint, puisqu'il est supposé ne pas le connoître. Et d'ailleurs, quand il le connoîtroit, il seroit possible qu'il fût dans un état d'insolvabilité qui lui ôtât toute espérance de recours. Il n'en est pas de même dans le cas du dol, qui suppose toujours une certaine confiance de la part de celui qui a été trompé. Or, on ne peut avoir de confiance que dans une personne que l'on connoît. Il est donc impossible que la personne trompée ne connoisse pas celui qui l'a trompée. C'est à elle à s'imputer d'avoir donné sa confiance à une personne qui n'en étoit pas digne; ce n'est pas une raison pour annuller un contrat passé avec une personne qui a traité de bonne foi.

Nous disons, *qui a traité de bonne foi*, parce que, si la partie est complice du dol, cela rentre dans le cas de l'article 1116, et peut donner lieu contre elle, soit à la demande en nullité, soit à des dommages-intérêts, suivant que le dol *incidit in contractum, aut dedit causam contractui.* (*Voyez* la note suivante.)

Pourroit-on demander contre la femme la nullité d'un acte passé par le mari, comme administrateur des biens de la femme, pour raison du dol commis par lui? Je pense qu'oui, au moins *quatenùs locupletior facta est.* (Argument tiré de la loi 15, ff. *de Dolo malo*); et par conséquent sans dommages-intérêts, si toutefois elle n'est pas complice : car alors, elle devroit être tenue solidairement avec son mari.

La même décision doit s'appliquer au mineur, pour raison du dol commis par son tuteur. *Dictâ L.* 15.

Peut-on opposer au successeur le dol de son auteur? Les lois Romaines décident qu'il peut être opposé au successeur à titre gratuit, mais non au successeur à titre onéreux. (L. 4, §§. 29 et 31, *de Doli mali et metûs except.*) Et en effet, remarquez que celui qui oppose le dol, ne peut le faire que pour n'être pas *in damno*, autrement il n'auroit pas d'intérêt : *certat igitur de damno vitando.* Or, il est de principe général que toutes les fois que le conflit s'établit *inter duos, quorum unus certat de damno vitando, et alter de lucro captando*, le premier doit être préféré. Donc, dans l'espèce, le dol de l'auteur pourra être opposé au successeur à titre gratuit : *saltem quatenùs locupletior factus est.* Mais à l'égard de l'acquéreur à titre onéreux, la condition est égale, et alors l'on doit préférer ce dernier auquel rien ne peut être reproché, au premier qui a toujours à s'imputer de s'être laissé tromper, et d'avoir donné sa confiance à quelqu'un qui ne la méritoit pas.

(6) *L'autre partie n'auroit pas contracté.* C'est ce que les Romains appeloient *dolus dans causam contractui*, à la différence du *dolus incidens in contractum*, qui n'annulle pas la convention. *Exemple* : Je sais que vous voulez acheter une maison; j'emploie des manœuvres qui vous déterminent à acheter la mienne; voilà le dol *qui dat causam contractui*; car sans ces manœuvres vous n'auriez pas probablement acheté ma maison. Si donc vous

BIU Cujas

avez été réellement trompé, vous pouvez faire annuller la convention. Mais vous étiez en marché pour acheter ma maison, et j'ai usé d'artifice pour vous en faire donner un prix plus considérable : le dol n'a pas été la cause du contrat, puisque vous aviez réellement l'intention d'acheter cette même maison; mais il est survenu dans le contrat, *incidit in contractum*; il vous a fait consentir à donner un prix plus considérable que celui que vous auriez donné, si vous n'aviez pas été trompé. Il n'y a donc pas lieu à annuller la convention; mais seulement à vous accorder des dommages-intérêts (art. 1382 et 1383), qui, dans l'espèce, équivaudront à la différence du prix porté au contrat, avec celui que vous auriez probablement donné, si l'artifice n'eût pas eu lieu.

L'on distingue encore le dol personnel, et le dol réel. Le dol personnel est celui dont il s'agit ici, et qui résulte des manœuvres pratiquées par une personne pour en tromper une autre. Le dol réel, appelé par les auteurs *dolus re ipsâ*, est celui qui a lieu, lorsque, à l'insu des parties, la chose se trouve telle que l'on doive présumer qu'elles n'eussent pas traité, si elles en eussent connu le véritable état. Ce dol peut également donner lieu à la nullité du contrat (art. 1643 et 1721); mais ordinairement il ne donne pas lieu à des dommages-intérêts (art. 1646); et c'est en quoi ses effets diffèrent de ceux du dol personnel. (article 1645.) De même, il ne peut servir de fondement à la requête civile. *Secùs* du dol personnel. (*Code de Procédure*, art. 480.)

(7) *Le dol ne se présume jamais*, sauf cependant le cas de faillite, (*Cod. de Comm.*, art. 444, 445 et 446); et sauf encore les cas dans lesquels la loi, par le fait seul du concours de telles circonstances, déclare un acte frauduleux, et l'annulle comme tel. C'est ainsi que, par cela seul qu'une donation est faite aux père, mère, etc., d'un incapable, la loi suppose dans le donateur l'intention d'avoir voulu frauder ses dispositions, et annulle en conséquence la donation, comme si elle étoit faite à l'incapable lui-même. C'est pour cela que nous avons ajouté dans le texte ces mots : *dans ce cas*.

(8) *Dans les contrats commutatifs*, proprement dits. L'action en rescision pour lésion n'a pas ordinairement lieu dans les contrats aléatoires, à cause de la chance qu'il est trop difficile d'estimer.

(9) *Dans le for extérieur*. Dans le for intérieur, toute lésion commise à dessein doit être réparée.

PAGE 120.

(1) *A l'usage*. Dans le commodat, le simple usage de la chose est l'objet du contrat.

(2) *Et même à la simple possession*, ou plutôt à la détention, comme dans le nantissement : le créancier n'a, ni la propriété de la chose, ni même le droit de s'en servir; il n'a que le droit de la retenir jusqu'à l'acquittement de sa créance. La simple détention ou rétention de la chose est donc l'objet de ce contrat.

BIU Cujas

(3) *Les choses futures.* Je puis vendre la récolte que produira telle pièce de terre l'année prochaine.

(4) *Une simple espérance même.* Par exemple, un coup de filet, la cargaison de tel navire qui est en mer. Il y a cette différence entre cette espèce et celle de la note précédente, que la vente d'un coup de filet est valable, quand même le filet n'amèneroit rien; au lieu que, dans la vente d'une récolte, je pense que, si la récolte étoit réduite à moitié par l'effet d'un cas fortuit, le vendeur seroit tenu de souffrir une diminution dans le prix, proportionnée à celle de la récolte, si mieux il n'aimoit consentir la résiliation de la vente. (Argument tiré de l'art. 1770.) La raison de différence, c'est qu'il peut arriver fréquemment qu'un coup de filet n'amène rien, et qu'il n'est pas également probable qu'une récolte sera entièrement, ou presqu'entièrement détruite.

Mais si la chose qui peut exister, et qui n'existe pas encore, peut être l'objet du contrat, il n'en est pas de même de celle qui a cessé d'exister au moment de la convention. (Art. 1601.)

(5) *Est en conséquence prohibée*, sauf néanmoins les dispositions contenues dans les articles 918 et 1076, et dans les chapitres V et VI du Titre précédent. Les époux peuvent également stipuler, par leur contrat de mariage, sur les successions qui pourront échoir pendant le mariage, soit pour les exclure de leur communauté, soit pour les y faire entrer.

(6) *Qu'elle soit dans le commerce*; c'est-à-dire, qu'elle soit actuellement propriété privée, ou susceptible de le devenir. (Art. 538 et 541.)

(7) *Au moins sous certains rapports*, par exemple, quant à son espèce. De même, si c'est un fait, il faut qu'il ait au moins une sorte de détermination qui, en cas de contestation ou d'inexécution, mette le juge à portée de voir ce que les parties ont entendu faire, et de statuer sur les dommages-intérêts. C'est ainsi que la loi 2, §. 5, ff. *de eo quod certo loco*, décide que l'obligation de bâtir une maison, sans désignation du lieu, est nulle.

(8) *Qui puissent servir à la déterminer.* Ainsi, l'obligation de donner du blé, est nulle; mais celle de fournir la quantité de blé nécessaire pour nourrir telle famille pendant un an, est valable, parce que cette quantité peut être déterminée à dire d'experts.

(9) *Qu'il soit physiquement et moralement possible.* (*Voyez*, ci-dessus, la note (2) de la page 58.)

Au reste, il n'est pas nécessaire que le fait soit possible au débiteur. Il suffit qu'il soit possible en lui-même. Le débiteur doit s'imputer de s'être engagé à faire une chose au-dessus de ses moyens.

PAGE 121.

(1) *Promettre ou stipuler.* C'est le débiteur qui *promet*; c'est le créancier qui *stipule*.

BIU Cujas

(2) *En général.* Nous disons, *en général*, parce qu'il existe quelques cas, ainsi que nous allons le voir tout-à-l'heure, dans lesquels les conventions peuvent profiter aux tiers.

(3) *Il n'y a donc pas d'obligation civile.* Ce n'est pas, à proprement parler, une nullité; ce qu'il est bien essentiel de remarquer. Le seul vice de cette obligation, est qu'il n'en peut résulter aucun moyen en faveur du stipulant, pour forcer le débiteur de la remplir; de-là il s'ensuit: 1°. que, si les parties ont ajouté à leur convention une clause particulière, d'où il puisse résulter un moyen de forcer l'exécution, l'obligation devient valable. Si, par exemple, il y a une clause pénale en faveur du stipulant, la peine pourra être demandée, si le débiteur ne remplit pas son obligation à l'egard du tiers: et c'est ce qui prouve que l'obligation n'est pas proprement nulle; car, autrement, la clause pénale le seroit également. (Art. 1227.)

2°. Que, si le tiers, au profit de qui l'on a stipulé, a déclaré, dans le même cas, qu'il entendoit profiter de la stipulation, cette seule déclaration, faite, même en l'absence du débiteur, suffit pour donner au tiers une action pour réclamer l'exécution de la convention (art. 1121): ce qui prouve bien qu'il existoit auparavant une obligation; car autrement, pour en créer une, il faudroit le concours des deux volontés.

3°. Que cette espèce d'obligation est valable dans le for intérieur, puisqu'encore une fois elle n'a d'autre vice, si ce n'est qu'on n'en peut forcer l'exécution; ce qui n'empêche pas que dans sa conscience, et suivant les principes du droit naturel, le débiteur ne soit obligé de l'exécuter.

(4) *A ce que la stipulation s'exécute.* Si, par exemple, j'ai entrepris la gestion des affaires de Pierre, je puis vous mander valablement de faire une chose qui dépend de cette gestion, parce que j'ai intérêt que les affaires soient faites, et bien faites, afin de n'être pas tenu à des dommages-intérêts envers Pierre.

(5) *D'une stipulation que l'on fait pour soi-même.* C'est le cas prévu dans le 1°. de la note (3), ci-dessus. Exemple: *Vous donnerez votre maison à Pierre; sinon vous me donnerez dix mille francs.* D'ailleurs, c'est réellement, dans ce cas, une obligation contractée à mon profit, sous une condition négative. Je puis stipuler que vous me donnerez dix mille francs, si vous ne faites pas telle chose. Je puis également stipuler la même somme, si vous ne donnez pas votre maison à Pierre.

(6) *D'une donation ou d'une aliénation que l'on fait au profit d'une autre personne.* Ainsi, je vous donne ma maison, ou je vous la vends tel prix, à condition que vous donnerez dix mille francs à Pierre: la convention est valable. Mais remarquez que, dans le cas où il résulte de la stipulation un avantage purement gratuit en faveur du tiers, il faut que le tiers soit capable de recevoir de celui qui stipule, et qu'il soit capable de recevoir par le même acte

BIU Cujas

qui contient la disposition principale. (*Voyez* ci - dessus les notes (2) et suivantes de la page 70)

(7) *Que lorsqu'il a déclaré vouloir en profiter.* (Voyez la note (5) de la même page 70.)

Dans l'ancien droit Romain, le tiers ne pouvoit agir directement contre le débiteur. Le créancier lui-même, qui avoit contracté, ne pouvoit le forcer d'accomplir la stipulation au profit du tiers. Il n'avoit, en cas de refus, que l'action pour se faire rendre ce qu'il avoit donné, action nommée *condictio causâ datâ, causâ non secutâ.* Mais la loi 3, Cod. *de Donat. quæ sub modo*, a donné l'action directe au tiers ; et il l'auroit bien certainement dans notre droit. Par sa déclaration, qu'il entend profiter de la stipulation, il est devenu partie dans l'acte, et il a acquis le droit d'en demander l'exécution.

(8) *Lorsqu'on stipule ou qu'on promet pour ses héritiers. Quid*, si l'on a stipulé ou promis pour l'un de ses héritiers seulement? Je pense qu'il faut distinguer le cas de la stipulation de celui de la promesse. Dans le cas de stipulation, je pense que l'héritier doit être regardé *tanquàm adjectus solutionis causâ ;* que le créancier peut donc lui payer valablement la totalité de la dette, mais que l'héritier est tenu d'en partager le montant avec ses cohéritiers : autrement, ce seroit disposer en sa faveur d'une partie de la succession ; ce qui ne peut avoir lieu que par acte de dernière volonté.

Je pense, par la même raison, que celui qui contracte un engagement envers un individu, peut stipuler de lui qu'il n'exigera pas le payement de la dette de l'un des héritiers de lui débiteur. C'est la décision de la loi 33, ff., *de Pactis*, qui ajoute en même temps que cette convention n'empêchera pas le créancier de demander la dette aux autres héritiers, mais bien entendu pour leurs parts seulement. Dans tous les cas, cette partie de la convention ne deviendra irrévocable que par la mort du stipulant ; et ce, quand même, antérieurement au décès, l'héritier désigné auroit déclaré vouloir en profiter. Car, nous supposons dans l'espèce, que la convention est faite au profit de l'un des héritiers, comme héritier. Or, il ne peut acquérir cette qualité, qu'en acceptant la succession du stipulant : *et viventis nulla est hereditas.*

Lorsque l'une des parties a promis pour l'un de ses héritiers seulement, cette convention peut-elle avoir l'effet, que cet héritier sera seul chargé de l'exécution ? Nous examinerons cette question, ci-après, dans la note (1) de la page 141.

(9) *Ou ne résulte de la nature de la convention.* Si, par exemple, j'ai stipulé un usufruit, une rente viagère, il répugne à la nature de la convention que mes héritiers puissent demander la continuation de l'usufruit ou de la rente. De même, si le fait que j'ai stipulé, ne pouvoit être exécuté que par le débiteur, comme la confection d'un tableau, il est évident que l'obligation ne passe pas à ses héritiers. (*Voir* aussi l'article 1514.)

BIU Cujas

Remarquez que les conventions qui ont effet en faveur des héritiers, ou contre les héritiers, répondent à ce que les Romains appeloient *pacta in rem*, pactes réels; et les autres à ce qu'ils nommoient *pacta in personam*, pactes personnels. Les pactes peuvent être réels *ex utrâque parte*, *scilicèt ex parte*, *tum creditoris*, *tum debitoris*. Dans l'obligation résultant d'un prêt d'argent, par exemple, la créance passe aux héritiers du créancier, et l'obligation peut se poursuivre également contre les héritiers du débiteur. Le pacte peut être personnel, *ex parte creditoris*, et réel *ex parte debitoris*; comme si je stipule de vous une rente viagère; mes héritiers n'ont rien à réclamer, si ce n'est les arrérages échus pendant ma vie: vos héritiers, au contraire, sont obligés de me continuer la rente, si je vous survis. Enfin, le pacte peut être réel *ex parte creditoris*, et personnel *ex parte debitoris*; comme si j'ai promis de payer tous les ans une somme quelconque, tant que je vivrai; la créance passe aux héritiers de mon créancier, s'il me survit; mais l'obligation s'éteint avec moi, et ne passe pas à mes héritiers.

(10) *Pour ses ayant-cause.* On entend en général par ce mot, celui qui tient son droit d'une personne, et dans ce sens, il comprend les héritiers. Mais lorsque, comme ici, il est ajouté au mot HÉRITIER, *héritiers et ayant-cause*, il signifie plus spécialement les successeurs à titre particulier. Si donc, par exemple, j'ai transigé avec une personne qui prétendoit quelque droit sur un héritage dont j'étois possesseur, et qu'au moyen de cette transaction, elle ait renoncé à tout droit sur cet héritage, la stipulation profitera à tous ceux auxquels je pourrai transmettre ledit héritage, à quelque titre que ce soit; et ce, quand même la stipulation ou transaction, paroîtroit conçue *in personam*, comme s'il étoit dit que *la personne s'engage à ne point faire valoir ses prétentions contre moi, par rapport à tel héritage.* (*L.* 17, §. 5, ff. *de Pactis*; et POTHIER, *des Obligations*, n°. 68.)

(11) *Auquel l'ayant-cause succède.* C'est ainsi que les servitudes actives passent à tous les acquéreurs du fonds en faveur duquel elles ont été stipulées; mais il faut qu'il paroisse évidemment que la stipulation a été faite en faveur du fonds, et non en faveur de la personne.

Quid, si le propriétaire de deux maisons, avoit, dans la vue de raccourcir le chemin à faire de l'une à l'autre, stipulé d'un voisin le droit de passer, pendant sa vie, sur le fonds dudit voisin; s'il venoit ensuite à vendre ces deux maisons, le bénéfice de cette convention passeroit-il à l'acquéreur, au moins pendant la vie du vendeur? Je ne le pense pas. Il est bien évident que le droit n'a pas été stipulé en faveur du fonds, puisque la durée en est bornée à la vie du stipulant; c'est plutôt, comme il a été dit au premier volume, note (10) de la page 163, une sorte de droit d'usage, qui ne peut conséquemment être cédé à personne. *Nec obstat* le §. précité 5, de la loi 17, ff. *de Pactis*, que quelques personnes allèguent à l'appui de l'opinion contraire. L'on voit en effet par la com-

BIU Cujas

paraison de ce paragraphe avec le précédent, et comme l'établit fort bien CUJAS, qu'il s'agit, dans l'espèce, du possesseur d'un fonds, qui se trouvant inquiété relativement à la propriété de ce fonds, fait avec son adversaire un traité par lequel celui-ci s'oblige à lui en laisser la possession pendant toute sa vie; et le Jurisconsulte décide que le bénéfice de cette convention passe à tous les acquéreurs du fonds, à titre gratuit ou onéreux, mais, bien entendu, pendant la vie du stipulant. Cette décision est juste, pour deux raisons: la première, c'est que le droit du stipulant peut, dans ce cas, être comparé, sous presque tous les rapports, à celui d'un usufruitier. Or, l'usufruitier peut donner ou vendre le droit qu'il a de percevoir les fruits de la chose soumise à son usufruit. La seconde, c'est que l'autre contractant n'a pas d'intérêt à contester la vente ou la donation. Le choix de la personne qui doit posséder, lui est à-peu-près indifférent; le seul intérêt qu'il ait d'après la convention, est de recouvrer la possession après la mort du stipulant: or, ces deux raisons ne sont point applicables au cas où il s'agit d'un droit de passage accordé personnellement au stipulant.

Quid, à l'égard des promesses concernant un fonds? Il faut distinguer: Si ces promesses constituent, en faveur du stipulant, un droit de la nature de ceux qui sont dits *réels*, comme le caractère essentiel de ces droits est de suivre le fonds, en quelque main qu'il passe, tous les possesseurs successifs du fonds seront tenus d'en souffrir l'exercice; tel seroit un droit d'usage, d'usufruit, de servitude, ou d'hypothèque. Il en seroit de même de toutes les conventions qui pourroient être regardées comme des conditions de l'acquisition faite par l'obligé, et qui seroient portées dans l'acte même translatif de propriété. Telle seroit l'obligation imposée au donataire de remplir certaines conditions, le pacte commissoire, celui de reméré, en cas de vente, et en général toutes les conditions résolutoires, apposées à une aliénation. Dans tous les autres cas, l'exécution de la convention ne pourroit être poursuivie que contre le débiteur lui-même ou ses représentans à titre universel.

PAGE 122.

(1) *A l'effet de recevoir la chose pour moi et en mon nom.* C'est ce que les lois Romaines appeloient: *adjectus solutionis gratiâ.* Cette clause particuculière peut donner lieu à quelques questions.

D'abord, peut-on toujours payer valablement à la personne indiquée? Oui, tant qu'elle n'a pas éprouvé un changement d'état qui ait influé sur sa capacité. Si donc c'étoit un majeur qui ait été interdit depuis, une femme qui se soit mariée, le débiteur ne pourroit plus lui payer valablement. (*L.* 38, ff. *de Solut.*) Il ne pourroit payer davantage au tuteur ou au mari, parce que ce ne sont pas eux qui ont été indiqués.

Peut-on payer à la personne indiquée, malgré le créancier? Oui, quand l'in-

BIU Cujas

dication fait partie de la convention. L'on suppose que le débiteur n'a consenti à contracter l'obligation, que sous la condition de pouvoir payer à la personne indiquée: *certam conditionem habuit stipulatio, quam immutare non potest stipulator.* (*L.* 12, §. 3, *eod.*) *Secùs*, si, postérieurement à l'obligation contractée, le créancier a mandé au débiteur de payer à telle personne. C'est alors un simple mandat, que le créancier peut révoquer *ad libitum.* (*L.* 106, ff. *eod.*). Et même quand l'indication fait partie de la convention, si le débiteur n'avoit aucun intérêt de payer à l'indiqué plutôt qu'à tout autre, je pense qu'il ne pourroit lui payer valablement, si le créancier lui avoit signifié qu'il eût à payer à lui-même, ou à une autre personne.

Peut-on payer aux héritiers de l'indiqué? Non, l'indiqué est un véritable mandataire. Ce mandat est, à la vérité, irrévocable, quand il fait partie de la convention; mais ce n'en est pas moins toujours un mandat, qui finit par la mort du mandataire. (*L.* 81, ff. *eod.*) Cependant, si l'indiqué étoit lui-même créancier du créancier, alors ce seroit une espèce de délégation imparfaite; et l'on pourroit payer valablement à ses héritiers.

Si le créancier a reçu une partie de la dette, peut-on payer le restant à l'indiqué? Oui. (*L.* 71, *eod.*)

(2) *Et que je me porte fort pour elle.* Mais, d'après le principe que personne ne doit être présumé avoir voulu faire un acte nul, et que, *interpretandus est actus potiùs ut valeat, quàm ut pereat*, je pense que, pour peu que les expressions dont les contractans se sont servis, se prêtent à la présomption, la convention de se porter fort doit être très-facilement supposée.

(3) *Un pouvoir formel.* Dans quel délai le tiers pour qui on s'est porté fort, est-il tenu de ratifier? La loi n'a prescrit et ne pouvoit prescrire aucun délai; mais si la convention étoit muette, et que cela se prolongeât au-delà du terme raisonnablement nécessaire pour rapporter la ratification, celui qui s'est porté fort, pourroit être assigné pour voir dire qu'il sera tenu de rapporter la ratification dans tel délai, sinon que la convention sera annullée, avec dommages-intérêts.

Peut-on se porter fort pour un mineur, et en général pour un incapable? Oui, sans doute. Mais, dans ce cas, la ratification de l'incapable suffira-t-elle pour décharger celui qui s'est porté fort, soit que cette ratification soit rescindable ou non. La loi 3, ff., *ratam rem haberi*, décide que la simple ratification suffit, et qu'il importe peu que le mineur se fasse restituer postérieurement. Et, en effet, c'est le cas d'appliquer la maxime que, *ratihabitio mandato æquiparatur.* C'est donc comme si la partie avoit traité avec un mandataire du mineur. (*Voir* un arrêt de Cassation, du 16 février 1814, rapporté au *Bulletin*, n°. 29.)

BIU Cujas

PAGE 123.

(1) *Sur une fausse cause.* Mais la fausseté de la cause exprimée, n'empêche pas que l'obligation ne soit valable, s'il existe d'ailleurs une autre cause licite. *Sic* jugé et avec raison, en Cassation, le 2 décembre 1812. (SIREY, 1813; 1re. partie, pag. 33.)

(2) *Par cela seul que la cause n'est pas exprimée;* comme s'il est dit : *Je promets payer telle somme à Pierre*, sans autre explication.

(3) *Pourvu qu'il soit d'ailleurs prouvé légalement.* Il faudra donc que le créancier prouve l'existence de la cause. Mais comment pourra se faire cette preuve? D'abord, s'il s'agit d'un objet dont la valeur n'excède pas cent cinquante francs, nul doute que la preuve ne puisse se faire par témoins. (Art. 1341.) Si cette valeur excède cent cinquante francs, cela peut présenter plus de difficulté. Cependant je pense que la preuve testimoniale peut encore être admise. En effet, l'article 1347 autorise cette preuve, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit : et l'on appelle ainsi, tout acte émané de celui contre lequel la demande est formée, et qui rend vraisemblable le fait allégué. Or, ici, il y a un acte émané du débiteur. Cet acte rend vraisemblable le fait allégué. Car qu'y a-t-il de plus vraisemblable, sinon qu'une personne qui a promis de payer une somme, en est réellement débitrice? Il y a donc commencement de preuve par écrit; la preuve testimoniale peut donc être admise.

(4) *Seroit fondé à répéter.* Ainsi, la cause peut être illicite, soit de la part du créancier seul, soit de la part du créancier et du débiteur tout ensemble. De la part du créancier seul, si, par ex., quelqu'un stipule une somme pour faire ce qu'il étoit obligé de faire gratuitement, si toutefois son obligation étoit parfaite; car si elle n'étoit qu'imparfaite, la stipulation seroit valable, au moins dans le for extérieur. Ainsi, la promesse faite au dépositaire pour obtenir de lui la restitution du dépôt, est nulle, parce l'obligation de rendre le dépôt est une obligation parfaite. (*Voyez* ci-dessus, la note (3) de la page 112.) Mais celui qui stipuleroit une chose quelconque en payement d'un service à rendre à son bienfaiteur, feroit une action, à la vérité, peu délicate; mais la stipulation n'en seroit pas moins valable, parce que la reconnoissance n'engendre qu'une obligation imparfaite.

Si la cause est illicite de la part des deux parties, comme si quelqu'un promet quelque chose à un autre, pour qu'il fasse une chose défendue par la loi, l'engagement est nul, et il n'en résulte point d'action; mais aussi, si la somme a été payée, il n'y a pas lieu à répétition, parce que celui qui a promis, n'ayant pas moins blessé la loi que celui à qui la promesse a été faite, ne peut pas avoir davantage d'action. D'ailleurs, ils sont tous deux également coupables : or, *in pari causâ, melior est conditio possidentis.* (*L.* 8, ff. *de Condict. ob turpem vel injustam causam.*)

On a jugé à Bordeaux le 27 janvier 1816, que l'obligation souscrite pour

BIU Cujas

obtenir la démission d'un office, étoit nulle, comme faite pour une cause illicite. (Sirey, 1816; 2e. part., pag. 59.)

La même chose a été jugée à Paris le 23 avril 1814. (*Ibid.*, 1815; 2e. part., pag. 238.)

Ces décisions peuvent paroître rigoureuses. Mais, dans tous les cas, il me semble que si une pareille convention est illicite, elle l'est *ex utrâque parte*, et que conséquemment l'arrêt de Paris n'auroit pas dû condamner à la restitution des sommes payées.

Page 124.

(1) *Du jour où elle est intervenue.* Cette espèce d'obligation est une véritable obligation à terme, puisqu'elle ne diffère de l'obligation pure et simple, qu'en ce que l'exécution en est suspendue jusqu'à ce que l'événement soit connu des parties; mais elle diffère essentiellement de l'obligation conditionnelle, en ce que;

1°. L'obligation n'est pas *in suspenso;* elle est valable ou nulle dans son principe: valable, si l'événement étoit arrivé; nulle, s'il ne l'étoit pas. *Statim aut peremit obligationem, aut omninò non differt.* (*L.* 100, ff. *de Verborum Obligat.*)

2°. Par suite de ce principe, si l'événement existoit au moment de l'obligation, toute perte ou détérioration, même totale, survenue à la chose, sans le fait du débiteur, depuis l'obligation, et même avant que l'existence de l'événement fût connue des parties, seroit à la charge du créancier.

3°. Si l'obligation résultoit d'un legs, et que le légataire vînt à mourir avant la connoissance de l'événement, il transmettroit son droit à ses héritiers. *Secùs*, comme nous l'avons vu précédemment, si le legs étoit vraiment conditionnel, et que le légataire fût mort avant l'événement de la condition.

(2) *Dans les contrats.* Il en pourroit être autrement dans les dispositions testamentaires, comme nous l'avons vu, ci-dessus, note (8) de la page 88. (*Voir* également ci-après, note (2) de la page 126.)

(3) *Dans le cas où la chose arrivera.* Exemple: *Si tel vaisseau arrive des Indes.*

(4) *Dans le cas où la chose n'arrivera pas.* Exemple: *Si le vaisseau n'arrive pas des Indes.*

(5) *De la volonté de l'une des parties contractantes. Quid*, si la condition potestative est de donner à une personne incapable de recevoir de celui qui a imposé la condition? Cela ne regarde pas celui à qui la condition est imposée. Il doit toujours donner, sauf aux héritiers de celui qui l'a imposée, à exercer répétition, s'il y a lieu, contre celui qui a reçu.

Quid, si celui à qui l'on doit donner, ne veut pas recevoir? La condition est censée accomplie. (L. 3, ff. *de Condit. instit.*) Mais ce qui est assez étonnant,

BIU Cujas

c'est que la loi 94, ff. *de Condit. et Demonstrat.*, décide que le legs est nul, si la même personne étoit décédée. Je penserois volontiers que la contradiction qui paroît exister entre ces deux décisions, a été détruite par la loi 1, Cod. *de Caducis toll.*, qui décide que, à défaut de la personne qui devoit recueillir le bénéfice de la condition, ce bénéfice doit appartenir à celui qui étoit chargé de donner. Je pense d'après cela que l'on doit distinguer : La décision de la loi 1. *de Cad. toll.*, doit avoir lieu quand la condition est apposée par testament, et que l'individu étoit décédé avant le testateur. Mais s'il est décédé postérieurement, alors je pense que le bénéfice de la condition lui est acquis, et qu'elle doit être accomplie dans la personne de ses héritiers.

(6) *Qui dépend purement du hazard*, ou plutôt c'est celle qui ne dépend nullement de la volonté d'aucune des parties : car on considère comme casuelle, la condition qui dépend de la volonté d'un tiers ; elle est vraiment casuelle à l'égard des parties.

(7) *De la volonté d'une des parties et de celle d'un tiers.* Exemple : *Je vous donnerai dix mille francs, si vous épousez telle personne.*

(8) *Ou même du hazard.* Exemple : *Je vous donnerai cent écus, si vous gagnez le premier prix.*

PAGE 125.

(1) *Physiquement et moralement possible.* Pour connoître ce qu'il faut entendre par ces mots, *voyez* ci-dessus, la note (2) de la page 58.

(2) *Et rend nulle la convention qui en dépend.* Nous avons vu précédemment qu'il en est autrement dans les dispositions à titre gratuit. (*Voyez* la note (3), *ibid.*)

(3) *Est regardée comme pure et simple.* (*L.* 7, ff. *de Verborum Obligationibus.*) Exemple : *Je vous donnerai cent écus, si je ne vais pas à Lyon, à pied, en vingt-quatre heures.* Les cent écus sont dus de suite, parce qu'il est certain que la condition sera accomplie.

(4) *Mais si l'impossibilité étoit seulement morale.* Telle seroit la promesse faite à un individu, pour qu'il ne commît pas un meurtre, un assassinat.

Quid, si la cause qui rend la condition illicite, n'est pas perpétuelle, et peut cesser un jour ? L'on doit supposer que les parties ont eu en vue le temps où elle deviendroit licite. Le contraire paroît décidé en droit Romain. (L. 35, §. 1, ff. *de Verbor. Obligat.*) Mais il s'agit dans cette loi d'une stipulation qui étoit un contrat de droit strict, auquel le juge ne pouvoit rien ajouter ; certainement il en eût été autrement dans les testamens ; et il en seroit autrement, même à l'égard des contrats, dans notre droit qui a rejeté toutes les subtilités du droit Romain.

(5) *D'un acte pur et simple de la volonté du débiteur.* Exemple : *Je vous payerai cent écus, si je veux.* L'obligation est nulle par défaut de lien. Mais

BIU Cujas

remarquez que cette disposition ne s'applique qu'à la condition suspensive. La condition résolutoire peut dépendre d'un acte pur et simple de la volonté de l'un des obligés, Ainsi, dans un bail, il peut être stipulé qu'il cessera à telle époque, si le locateur ou le locataire le juge convenable. La raison de différence résulte de ce que cette dernière condition n'a pas d'effet, quant à l'existence de l'obligation ; elle n'en a que relativement à sa durée. Elle n'empêche donc pas que l'obligation n'ait existé. On ne peut donc appliquer à ce cas la raison tirée du défaut de lien.

Quid, s'il est dit : *Je payerai quand je pourrai :* L'obligation est valable ; ce sera au juge à arbitrer quand le débiteur devra être censé en état de payer. (Art. 1901.)

(6) *L'obligation est valable.* Telle est, par exemple, cette convention : *Je vous promets cent écus, si je vais à Lyon.* Remarquez que, dans cette convention, il y a réellement deux obligations : l'une principale, et l'autre accessoire, qui n'a d'autre motif que d'assurer l'exécution de la première. Et il ne faut pas croire que, dans cette espèce, l'obligation principale soit de payer les cent écus. L'obligation principale est de ne pas aller à Lyon ; et pour assurer l'exécution de cette première obligation, le débiteur promet de payer cent écus, s'il y contrevient. C'est donc comme s'il y avoit : *Je m'engage de ne pas aller à Lyon ; sinon, je vous payerai cent écus.* La première obligation est pure et simple, et certainement valable ; et comme l'on doit présumer que le créancier n'a exigé cette promesse, que parce qu'il avoit intérêt que le débiteur n'allât pas à Lyon, il a droit de réclamer des dommages-intérêts en cas de contravention. Les parties ont donc cru devoir fixer d'avance ces dommages-intérêts, par une clause pénale, c'est à-dire, par une promesse de cent écus, qui doit, le cas échéant, être également exécutée.

(7) *Ont vraisemblablement entendu qu'elle le fût.* Ainsi, un legs vous a été fait, à condition que vous donnerez une somme d'argent à telle personne. Cette personne est mineure : au lieu de donner l'argent à son tuteur, vous le lui donnez à elle-même, et elle le dissipe. La condition n'est pas remplie : il est vraisemblable que le testateur a voulu que cette somme profitât au mineur.

(8) *Qui en a empêché l'accomplissement.* Par exemple, j'ai promis cent écus à quelqu'un, pour qu'il allât à Lyon. Il se présente pour faire le voyage. J'ai changé d'avis, sans aucun motif qui lui soit personnel, et je refuse de lui donner la commission. Je dois les cent écus. Cette décision doit s'appliquer à tous les cas où l'exécution de la condition n'exige qu'un seul acte de la part du créancier. Du moment qu'il s'est présenté en temps opportun pour le faire, et qu'il a été refusé par le débiteur, le droit lui est acquis en totalité. Mais si l'exécution de la condition exigeoit plusieurs actes successifs, le bénéfice de l'obligation n'est acquis au créancier que dans la proportion du nombre de fois qu'il s'est présenté pour faire chacun des actes prescrits. *Exemple :* J'ai promis

BIU Cujas

trente francs à un homme de journée, à condition qu'il travailleroit à mes terres dix jours de suite. Il s'est présenté deux jours, et je l'ai renvoyé : je ne lui dois que six francs ; et il ne pourra réclamer les trente francs, qu'autant qu'il se sera présenté pendant les huit autres jours. (*L.* 20, §. 5, ff. *de Statu liberis.*)

(9) *Avant l'accomplissement total de la condition.* C'est d'après ce principe que l'on décide 1.°, que la condition, *si nupserit*, n'est accomplie que par un mariage valable. (L. 10, ff. *de Condit. et demonstr.*) : *Quid*, si le mariage, quoique nul, avoit été contracté de bonne foi par le légataire, de manière qu'il produisît les effets civils en sa faveur ? Je pense que, dans ce cas, la condition doit être réputée accomplie.

2.° Que la condition de rendre compte n'est accomplie qu'autant que le légataire a payé le reliquat. (L. 32, ff. *de Condit. et demonstr.*) Si cependant il avoit été payé moins que le reliquat, mais par erreur et sans fraude, la condition ne devroit pas moins être regardée comme accomplie. (*L. Eâd.*)

3.° Que la condition de donner une somme à deux personnes, n'est censée accomplie, que lorsque la somme entière a été payée aux deux personnes désignées, tellement que, même après le payement de la moitié de la somme à l'une, le légataire ne peut réclamer aucune partie du legs. (L. 23, *Eod.*)

Quid, si la même condition a été imposée à deux personnes en même temps ? Il faut distinguer si l'objet de la condition est divisible ou non. Dans le premier cas, la loi 54, §. 1, *eod.*, décide que chacune des deux peut accomplir la condition pour sa part, et réclamer également pour sa part le bénéfice de l'obligation ; mais elle décide également que, si la disposition est susceptible du droit d'accroissement, la part de celui qui refuse d'accomplir sa part dans la condition, restera, avec la charge, à l'autre colégataire. Mais si l'objet de la condition est indivisible ; comme alors la condition ne peut s'exécuter partiellement, il faut bien qu'elle soit totalement accomplie, pour que le bénéfice de l'obligation puisse être réclamé par l'une ou l'autre des parties. (*L.* 112, *eod.*)

Une obligation peut être contractée sous plusieurs conditions à-la-fois ; mais alors il faut distinguer si elles sont conjointes ou disjointes. Elles sont conjointes, quand elles sont réunies par la particule *et*, ou autre équivalente. Exemple : *Je vous donnerai trois mile francs, si le vaisseau arrive, et s'il a passé par tel endroit.* Il peut même se faire qu'il y ait réellement deux conditions conjointes, quoiqu'il ne paroisse y en avoir qu'une. Ainsi, cette condition : *si le vaisseau arrive dans six mois* ; renferme 1°. la condition, *si le vaisseau arrive* ; et 2.°, celle-ci : *s'il arrive dans six mois.* Il en est de même de cette condition : *s'il arrive avec telle cargaison.*

Les conditions sont disjointes, au contraire, quand elles sont séparées par la particule *ou*. Exemple : *Si tel ou tel vaisseau arrive.*

Il y a cette différence, que, quand elles sont conjointes, il faut qu'elles soient toutes accomplies, pour que l'obligation existe. Le défaut d'accomplis-

BIU Cujas

sement d'une seule d'entr'elles fait donc évanouir l'obligation. Si, au contraire, elles sont disjointes, il suffit qu'une seule soit accomplie, pour que l'obligation existe.

Quid, si, de deux conditions disjointes imposées à un légataire, il en est une qui doive être réputée non écrite? Je pense que le legs doit être réputé pur et simple. (L. 8, §. 5, ff. *de Condit. instit.*) Cette décision est fondée sur ce que, dans les conditions disjointes, chacune des deux est censée la condition de la remise de l'autre. Ainsi, soit un legs fait sous la condition de faire telle chose qui est supposée contraire aux lois, ou de donner 3,000 fr. à Pierre; c'est comme si le testateur avoit dit: je donne et lègue, etc....., s'il donne 3,000 francs à Pierre: mais je lui fais remise de cette dernière condition, s'il fait telle autre chose. Or, cette dernière condition devant être réputée accomplie, il en doit résulter la remise de la première condition. Donc, de deux ou plusieurs conditions disjointes imposées à un légataire, il suffit qu'il y en ait une qui doive être réputée accomplie, pour que le legs doive être regardé comme pur et simple. Ricard paroît être d'avis contraire dans son Traité *des Dispos. condit.*, n.° 384; mais son opinion étant fondée sur une interprétation vicieuse qu'il a donnée à la loi précitée, 8, §. 5, ff. *de Condit. instit.*, je ne pense pas que l'on doive s'y arrêter.

Les lois Romaines décidoient:

1.° Que la condition qui dépendoit de la volonté du créancier, et de celle d'un tiers, étoit censée accomplie, lorsqu'il n'avoit pas tenu au créancier qu'elle le fût. et que le tiers s'y étoit refusé. Si donc un legs avoit été fait sous la condition que le légataire épouseroit Jeanne, qu'il eût offert de l'épouser, et que Jeanne s'y fût refusée, la loi 31, ff. *de Condit. et demonstr.*, décidoit que le legs étoit dû. Je pense que cette décision étoit fondée sur la faveur que les Romains attachoient aux dispositions testamentaires, et qu'elle ne seroit pas admise chez nous. (Arrêt du Parlement de Paris, du 14 août 1587, rapporté par De La Combe, *verbo* Dispositions, sect. 11, n.° 12.) Elle est en effet contraire au principe d'après lequel toute donation faite en faveur du mariage, est caduque, si le mariage ne s'ensuit pas. D'ailleurs, c'est en quelque sorte détruire la distinction qui doit nécessairement exister entre les conditions mixtes, et celles qui sont purement potestatives de la part du créancier. *Nec obstat* ce que nous avons dit plus haut, que, si la condition est de donner 100 à Titius, le refus de Titius ne rend pas le legs caduc; car il y a cette différence que, dans cette dernière disposition, le testateur n'a réellement en vue que le fait du légataire, *si dederit*. Il suffit donc que le légataire ait offert de donner, pour que la condition soit accomplie. Le refus de Titius, refus que le testateur n'a pas dû prévoir, ne peut annuller la disposition. Mais dans la condition: *Si Mœviam uxorem duxerit*, le testateur savoit très-bien que l'exécution en étoit subordonnée au concours de deux volontés, celle de Titius et celle de Mœvia. Il est donc censé

BIU Cujas

avoir subordonné à ce concours l'exécution de sa disposition. Et d'ailleurs, il est très-possible, et même probable, que le testateur n'a entendu donner que dans la contemplation du mariage de Mævia. Donc, dès que le mariage n'a pas lieu, la disposition est nulle.

2°. Les mêmes lois paroissent décider que, dans les legs, la condition potestative de la part du créancier étoit censée défaillie, quoique celui à qui elle étoit imposée, eût été empêché de l'accomplir par quelqu'événement de force majeure. (L. 101, ff. *de Condit. et demonstr.*) Mais comment concilier ces dispositions avec celles de la loi déjà citée, 31, ff. *de Condit. et demonstr.*, qui déclare le legs valable, lorsque le tiers, de la volonté de qui dépend la condition, s'y est refusé pour sa part; de la loi 3, ff. *de Condit. instit.*, qui déclare également la condition de donner, accomplie, lorsque celui à qui on doit donner, refuse de recevoir; de la loi 40, ff. *de Condit. et demonstr.*, qui décide qu'il ne faut pas compter, dans le délai de la condition, les jours pendant lesquels le légataire a été empêché par un tiers. Enfin pourquoi, dans le cas d'un legs fait à Stichus et à Pamphila, à condition qu'ils s'épouseront, le legs fait à Pamphila étoit-il valable en droit Romain, si Stichus étoit vivant, et refusoit de l'épouser? et pourquoi ce même legs étoit-il nul, si Stichus étoit mort avant de l'avoir épousée? N'y avoit-il pas, dans les deux cas, impossibilité pour Pamphila? Je pense que, dans notre droit, il faudroit appliquer à la condition potestative la disposition des art. 900 et 1172. Dès qu'il est reconnu que celui à qui cette condition est imposée, ne peut l'accomplir par un événement de force majeure, elle doit être réputée impossible, et en conséquence regardée comme accomplie, s'il s'agit d'une disposition à titre gratuit; et comme défaillie, s'il s'agit d'une disposition à titre onéreux.

La raison de différence avec le cas prévu dans l'alinéa précédent, c'est qu'en subordonnant l'exécution de la disposition au concours de deux volontés, le testateur a dû prévoir que ce concours pourroit n'avoir pas lieu; et en n'ajoutant rien pour ce cas, il est censé avoir voulu que sa disposition fût alors annullée: ici, au contraire, le testateur a cru imposer à son légataire une condition purement potestative; un événement de force majeure, qu'il n'a pas dû prévoir, en rend l'exécution impossible. Il est naturel que cette inexécution ne préjudicie pas au légataire, et ne l'empêche pas de recueillir le bénéfice de la disposition. Au surplus, ces distinctions sont subordonnées à une règle générale qu'il ne faut pas perdre de vue dans l'interprétation de toutes les dispositions testamentaires; c'est qu'il faut consulter par-dessus tout l'intention du testateur.

3°. Enfin, les mêmes lois distinguoient encore les conditions qu'elles appeloient *promiscuæ*, et celles qu'elles appeloient *non promiscuæ*. (L. 11, §. 1, ff. *de Condit. et demonstrat.*) Les conditions *promiscuæ* étoient celles que le légataire pouvoit accomplir, quand, et toutes les fois qu'il le vouloit, comme *si Capitolium ascenderit*. Toutes les autres conditions étoient dites *non pro-*

BIU Cujas

miscuœ. Il y avoit cette différence essentielle, qu'il suffisoit, pour que la disposition fût valable, que la condition *non promiscua* fût accomplie à quelque époque que ce fût, l'eût-elle été avant le décès du disposant. Quant à celle qui étoit dite *promiscua*, elle ne pouvoit être valablement accomplie, qu'après le décès; et il falloit, en outre, que le légataire sût qu'elle lui étoit imposée. (L. 2, ff. *de Condit. et demonstrat.*) Car, s'il l'avoit accomplie par hazard, *non videtur*, dit la loi, *obtemperasse voluntati*. Le motif de cette différence étoit que, dans les conditions dites *non promiscuœ*, le testateur étoit censé avoir eu uniquement en vue l'exécution d'un fait. Il suffisoit donc que ce fait existât, pour que la condition fût censée accomplie. Mais dans les conditions dites *promiscuœ*, c'étoit le fait particulier du légataire que le testateur étoit censé avoir voulu exiger. Il avoit voulu que le légataire fît telle chose, par déférence pour sa volonté, et pour mériter sa bienveillance. Sa volonté n'étoit donc pas accomplie, quand la chose avoit été faite, avant que l'on sût qu'il l'avoit prescrite. Cette doctrine me paroît très-conforme à la raison, et par conséquent entièrement admissible dans notre droit.

De cette distinction, il résulte que la condition *promiscua* ne peut être accomplie par celui qui n'a pas l'usage de sa raison; car on ne peut dire qu'il a eu l'intention d'obéir au testateur; mais elle peut l'être par son tuteur, à moins qu'il ne s'agisse d'un fait purement personnel au légataire. Elle peut être également accomplie par le mineur, même non assisté de son tuteur, pourvu qu'il soit d'un âge tel qu'on puisse lui supposer l'intention de se conformer aux intentions du testateur (L. 5, ff. *de Condit. et demonstr.*); il n'a pas besoin de l'autorité de son tuteur pour faire sa condition meilleure.

Ce que nous venons de dire de la condition *non promiscua*, qu'elle peut être accomplie à quelqu'époque que ce soit, doit être limité au cas où l'accomplissement est postérieur au testament; car, s'il est antérieur, et que le testateur soit présumé en avoir eu connoissance, quand il a fait son testament, l'on doit supposer qu'il a entendu qu'elle auroit lieu une seconde fois. (L. 10, §. 1, LL. 11 et 68, ff. de *Condit. et demonst.*)

Au reste, il suffit que la condition *non promiscua* soit accomplie, quand même son effet viendroit à cesser de suite, et pendant la vie du testateur. (L. 7, Cod. *de Instit. et Substit.*) C'étoit au testateur à révoquer sa disposition, s'il le jugeoit à propos. Si cependant, par sa nature, la condition emportoit *tractum temporis*, c'est-à-dire, si elle exigeoit un effet continu, alors il n'est pas douteux que la révocation ou la discontinuation de ce même effet n'annulle la disposition; comme s'il a été fait un legs par un père à une personne, à condition qu'elle restera avec ses enfans jusqu'à leur majorité, la disposition est annullée par le fait de la sortie. Mais si elle ne sort qu'après un certain temps, ne pourra-t-elle pas réclamer une part proportionnée au temps, pendant lequel elle aura resté? Ricard, *des Disposit. condit.*, n°. 449 et

BIU Cujas

suivans, fait à ce sujet une distinction qui paroît raisonnable. Si le legs est d'une somme d'argent une fois payée, *cum unum legatum sit et semel tantùm cedat*, il est annullé par le fait de la cessation de l'action avant le temps fixé; et aucun fait ne peut le faire revivre. Mais si le legs est annuel, *cùm tot sint legata quot anni, et unumquodque legatum initio cujusque anni cedat*, le légataire gagne les legs des années pendant lesquelles il a accompli la condition. Cette décision peut être appuyée sur la loi 30, §. 5, ff. *de Legatis*, 3°.

(10) *Lorsque le temps est expiré, sans que l'événement soit arrivé.* Exemple : *Je payerai cent, si le navire arrive des Indes dans six mois.* Lorsque les six mois sont expirés, sans que le vaisseau soit arrivé, l'obligation est anéantie *ipso jure*, et sans qu'il soit nécessaire de la faire annuller en justice.

(11) *Lorsqu'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas.* Exemple : *Je payerai cent, si le navire arrive.* Je ne serai libéré que lorsqu'on aura des nouvelles sûres de la perte du vaisseau; mais aussi, tant qu'il ne sera pas arrivé, l'on n'aura pas le droit d'exiger de moi l'exécution de l'obligation.

Néanmoins, à l'égard de cette espèce de condition, on distinguoit celles qui dépendoient de la volonté du créancier, et à l'exécution desquelles le débiteur pouvoit avoir quelqu'intérêt; *putà* : *Je vous donnerai cent, si vous abattez tel arbre qui gêne ma vue.* L'on pensoit que, quoiqu'il n'y eût pas de terme fixé, faute par vous de faire abattre l'arbre, je pouvois vous traduire devant le juge pour voir dire que, dans tel délai qui seroit fixé, vous seriez tenu de faire abattre l'arbre; sinon, que je serois autorisé à le faire abattre à vos frais. Cette décision seroit certainement admise dans notre droit. (Argument tiré de l'art. 1144.) Dans le fait, c'est comme s'il étoit dit que, moyennant la somme de cent qui sera payée par moi, vous vous engagez à faire abattre tel arbre. C'est donc réellement une obligation de faire, qui rentre dans le cas prévu par ledit article.

On a critiqué cette décision, et l'on a prétendu que, dans cette espèce, l'obligation est vraiment conditionnelle, et que, comme les parties n'ont stipulé aucun terme pour l'accomplissement de la condition, les tribunaux n'auroient pas le droit d'intervenir; et qu'en conséquence, le propriétaire de l'arbre avoit la faculté de l'abattre quand il le jugeroit convenable. Mais il me semble que l'on peut argumenter contre cette décision, 1°. de l'art. 1175, portant que toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût. Or certainement, on ne peut croire que les parties aient entendu ajourner indéfiniment le résultat de leur convention; 2°. de l'art. 1157, portant que la convention doit être entendue dans le sens qui lui donne un effet, plutôt que dans le sens qui ne lui en donne aucun. Or, d'après l'opinion ci-dessus, la convention pourroit être regar-

BIU Cujas

dée comme n'ayant pas d'effet, puisque l'effet pourroit en être suspendu à perpétuité, le fait dont il s'agit étant de nature à pouvoir être exécuté indéfiniment par les héritiers du créancier; 3°. enfin de l'art. 1900 qui porte que si, dans un prêt de consommation, il n'a été fixé aucun terme pour la restitution, c'est au juge à fixer, d'après les circonstances, le délai qui doit être accordé à l'emprunteur. Il est donc permis aux tribunaux d'intervenir dans les conventions, à l'effet d'y suppléer pour les cas non prévus par les parties.

(12) *Elle est censée accomplie, lorsque le temps est expiré, sans que l'événement soit arrivé.* Exemple : *Je promets cent, si le navire n'arrive pas d'ici à six mois* : les cent sont dus et peuvent être exigés à l'expiration des six mois, si le navire n'est pas encore arrivé, arrivât-il le lendemain. Mais il suffit qu'il arrive le jour même de l'expiration des six mois, pour que l'obligation soit anéantie, à cause de la règle, *dies termini non computatur in termino.* (L. 42, ff. *de Verborum Obligat.*)

(13) *Elle est même censée accomplie avant le terme fixé, lorsqu'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas.* Exemple: *Je payerai cent, si le navire n'arrive pas d'ici à six mois.* Si, au bout de trois mois, l'on a des nouvelles certaines du naufrage, l'exécution de la promesse peut être exigée. C'étoit aussi la décision des lois Romaines. (L. 10, ff. *de verbor. Obligat.*) Mais s'il étoit dit : *Je vous payerai cent dans six mois, si le navire n'est pas arrivé*, alors, quand même l'on auroit au bout de deux mois des nouvelles certaines du naufrage, le payement ne pourroit toujours être demandé qu'au bout de six mois. (L. 8, *Eod.*) La raison de différence est que, dans le premier cas, le terme est apposé à la condition; au lieu que, dans le second, il est apposé au payement.

(14) *Que lorsqu'il est certain que l'événement n'arrivera pas.* Exemple: *Je promets cent, si le vaisseau n'arrive pas. Stricto jure*, les cent ne pourroient être exigés que lorsqu'on auroit des nouvelles certaines du naufrage. Cependant je pense qu'avec une condition pareille, l'on pourroit admettre la modification que les lois maritimes admettent dans le cas de l'assurance, qui est cependant un contrat de droit très-strict; elle consiste à supposer le naufrage, lorsqu'il s'est écoulé un certain temps depuis les dernières nouvelles du vaisseau. Ce temps est fixé par l'art. 375 du Code de Commerce, à un an pour les voyages ordinaires, et à deux ans pour ceux de long cours. Après ce délai, la condition seroit censée accomplie, et le payement pourroit être exigé, sauf restitution en cas de retour imprévu du navire.

Appliquez ici ce qui est dit dans la note (11) ci-dessus, pour le cas où il s'agiroit d'une condition de ne pas faire, qui dépendroit de la volonté du débiteur, et à l'exécution de laquelle le créancier auroit intérêt; *putà : vous me donnerez cent, si vous n'abattez pas tel arbre.*

BIU Cujas

PAGE 126.

(1) *L'obligation n'existe réellement pas.* L'art. 1181 dit que, dans ce cas, l'obligation ne peut être exécutée qu'après l'événement. Cette rédaction est insuffisante ; car elle n'établit aucune différence entre l'obligation à terme, qui existe *ab initio*, et qui ne peut être exécutée qu'après l'échéance du terme, et l'obligation conditionnelle, qui, non-seulement ne peut être exécutée, mais encore qui n'existe en aucune manière avant l'événement de la condition.

(2) *Transmet à ses héritiers*, à la différence des dispositions testamentaires, qui deviennent caduques, si le légataire décède avant l'accomplissement de la condition. La raison de différence provient de ce que le legs est toujours censé fait en vue du légataire seul, et non de ses héritiers. Or, comme, dans le legs conditionnel, l'obligation de délivrer le legs ne commence à naître que du moment que la condition est accomplie, il en résulte que, si le légataire est décédé auparavant, il ne se trouve plus personne capable de recueillir le bénéfice de l'obligation, au moment où elle commence d'exister. La même raison ne peut s'appliquer aux conventions, dans lesquelles on est censé stipuler pour soi et pour ses héritiers.

C'est par suite de ce principe que la caution Mucienne n'a pas lieu dans les conventions faites sous une condition négative. On ne peut leur appliquer la même raison qu'aux dispositions testamentaires. (*Voyez* ci-dessus la note (8) de la page 88.) Par la même raison, ce que l'on appelle en droit Romain, *dies incertus*, c'est-à-dire un événement qui doit certainement arriver, mais à une époque incertaine, fait, comme nous l'avons vu, condition dans les testamens, mais n'est regardé que comme un terme dans les conventions. D'un autre côté, le terme peut quelquefois emporter condition, si par exemple, une donation a été faite à une personne, lorsqu'elle se mariera; c'est alors une donation faite en faveur du mariage; et ces sortes de donations sont nulles, quand le mariage ne s'ensuit pas.

Mais si la condition est potestative, peut-elle être accomplie par les héritiers du créancier? Il faut distinguer : Si la condition consiste à donner, elle peut être accomplie par les héritiers. Le débiteur n'a pas, et ne peut avoir d'intérêt contraire. Mais si elle consiste à faire, il faut encore distinguer : Si le débiteur a intérêt à ce que la condition soit accomplie par le créancier, comme s'il s'agit d'un fait personnel à ce dernier, alors il peut se refuser à ce qu'elle soit accomplie par les héritiers. *Secùs*, dans le cas contraire.

(3) *Tous les actes conservatoires nécessaires.* Il peut donc prendre des inscriptions hypothécaires, lesquelles, si la condition s'accomplit, donnent rang à l'hypothèque, du jour qu'elles ont été prises, comme nous allons voir tout-à-l'heure : et ce, quand même la condition n'existeroit que long-temps après.

BIU Cujas

(4) *Pourroit être répété.* Car, puisque l'obligation n'existe pas encore, on a réellement payé ce qui n'étoit pas dû.

(5) *La convention est censée n'avoir jamais existé.* L'effet de l'accomplissement de la condition est de faire naître l'obligation. Or, pour qu'il y ait obligation, il faut qu'il y ait un objet auquel elle puisse s'appliquer. Donc l'obligation ne peut naître, du moment que ce qui devoit en être l'objet, n'existe plus.

L'art. 1182 dit que, dans ce cas, l'obligation est éteinte. Cette rédaction n'est pas exacte, surtout comparée avec celle de l'art. 1302. Il est dit pareillement, dans ce dernier article, que si le corps certain qui faisoit l'objet de l'obligation, vient à périr sans la faute du débiteur, l'obligation est éteinte; ce qu'il faut entendre dans ce sens, que c'est l'obligation de livrer la chose qui est éteinte; mais la convention n'en subsiste pas moins dans toutes ses autres parties. Si donc je vous ai vendu un cheval trois cents francs, et qu'avant que je sois en demeure de vous le livrer, il vienne à périr, sans aucune faute de ma part, je suis libéré de l'obligation de vous le livrer; mais vous ne l'êtes pas de celle de me payer les trois cents francs. C'est le cas et le sens de l'art. 1302.

Mais, si je vous ai vendu le même cheval pour le même prix, sous une condition suspensive, et qu'il vienne à périr avant l'événement de la condition, c'est comme s'il n'y avoit pas eu de vente; et en conséquence, non-seulement je suis libéré de l'obligation de vous livrer le cheval, mais vous l'êtes également de celle de me payer les trois cents francs. C'est le cas de l'art. 1182. Or, une différence aussi essentielle exigeoit une rédaction différente, et c'est pour cela que j'ai cru devoir adopter celle-ci : *La convention est censée n'avoir jamais existé.*

(6) *Ou de résoudre l'obligation.* La loi Romaine décidoit, comme le Code, que, si la chose étoit périe tout-à-fait avant l'événement de la condition, la convention étoit anéantie, parce qu'elle se trouvoit n'avoir plus d'objet; mais que, quand la chose étoit seulement détériorée, le tout sans la faute du débiteur, l'obligation subsistoit, et la perte étoit pour le créancier. (L. 8, ff. *de Peric. et Comm. Rei venditæ.*) Il me semble que cela étoit plus conforme aux principes; car une chose, quoique détériorée, peut être l'objet d'une obligation. Or, si l'obligation existe, elle doit avoir son effet; et il ne doit pas être au pouvoir de l'une des parties de la modifier ou de la résoudre. Probablement le motif des rédacteurs du Code a été que, puisque la perte entière, survenue avant l'événement de la condition, étoit pour le débiteur, de même la détérioration partielle devoit être à ses risques. Mais il est difficile d'appuyer cette décision par quelque principe de droit.

Quid, si la chose a péri par la faute du débiteur? Il doit en payer la valeur, et en outre, les dommages-intérêts, s'il y a lieu. (Art. 1147.)

BIU Cujas

(7) *Le droit de demander des dommages-intérêts*, lesquels doivent être estimés d'après la valeur qu'avoit la chose au moment de la détérioration survenue.

PAGE 127.

(1) *Sous quelques rapports*, seulement. Car si la condition, une fois accomplie, donnoit en tous points un effet rétroactif à l'obligation, il s'ensuivroit que la perte de la chose, survenue avant l'événement de la condition, devroit être au compte du créancier, si la condition venoit à s'accomplir par la suite; ce qui n'est pas.

(2) *Un effet rétroactif.* Ainsi, toutes les charges imposées sur l'objet promis sous condition, toutes les aliénations qui pourroient en avoir été faites, dans l'intervalle du temps écoulé depuis le contrat jusqu'à l'événement de la condition, s'évanouissent, si la condition s'accomplit. On a prétendu que cette disposition n'étoit pas applicable, lorsque la condition étoit d'un fait dépendant de la volonté du débiteur, attendu, dit-on, que le débiteur ne peut, par un fait postérieur dépendant de sa volonté, préjudicier aux droits qu'il a transférés lui-même sur la chose qui fait l'objet de l'obligation. Cette opinion nous paroît erronée, en ce que, pour ménager l'intérêt des tiers qui ont à s'imputer d'avoir traité d'une chose déjà engagée sous condition, elle détruit entièrement le droit résultant de la convention en faveur de l'autre partie. En effet, quand j'ai stipulé de vous un objet quelconque, sous la condition que vous feriez ou que vous ne feriez pas telle chose, l'on doit présumer que j'ai intérêt à ce que vous fassiez, ou à ce que vous ne fassiez pas la chose dont il s'agit, et que j'ai voulu pourvoir à mon intérêt, par une espèce de clause pénale. Soit en effet cette convention : *Vous me donnerez votre maison, si vous allez à Paris, d'ici à un an.* C'est évidemment comme s'il avoit été stipulé : *Vous promettez de ne point aller à Paris, d'ici à un an; sinon vous me donnerez votre maison.* La véritable obligation, comme il a été dit ci-dessus note (6) de la page 125, est de ne point aller à Paris pendant un an. La seconde convention, celle de donner la maison, renferme une obligation secondaire et accessoire, et qui a uniquement pour but d'assurer l'exécution de la première. Or, il est évident que si, dans l'espèce, on donnoit au débiteur la faculté d'aliéner irrévocablement sa maison, ce seroit lui donner par cela seul le droit d'anéantir par son fait sa propre obligation, contre le principe; *nemo potest proprio facto se ab obligatione liberare.* Concluons donc de-là que le principe de l'effet rétroactif s'applique à toutes les obligations contractées sous une condition suspensive, quelle que soit la nature de la condition. *Nec obstat* la loi 9, §. 1, ff. *qui potiores*, qui est pour le cas où il dépend du débiteur d'être obligé ou non, comme dans le §. »

BIU Cujas

de la loi 1, *Eod.*, mais non du cas où la condition est d'un fait, à l'accomplissement, ou au non-accomplissement duquel, le créancier peut avoir intérêt.

(3) *Que si l'obligation n'avoit pas existé.* Observez que la révocation a lieu dans ce cas, même à l'égard des tiers, et qu'en conséquence toutes les aliénations des objets soumis à la condition résolutoire, et toutes les charges imposées sur iceux, telles que servitudes, hypothèques, sont également résolues.

Mais *quid*, si la condition résolutoire est potestative de la part de celui qui possède l'objet? Je pense qu'il faut distinguer : Si la condition est d'un fait qui dépende de la volonté du possesseur, la révocation doit avoir lieu même au préjudice des tiers; et ce, pour les raisons déduites dans la note précédente. Mais si elle dépend d'un acte pur et simple de la volonté de ce même possesseur, *putà* : *res inempta erit, si intrà annum displicuerit*; comme, dans ce cas, la condition résolutoire est stipulée uniquement dans l'intérêt du possesseur, qu'il n'y a que lui qui puisse l'invoquer, je ne pense pas qu'il puisse le faire au préjudice des tiers, avec lesquels il a fait des conventions particulières relativement à la chose soumise à la condition.

(4) *Et qui prescrit dans l'intervalle.* C'est-à-dire, que le temps pendant lequel il possède jusqu'à l'événement de la condition, est compté pour la prescription, soit à son profit, soit au profit de celui à qui la chose pourroit retourner par l'effet de la condition. Si, par exemple, j'ai acheté, sous une condition résolutoire, une chose de quelqu'un qui n'étoit pas propriétaire, mais qui avoit commencé à prescrire, et que la prescription se soit accomplie pendant l'intervalle qui s'est écoulé depuis la vente jusqu'à l'événement de la condition, je suis devenu propriétaire; et si la condition résolutoire vient à s'accomplir, la propriété passe irrévocablement à mon vendeur.

Mais *quid*, si le vendeur et l'acquéreur ne pouvoient exciper du même genre de prescription; *putà*, si l'un étoit de mauvaise foi, et avoit en conséquence besoin de la prescription de trente ans; tandis que l'autre qui étoit de bonne foi, n'avoit besoin que de celle de dix ou vingt ans? Il faut distinguer : Si la condition ne s'accomplit pas, comme alors l'acquéreur reste propriétaire irrévocable, et qu'il est censé l'avoir été du moment de la vente, on lui appliquera ce qui est dit ci-dessous, au Titre de la *Prescription*, pour le cas du successeur à titre singulier. Si la condition s'accomplit, il faut alors appliquer le principe consigné dans l'article 1183, que la convention est censée n'avoir jamais existé; que par conséquent le vendeur doit être regardé comme n'ayant jamais cessé d'être possesseur. On lui appliquera donc les règles de la prescription relatives à son genre de possession, à sa bonne ou mauvaise foi, etc.

(5) *Comme dans le pacte commissoire.* Le pacte commissoire est celui par lequel le vendeur stipule que, faute par l'acquéreur d'avoir payé le prix au terme convenu, la vente sera résolue.

BIU Cujas

(6) *La vente à réméré*, ou à faculté de rachat. (*Voyez* pour cette clause et le pacte commissoire, ci-après, au Titre *de la Vente.*)

(7) *Ne satisfera pas à ses engagemens.* Si cependant le défaut d'exécution provenoit de la perte de la chose qui doit être livrée, perte survenue sans aucune faute de la part de celui qui la doit, alors non-seulement ce dernier ne seroit point passible de dommages-intérêts, mais encore il pourroit forcer l'autre partie d'exécuter la convention pour sa part. (Art. 1302.)

(8) *Le contrat est résolu de plein droit.* Même à l'égard des tiers, et soit qu'il s'agisse d'une condition casuelle ou potestative, et quand même, dans ce dernier cas, le possesseur offriroit de prouver qu'il lui a été impossible d'exécuter la condition. C'étoit à lui à ne pas s'imposer une obligation qu'il étoit hors d'état de remplir. Si cependant l'impossibilité résultoit d'un fait que l'on ne pouvoit prévoir, le juge pourroit, en connoissance de cause, accorder un délai pour exécuter la condition, et suspendre, jusques-là, la résolution de l'obligation. Ainsi la condition de livrer cent pièces de vin à telle époque, est défaillie par la non-livraison à l'époque désignée, quand même cette non-livraison résulteroit d'une crue d'eau extraordinaire qui auroit empêché les bateaux d'arriver. L'autre partie a pu croire que le vin étoit à la disposition de celui qui s'engageoit à le livrer, ou qu'il avoit des moyens sûrs de se le procurer au terme prescrit. Mais si la condition est, par exemple, d'aller à Lyon d'ici à tel temps, et qu'une maladie s'oppose au voyage, comme la condition d'aller dans un lieu désigné, suppose la faculté physique de faire le voyage, il est certain que, dans ce cas, le délai pourra être prorogé par le juge. En outre, dans les ventes d'immeubles, lorsque la condition résolutoire, quoiqu'expresse, est pour le cas d'inexécution des engagemens, le contrat n'est résolu qu'après que la partie qui n'a pas satisfait, a été mise en demeure par une sommation : mais il n'est pas besoin de jugement. (Art. 1656.) Et même, hors ce cas, on juge communément, à ce qu'il paroît, que la condition, même expresse, de résolution pour le cas d'inexécution des engagemens, ne résout pas l'obligation de plein droit, et que le juge peut, suivant les circonstances, accorder un délai. *Sic* jugé à Colmar le 6 décembre 1814, pour un bail contracté sous pareille clause. (Sirey, 1815; 2e. part., pag. 137.) Cependant on ne peut se dissimuler qu'une pareille jurisprudence ne soit contraire à l'esprit général du Code, qui ne reconnoît plus, comme autrefois, de clause comminatoire.

Dans les cas où il est généralement reconnu que la résolution doit avoir lieu de plein droit, les parties pourroient-elles, après l'événement de la condition, renoncer au bénéfice de la clause, et convenir que le contrat aura lieu nonobstant la résolution? Oui, sans doute. Mais alors, c'est moins une renonciation, qu'une nouvelle convention qui n'auroit d'effet que du jour qu'elle auroit été formée, et qui ne pourroit préjudicier au droit des tiers. Ainsi, je vous vends une maison, sous la condition que la vente sera résolue, si tel événement arrive. Le cas

BIU Cujas

prévu arrivant, nous pouvons sans doute convenir que la résolution n'aura pas lieu, et que la vente sera exécutée, comme si la clause n'eût pas existé. Mais le premier contrat ayant été résolu de plein droit, et la propriété de la maison étant retournée conséquemment sur la tête du vendeur, la seconde convention sera regardée comme une seconde vente. Si donc l'acquéreur avoit donné, par le premier contrat, une caution pour sûreté du payement du prix, la caution seroit déchargée; s'il existoit des hypothèques générales sur les biens présens et à venir du vendeur, la maison s'en trouveroit frappée, et ne pourroit rentrer dans la main de l'acquéreur, que grevée desdites hypothèques, etc.

En seroit-il de même si la seconde convention avoit été faite avant l'événement de la condition? Pour ce qui concerne la caution, l'affirmative n'est pas douteuse. Elle n'a cautionné que le premier contrat qui étoit conditionnel. Les parties n'ont pu changer sa condition par une convention qui lui est étrangère. Quant aux hypothèques, il faut observer que lorsqu'une propriété a été transférée sous une condition résolutoire, *putà, ut res inempta esset, si navis ex Asiâ venisset*: l'on peut dire que la même condition qui est résolutoire pour l'acquéreur, est suspensive pour le vendeur. En effet, c'est comme s'il avoit été dit: Le vendeur redeviendra propriétaire, *si navis ex Asiâ venerit.* La maison est donc conditionnellement dans ses biens. Donc les hypothèques générales qui ont pu les frapper antérieurement à la seconde convention, ont frappé également ladite maison, sous la condition, *si navis*, etc. La nouvelle convention faite entre le vendeur et l'acquéreur n'a pu changer la condition du créancier. Donc, si cette condition se réalise, la maison se trouve frappée irrévocablement de l'hypothèque, et ne peut passer qu'avec cette charge dans la main de l'acquéreur.

(9) *Et prononcée en justice.* Donc, jusqu'au jugement, le débiteur peut payer et empêcher la résolution. Il faut cependant excepter le cas d'une vente de denrées ou autres effets mobiliers, dont la résolution a lieu de plein droit et sans sommation, au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retirement. (Art. 1657.)

PAGE 128.

(1) *Chacune des deux parties a le droit d'en réclamer l'effet.* Il faut excepter également le cas où la condition résolutoire, quoiqu'expresse, a pour objet l'inexécution des engagemens. Il est de principe, en effet, que celui qui manque d'exécuter une convention, ne peut se faire un titre de son infidélité, pour demander la résolution du contrat.

(2) *Le terme du temps nécessaire pour l'accomplir.* Si je vous ai promis de faire payer telle somme à Lyon à votre correspondant, il faut bien que j'aie le temps d'envoyer à Lyon l'ordre de payer.

(3) *Sur la demande du débiteur.* On appeloit aussi *jours de grâce*, un cer-

BIU Cujas

tain nombre de jours qui étoient accordés, dans l'usage, pour le payement des effets commerciaux. Ce nombre varioit suivant la nature des objets dans lesquels la valeur de l'effet avoit été fournie. L'usage de ces jours de grâce a été abrogé par l'article 135 du Code de Commerce.

(4) *Il en retarde seulement l'exécution.* C'est dans ce sens qu'il faut entendre le brocard de droit : *qui a terme, ne doit rien ;* c'est-à-dire, ne peut être contraint au payement.

(5) *Ne peut être exigé avant l'échéance du terme :* en observant que, comme nous l'avons dit, *dies termini non computatur in termino.* C'est pour cela que, quoique l'on puisse se présenter le jour même de l'échéance, pour demander le payement d'un effet de commerce, cependant le protêt ne peut être fait que le lendemain, parce que le débiteur a toute la journée de l'échéance pour payer. (*Cod. de Comm.*, articles 161 et 162.)

De même, lorsque le jour de l'échéance n'est pas indiqué d'une manière précise, mais seulement par l'indication d'un délai déterminé à compter de tel jour, par exemple, *d'ici à un mois*, ou *dans un mois à compter de ce jour*, faut-il compter aujourd'hui, ou faut-il commencer par compter le jour de demain ? L'usage s'est introduit de ne pas compter le *dies à quo.* Si donc le premier juillet, il est dit : *Dans dix jours à compter d'aujourd'hui*, le délai expire le 11; et l'exécution ne pourra, en conséquence, être poursuivie que le 12.

(6) *Il n'y a pas lieu à répétition*, et l'obligation est éteinte. Cette règle est cependant sujette à plusieurs exceptions.

Ainsi, 1°., en cas de faillite, toutes les sommes payées par le failli pour dettes commerciales non échues, dans les dix jours qui précèdent la faillite, doivent être rapportées. (*Cod. de Comm.*, art. 446.) Cette disposition est fondée, d'abord sur ce que les commerçans ne payent pas ordinairement avant l'échéance. Cependant il y en a qui sont dans l'usage d'escompter leurs propres effets ; mais ce ne sont pas ceux qui sont à la veille de faire faillite. D'ailleurs, indépendamment de toute présomption de fraude, on n'a pas voulu qu'un négociant pût, dans un temps aussi voisin de sa faillite, avantager, par des payemens prématurés, quelques-uns de ses créanciers au préjudice des autres.

Quid, en cas de payement, d'avance, d'une dette non commerciale ? Le Code ne s'est pas expliqué à cet égard ; mais comme l'article 447 dit en général, que *tout payement fait en fraude des créanciers, est nul*, je pense que ces différentes dispositions doivent être entendues ainsi : Si la dette payée dans les dix jours avant l'échéance, est commerciale, le payement est nul *ipso jure ;* si elle n'est pas commerciale, ce sera au juge à examiner s'il y a fraude, qui, au surplus, doit, dans ce cas, se présumer très-aisément.

2°. Si un legs avoit été fait à un mineur, pour être payé à sa majorité, que l'héritier l'ait payé avant le terme, même à son tuteur, et que celui-ci l'ait dissipé, et soit insolvable, le legs devra être payé une seconde fois. (*L.* 15, ff.

BIU Cujas

de annuis Legatis.) L'on présume, dans ce cas, que le testateur n'a différé le payement, que pour empêcher que la chose ou la somme ne fût perdue ou dissipée.

(7) *Par exemple, en cas de faillite ou de déconfiture du débiteur. Quid*, s'il s'agit d'une dette solidaire, et qu'un des débiteurs seulement soit en faillite ? La dette est exigible à l'égard du failli, et non à l'égard des autres (POTHIER, n°. 236); ce qui peut très-bien être. Car l'article 1201 dit que la dette peut être solidaire, quoique l'un des débiteurs soit engagé à terme, et l'autre sans terme. Cependant MONTVALLON (*des Successions*, chap. 4, art. 31) prétend que le contraire a été jugé. Mais je crois l'avis de POTHIER préférable. D'ailleurs ce dernier auteur cite également un arrêt en faveur de son opinion. A la vérité, s'il s'agit d'une dette commerciale, les autres codébiteurs sont tenus de payer, ou de donner caution que l'effet sera payé à son échéance. (*Cod. de Comm.*, art. 448.) Mais il est évident que c'est une disposition particulière, fondée sur ce qu'il est de la plus haute importance pour un négociant d'être sûr que ses billets actifs seront payés à leur échéance, parce qu'il peut arriver qu'il compte sur ce payement, pour acquitter ses propres billets.

On a jugé à Bruxelles, le 5 décembre 1811 (*Journ. de la Jurisp. du Cod. Civil.*, Tome XVIII, pag. 127), que la faillite ne rendoit pas exigibles les créances hypothécaires. Mais, d'abord, le contraire paroît résulter de la généralité des dispositions de l'article 1188, qui ne distingue pas entre les différentes sortes de créances. La Cour de Bruxelles a fondé sa décision sur l'article précité, 448 du Code de Commerce, portant qu'en cas de faillite d'un de plusieurs codébiteurs solidaires d'un effet de commerce, les autres codébiteurs ne sont pas tenus de payer, mais seulement de donner caution que l'effet sera payé à l'échéance; d'où elle a conclu que, lorsque le créancier a une autre sûreté que l'obligation personnelle du débiteur, la créance n'étoit pas exigible. Mais la disposition de l'article 448 tient au principe que nous venons d'établir à la fin de la note précédente, que l'exigibilité résultant de la faillite peut bien avoir lieu à l'égard de l'un des codébiteurs, sans avoir lieu à l'égard des autres. Dans l'obligation solidaire, l'obligation est une par rapport à la chose qui en est l'objet; mais relativement aux personnes, il y a autant de liens, autant d'obligations différentes, qu'il y a de personnes obligées : *Et si maximè parem causam suscipiant*, dit PAPINIEN, *L.* 9, §. 2, ff. *de Duobus Reis*, *nihilominùs in cujusque personâ, propria singulorum consistit obligatio.* Si donc, dans l'article 448, l'on n'oblige pas les débiteurs non faillis de payer, ce n'est pas parce que le créancier a une autre sûreté que l'obligation personnelle du débiteur, c'est parce que la dette n'est pas réellement exigible à leur égard. Cependant on les oblige de donner caution, mais uniquement *favore commercii*, et parce que, comme nous l'avons dit, il est souvent de la plus grande importance, pour un négociant, de pouvoir compter sur le payement de ses

BIU Cujas

effets à leur échéance. Mais on ne peut nullement conclure de cet article, que toute espèce de dette n'est pas exigible à l'égard du débiteur failli.

En second lieu, le droit d'hypothèque ne préjudicie en rien à l'action personnelle du créancier, et au droit qu'il a de poursuivre le mobilier de son débiteur, et d'être colloqué dans les contributions mobilières. Or, comment cela pourroit-il avoir lieu, si la créance n'étoit pas exigible?

La disposition qui déclare la dette exigible par l'effet de la faillite du débiteur, a fait naître une question assez importante. On a demandé si une dette, devenue ainsi exigible, pouvoit se compenser avec une créance du failli, exigible avant la faillite. Ainsi, je dois trois mille francs à Pierre, payables au 1^er^. mai. Pierre me doit trois mille francs, payables au 1^er^. juillet. Il fait faillite le 15 mai. La masse des créanciers me demande le payement des trois mille francs que je dois, et que je n'ai pas payés à l'échéance. Je prétends que la créance que j'ai sur Pierre, étant devenue exigible le 15 mai, la compensation s'est opérée de plein droit ledit jour, conformément à l'article 1290, et qu'en conséquence les deux dettes ont été éteintes. J'ai intérêt de soutenir ce système, parce que, de cette manière, je me trouve entièrement payé des trois mille francs qui me sont dus par le failli; au lieu qu'autrement, je serois tenu de lui payer les trois mille francs que je lui dois, sauf à être colloqué ensuite dans les contributions, au prorata de ma créance.

La Cour de Cassation a décidé, et avec raison, par son arrêt du 12 février 1811 (*Journ. de la Jurisp. du Cod. Civil*, Tom. XVI, pag. 265,) que la compensation ne pouvoit avoir lieu. Elle s'est fondée sur ce que la faillite, en rendant exigible la dette du failli, avoit en même temps saisi et arrêté au profit de la masse des créanciers, la créance qui lui étoit due; qu'aux termes de l'article 1298, la compensation ne peut avoir lieu au préjudice d'une saisie-arrêt; que, d'ailleurs, la compensation est un payement; que, dans l'espèce, si le failli eût payé la dette dont il s'agit, dans les dix jours qui avoient précédé la faillite, le payement auroit dû être rapporté à la masse; que l'on ne pouvoit supposer que la faillite pût donner à un créancier, porteur d'effets non échus, le droit de se faire payer, par voie de compensation, d'une créance dont il auroit dû rapporter le montant, s'il l'avoit reçue dans les dix jours qui avoient précédé la faillite, etc.

(8) *Soit par le fait du débiteur.* Si, par exemple, il vend un des immeubles hypothéqués à la dette, que l'acquéreur purge, et que le créancier ne puisse être colloqué utilement pour la totalité de sa créance, il pourra exiger le remboursement du total. *Sic* jugé en Cassation, le 9 janvier 1810 (*Journ. de la Jurisp. du Code Civil*, Tom. XIV, pag. 272), et avec raison. En effet, au moyen du purgement, l'immeuble vendu cesse d'être hypothéqué à la dette; par conséquent, les sûretés du créancier sont diminuées, puisque, par l'effet de l'indivisibilité de l'hypothèque, chacun des immeubles hypothéqués devoit

BIU Cujas

rester affecté à la dette, jusqu'à son entier acquittement. D'ailleurs si, par l'effet du purgement, le créancier ne peut recevoir qu'une portion de sa créance, sa condition se trouve pire, puisque, de droit commun, aux termes de l'art. 1244, il ne peut être contraint de recevoir un payement partiel. Arrêt rendu sur ce motif par la Cour de Paris le 21 janvier 1814. (SIREY, 1815, 2e. partie. pag. 51.)

Si cependant il s'agissoit d'une hypothèque légale ou judiciaire, comme aux termes de l'art. 2161, le débiteur peut demander que cette hypothèque soit restreinte aux immeubles suffisans pour répondre de la dette, d'après la proportion établie par l'art. 2162, je pense qu'en cas de vente d'un immeuble, si le créancier n'a pas été été obligé de recevoir de payement partiel, et si les immeubles hypothéqués à la même dette, qui restent dans la main du débiteur, présentent une sûreté suffisante pour la totalité de la dette, d'après les proportions établies dans l'art. 2162, le débiteur peut demander la restriction, et par là, éviter le remboursement. On peut d'ailleurs tirer argument, en faveur de cette opinion, de ce que l'art. 1188 ne parle que des sûretés données par le contrat; ce qui paroît en borner l'application à l'hypothèque conventionnelle.

Nota. L'on a été plus loin, et l'on a jugé en Cassation, le 4 mai 1812, que, dans une espèce semblable, le remboursement pouvoit être exigé, quoique l'acquéreur n'eût pas purgé, par cela seul qu'il pouvoit purger. (SIREY, 1812, 1re. part., pag. 321.) Il me semble que c'est pousser un peu loin la rigueur du principe. Tant que l'acquéreur ne purge pas, les sûretés ne sont pas diminuées. D'ailleurs, s'il ne purge pas, il ne peut faire de payement partiel; il faut qu'il paye la totalité des créances hypothéquées, s'il veut dégager son immeuble. Le créancier ne court donc aucun risque de voir sa créance divisée. Jugé dans ce sens par la Cour de Paris, le 11 février 1815. (SIREY, 1816; 2e. partie, p. 214.)

Il est bien évident au surplus, 1°. que la créance devient, à bien plus forte raison, exigible, s'il y a stellionat. *Sic* jugé à Pau le 3 juillet 1807. (SIREY, 1814; 2e. partie, p. 256.)

2°. Que le bénéfice de cette disposition ne peut être invoqué que par celui qui a une hypothèque valable. Si donc l'hypothèque étoit nulle, le créancier ne pourroit dire que ses sûretés ont été diminuées, puisqu'il n'en avoit aucune. *Sic* jugé à Aix le 16 août 1811. (SIREY, 1815, 2e. partie, pag. 126.)

Quid, si les sûretés sont diminuées par le fait du créancier; *putà*, s'il a négligé quelques formalités à l'aide desquelles il eût pu se procurer le payement de sa créance? La raison de douter se tire de l'art. 2037, qui refuse au créancier tout droit contre la caution, lorsqu'il s'est mis par son fait dans l'impossibilité de la subroger. Mais la raison de décider, est que la disposition de l'art. 2037 a pu être admise *benigno jure*, à l'égard de la caution, qui a dû croire, en s'obligeant, que, si elle étoit forcée de payer, elle pourroit au moins obtenir la

BIU Cujas

subrogation; mais qu'on n'en peut rien conclure en faveur du débiteur lui-même, qui ne peut ignorer le droit de son créancier; que, si ce dernier peut être obligé à quelques précautions à l'égard des tiers, il n'est tenu à aucune à l'égard de son débiteur, qui ne peut en conséquence argumenter en aucune manière contre lui du défaut de formalités. *Sic* jugé en Cassation le 17 mars 1818. (*Bulletin*, n°. 26.)

(9) *Mais dans ce dernier cas.* C'est la distinction que j'ai cru devoir adopter pour concilier l'article 1188, qui paroît exiger, pour rendre la dette exigible, que la diminution des sûretés ait eu lieu par le fait du débiteur, avec le 2131e., qui ne fait aucune distinction. La différence que j'établis entre les deux cas, consiste en ce que, si la diminution a lieu par le fait du débiteur, il est tenu absolument de rembourser, tandis que, dans le cas contraire, il est admis à offrir des sûretés équivalentes.

Le créancier pourroit-il agir avant le terme, dans d'autres cas que ceux qui sont rapportés ci-dessus? Il faut distinguer : Si le titre est authentique, le créancier ne peut, sauf les cas ci-dessus, intenter aucune action. Mais si le titre est sous seing-privé, le créancier peut, même avant l'échéance, agir en reconnoissance d'écriture. Mais le jugement de reconnoissance n'emportera hypothèque, et il ne pourra être pris inscription en vertu d'icelui, qu'à défaut de payement après l'échéance ou l'exigibilité de la dette, s'il n'y a stipulation contraire. *Voyez* ci-après au titre *des Priviléges et Hypothèques*.

Page 129.

(1) *Ou des circonstances.* Ainsi, dans l'exemple que nous avons cité plus haut, d'un legs fait à un mineur, et payable à sa majorité, nous avons décidé que le débiteur ne pouvoit se libérer valablement avant le terme.

(2) *Ou de la nature même de l'obligation.* Dans les effets commerciaux, le terme est censé apposé, autant en faveur du créancier, que du débiteur.

(3) *Il empêche la compensation de la dette.* Il y a encore cette différence, que, quand le terme est de grâce, le créancier peut faire tous les actes conservatoires nécessaires, même des saisies-arrêts. (*Cod. de Procéd.*, art. 125.) *Secùs*, s'il est conventionnel.

(4) *En payant l'une des choses promises.* Peut-il varier; c'est-à-dire, peut-il, après avoir offert l'une des deux choses, offrir l'autre? Je pense qu'il le peut, tant que ses offres n'ont pas été acceptées ou déclarées valables par un jugement. (Argument tiré des articles 1211 et 1261; et L. 138, §. 1, ff. *de verborum Obligat.*) En effet, il est de principe que, *unaquæque res eodem modo dissolvi debet, quo fuit colligata.* Or, l'obligation n'a reçu le caractère d'alternative que par une convention; elle ne peut donc le perdre

BIU Cujas

que par une convention contraire. Lorsque les offres sont acceptées, il y a convention volontaire. Lorsqu'elles sont déclarées valables par jugement, il y a le contrat appelé *judiciaire* : *Judicio quasi contrahimus*. Mais, avant l'acceptation ou le jugement, il n'y a que le fait de l'une des parties, lequel ne suffit pas pour changer le caractère de l'obligation.

(5) *Partie de l'une, et partie de l'autre* : de même, si le choix est au créancier, il ne peut exiger partie de l'une, et partie de l'autre.

La disposition de cet article n'est pas applicable au cas où il s'agit d'une prestation annuelle de deux choses, dues sous l'alternative. Le débiteur ou le créancier peut choisir chaque année une chose différente. Ainsi une rente, payable en argent ou en bled, peut être payée, une année en argent, et l'autre en bled. Il y a, dans cette obligation, autant de dettes que d'années. (*L.* 21, §. 6, ff. *de Act. Empt.*)

Quid, s'il y a plusieurs débiteurs de la dette alternative? Ils doivent s'arranger pour payer à eux tous la même chose. L'un ne peut payer partie d'une chose, et l'autre partie d'une autre. (*L.* 15, ff., *de Legatis*, 2°.)

(6) *Sous l'alternative sous laquelle elles lui sont dues.* Mais si le choix est au débiteur, et qu'il fasse défaut, comment devra-t-on faire? Je pense que le juge doit ordonner que, dans tel délai, le débiteur fera connoître son choix, et que, faute par lui d'avoir obéi dans le délai fixé, le choix demeurera au créancier. (*Voir* Ricard, *des Donations*, partie 2e., nº. 155.)

(7) *N'éteint point l'obligation.* Si toutefois la chose périt, tant que l'obligation est alternative; car si elle a été déterminée à l'une des deux choses par des offres valables que le débiteur a faites de cette chose, la perte de cette même chose, arrivée sans la faute du débiteur, le libère entièrement, quand même les offres n'auroient été encore acceptées, ni déclarées valables par un jugement. *Nec obstat* ce que nous avons dit dans la note (4) ci-dessus, que les offres seules ne déterminent point l'obligation, tant qu'elles n'ont été ni acceptées, ni déclarées valables. En effet, ici, l'obligation n'est pas éteinte *ipso jure*, mais seulement *exceptionis ope*, et par suite du principe, que l'on doit à autrui réparation du tort qu'on lui a causé par sa faute. Or, nous avons supposé les offres valables : le créancier a donc eu tort de les refuser; si donc ce refus a causé quelque préjudice au débiteur, il doit l'en indemniser. Cela posé, si le créancier eût accepté les offres au moment où elles lui ont été faites, le débiteur eût été libéré, quelqu'accident que la chose eût éprouvé depuis. Le tort que le débiteur a essuyé par suite du refus du créancier, est donc de n'être pas libéré; donc, par compensation, il doit être, à l'égard du créancier, placé dans la même situation que si la créance étoit réellement éteinte.

BIU Cujas

PAGE 130.

(1) *Et avant qu'il soit en demeure :* et même, quand il seroit en demeure, s'il peut prouver que les choses seroient également péries chez le créancier, si elles lui eussent été livrées. (Art. 1302.)

(2) *Et il est tenu de payer le prix de celle qui a péri la dernière.* Cette décision est très-juste, quand le débiteur est en faute à l'égard des deux choses, ou à l'égard de celle qui a péri la dernière; mais quand il n'est en faute qu'à l'égard de celle qui a péri la première, la même décision est contraire aux principes de l'obligation alternative. *Exemple :* Je dois deux chevaux sous l'alternative, un rouge ou un noir. Le cheval rouge périt par ma faute. D'après l'article 1193 même, l'obligation devient pure et simple, et déterminée pour le noir. Le noir périt ensuite sans ma faute : aux termes de l'article 1302, je devrois être libéré, et l'obligation devroit être éteinte; mais comme c'est par mon fait que cette extinction a eu lieu, puisque c'est par mon fait qu'il ne reste plus de chose qui puisse être l'objet de l'obligation, je dois réparation au créancier du tort que cette extinction lui cause. Or, quel est ce tort ? C'est que, si je n'eusse pas commis la faute qui a fait périr le rouge, il vivroit, et par conséquent l'obligation de le livrer subsisteroit encore. Je dois donc au créancier le prix de ce cheval, et pas autre chose. Ainsi il résulte des principes rigoureux du droit, que, lorsque le débiteur n'a commis de faute qu'à l'égard de l'une des deux choses, et que, néanmoins, les deux sont péries, il ne doit que le prix de celle à l'égard de laquelle il est en faute. Je pense, d'après cela, que le dernier alinéa de l'article 1193 doit être entendu seulement du cas où le débiteur est en faute à l'égard des deux choses, ou à l'égard de celle qui a péri la dernière.

(3) *Toutes les fois que le contraire n'est pas stipulé.* Il en est de même dans toute espèce d'alternative; *putà*, si elle a été stipulée seulement quant au lieu ou à l'époque du payement. *Quid*, si le débiteur ayant le choix, mais croyant devoir les deux choses ensemble, les a payées toutes deux par erreur de fait? L'une, sans doute, doit être rendue. Mais qui aura le choix? Ne sera-ce pas le créancier, comme étant devenu à son tour débiteur? Non. *Ex æquitate* le choix sera au débiteur, pourvu toutefois que les deux choses existent encore; car si l'une d'elles a péri, il ne peut rien répéter. (*L.* 32, ff., et 10, Cod. *de Condict. indeb.*)

Par la même raison, si le débiteur croyant ne devoir que l'une des deux choses, la paye au créancier, et qu'il vienne à découvrir ensuite qu'il avoit le choix entre cette chose et une autre; il peut la répéter, en offrant de payer la seconde. Mais il faut que son erreur soit probable et de fait; *putà*, si par un premier testament, une chose a été léguée, et que par un second qui n'a été connu que long-temps après, cette même chose ait été leguée avec une autre, sous l'alternative, au même légataire.

BIU Cujas

(4) *Le choix a été déféré au créancier.* Dans ce cas, le créancier peut-il varier ? Oui, tant que le débiteur n'a pas acquiescé, ou qu'il n'a pas été obtenu jugement de condamnation contre lui.

(5) *Ou le prix de celle qui est perdue.* Le débiteur n'a pu, par son fait, préjudicier au droit que le créancier avoit de choisir.

(6) *Le prix de l'une ou de l'autre, à son choix.* Même observation que dans la note (2) ci-dessus. Cette décision ne peut s'appliquer qu'au cas où le débiteur est en faute à l'égard des deux choses. Posons la même espèce : Je dois le cheval rouge ou le noir, au choix du créancier. Le rouge périt par cas fortuit. Bien certainement, d'après le premier alinéa de l'article 1194, l'obligation est devenue déterminée pour le noir : et si le noir périt ensuite par ma faute, cette perte ne peut faire revivre mon obligation à l'égard du rouge; et le créancier ne peut me demander que le prix du noir. Si c'est, au contraire, par ma faute que le cheval rouge a péri d'abord, toujours, d'après le même principe, je dois le cheval noir ou le prix du cheval rouge. Si l'on suppose maintenant que le cheval noir vient à périr par cas fortuit, alors, d'après l'article 1302, mon obligation est éteinte, en tant qu'elle frappoit sur le cheval noir, et je ne dois plus que le prix du cheval rouge.

Il est donc évident que, lorsque les deux choses sont péries, le créancier ne peut demander à son choix le prix de l'une ou de l'autre, que lorsqu'elles sont péries toutes deux par la faute du débiteur. Si le débiteur est en faute seulement à l'égard de l'une d'elles, le créancier ne peut demander que le prix de cette chose; et la perte de l'autre, arrivée par cas fortuit, libère le débiteur de l'obligation de la livrer.

(7) *Et avant qu'il ait été mis en demeure. Secùs,* si le débiteur a été mis en demeure, sauf toutefois la distinction établie dans la note (1) ci-dessus.

(8) *La nature de la créance est en suspens.* De-là il suit aussi que, si la créance appartient à une personne dont les actions immobilières ne peuvent être intentées qu'avec de certaines formes, et que le choix soit au débiteur, il est prudent d'observer ces formes, parce qu'autrement, s'il arrivoit que le débiteur fît choix de l'immeuble, l'action se trouveroit avoir été irrégulièrement intentée.

PAGE 131.

(1) *In facultate solutioni.* Voyez des exemples d'obligations de ce genre, dans les art. 1681, 2168, etc. Dans l'art. 1681, c'est l'immeuble qui est dans l'obligation : le créancier ne peut demander que l'immeuble ; mais le débiteur a la faculté de se libérer de l'obligation de livrer l'immeuble, en payant le supplément des neuf dixièmes du juste prix. De même, dans l'art. 2168, le créancier hypothécaire ne peut poursuivre que l'immeuble qui

BIU Cujas

lui est hypothéqué; mais le débiteur a la faculté de retenir l'immeuble, en payant la créance à laquelle il est hypothéqué.

Au reste, il existe, comme il est dit dans le texte, entre cette espèce d'obligation, et celle dite *alternative*, dont il a été précédemment question, de tels rapports de ressemblance, qu'il est facile de les confondre. Nous avons fait connoître dans le texte, en quoi elles diffèrent, quant aux effets. Mais comment reconnoître si une obligation est alternative ou facultative, et s'il faut conséquemment lui attribuer les effets de l'une ou de l'autre de ces obligations? Pour éviter toute confusion à cet égard, voici une règle à-peu-près certaine pour distinguer si l'obligation est réellement, ou non, facultative. (On peut en trouver le germe dans la loi 6, §. 1, ff. *de Re judicatâ.*)

Il faut supposer que le débiteur poursuivi, fait défaut, et voir quelle est, dans ce cas, la chose à l'égard de laquelle il peut être exécuté sur ses biens. S'il peut l'être pour l'une ou l'autre des choses mentionnées dans l'obligation, l'obligation est alternative; mais s'il ne peut l'être que pour l'une d'elles, l'obligation est facultative. *Exemple :*

Le vendeur d'un immeuble demande la rescision de la vente pour cause de lésion; la rescision est prononcée. L'acquéreur, aux termes de l'art. 1681, a le choix, ou de rendre l'immeuble, ou de payer le supplément des neuf dixièmes du juste prix. Dans cet état, l'obligation paroît avoir tous les caractères d'une obligation alternative, dans laquelle le choix est au débiteur. Mais l'acquéreur ne s'explique pas: le vendeur veut faire exécuter le jugement; pourra-t-il saisir les biens de l'acquéreur pour être payé du supplément des neuf dixièmes? Non; car il n'a d'autre titre que le jugement qui a admis la rescision de la vente. Et quel est l'effet de cette rescision? c'est de donner au vendeur le droit de se faire restituer l'immeuble vendu, en rendant par lui le prix qu'il en a reçu: il ne peut donc, en vertu de ce jugement, que se faire mettre en possession de l'immeuble; donc l'objet de l'obligation est l'immeuble, et l'immeuble seul, puisque le débiteur ne peut être contraint que de livrer l'immeuble, et que c'est à l'égard de l'immeuble seul qu'il y a le *vinculum*, ou nécessité de donner; donc l'obligation est facultative.

PAGE 132.

(1) *Pourvu qu'elle soit bonne, loyale et marchande.* C'est-à-dire, qu'il ne peut l'offrir de mauvaise qualité; mais qu'il n'est pas tenu de la donner de la meilleure. (Art. 1246.)

(2) *Ordinairement :* nous disons *ordinairement;* car, dans les obligations que l'on appelle *de genre limité*, il seroit possible que tout le genre périt. Par exemple : Si j'ai contracté l'obligation de donner un cheval de mon haras, il est possible que tout mon haras périsse; et alors je suis libéré.

BIU Cujas

PAGE 133.

(1) *Mais la convention des parties*, ou la disposition de la loi. On trouve des exemples de solidarité légale, ou qui n'a que la loi pour unique cause, dans plusieurs articles des différens Codes. (*Voyez* les articles 395, 396, 1033, etc., du Code Civil, et les articles 140 et suivans du Code de Commerce.) De même, dans les lois criminelles, lorsqu'il y a plusieurs délinquans, il y a solidarité entr'eux pour le payement des frais du procès et des dommages-intérêts (*Cod. Pén.*, art. 55); et ce, quand même la condamnation seroit émanée d'un tribunal civil. *Sic* jugé en Cassation, le 6 septembre 1813 (SIREY, 1814; 1re. partie, page 57); et, effectivement, il résulte de l'art. 3 du Code d'*Instruction crim.*, que l'action civile en réparation d'un délit peut être intentée séparément de l'action publique; et par conséquent devant les tribunaux civils. Or, la qualité du tribunal ne peut préjudicier au principe de la solidarité que la partie lésée peut invoquer.

Il a été jugé en Cassation, le 11 août 1813 (SIREY, 1815; 1re. part., pag. 94), que, lorsque des experts ont été nommés par un tribunal, sur la demande des parties, ils ont une action solidaire contre chacune des parties, pour le payement de leurs honoraires.

Remarquez 1°. qu'il n'est pas nécessaire que, soit dans la convention, soit dans la loi, on ait employé les expressions *solidaire*, *solidarité*. Il suffit qu'il résulte clairement de la disposition, que l'on a voulu que chaque créancier pût exiger le total, ou que chaque débiteur pût être obligé pour le total. *Voir* un arrêt du 6 août 1622, rapporté par BOUGUIER, Lettre O, n°. 3, qui a jugé, dans l'espèce, que le mot *conjointement* équivaloit au mot *solidairement*.

2°. Que la disposition de l'art. 1202, s'applique même à la condamnation de dépens, qui ne doit point être prononcée solidairement, quand les condamnés ne sont point d'ailleurs débiteurs solidaires. *Sic* jugé en Cassation, le 20 juillet 1815. (SIREY, 1815; 1re. partie, page 249.) *Voir* sur cette question ROUSSEAUD DE LA COMBE, *verbo* DÉPENS, n°. 6.

(2) *La perpétue également à l'égard de tous les autres.* Dans une obligation solidaire entre débiteurs, le premier s'engage à payer ce que doit le second, et le second ce que doit le premier. Il suit de là que, tant que l'obligation primitive subsiste pour l'un, elle subsiste également pour l'autre. Mais si cette obligation vient à être augmentée par le fait de l'un, l'on sent que ce n'est pas une raison pour qu'elle augmente pour l'autre, qui, encore une fois, s'est engagé à payer ce que devoit son codébiteur à l'époque à laquelle l'obligation a été contractée, mais non pas ce qu'il pourroit devoir par la suite. Nous verrons l'application de ce principe dans l'art. 1205. Il s'applique également aux obligations solidaires entre créanciers. Le débiteur a promis de payer au premier ce qu'il devoit au second, et au second ce qu'il

BIU Cujas

devoit au premier. Tant que durera donc la créance du premier, celle du second durera également; de là le principe qui va être établi, que l'interruption de la prescription, par un des créanciers, profite à tous les autres, de même que l'interruption, vis-à-vis un des codébiteurs, préjudicie à tous les autres.

PAGE 134.

(1) *Profite, dans le premier cas, à tous les autres créanciers.* Si donc l'un des créanciers étoit mineur, la prescription ne courroit contre aucun des autres, jusqu'à sa majorité.

(2) *Et préjudicie, dans le second, à tous les codébiteurs.* La prescription ne peut être opposée qu'à celui qui a négligé d'exercer son droit pendant le temps fixé par la loi. Or, on ne peut dire que le créancier qui a interrompu la prescription, n'a pas exercé son droit. *Nec obstat* qu'il ne l'a exercé qu'à l'égard d'un des codébiteurs; car, d'abord, chaque codébiteur étant débiteur de toute la dette, il est vrai de dire que le créancier a exercé son droit en totalité; et, d'ailleurs, la dette étant la même pour tous, et ne pouvant subsister à l'égard de l'un, qu'elle ne subsiste à l'égard de tous, les autres codébiteurs ne peuvent invoquer une prescription qui a été interrompue à l'égard de l'un d'eux. Enfin, ce principe a même son utilité, dans l'intérêt des codébiteurs; car si le créancier étoit obligé d'interrompre la prescription à l'égard de tous, il ne manqueroit pas de le faire; et ce seroit autant de frais qui tomberoient à leur charge.

C'est d'après ces principes que l'on a jugé avec raison à Montpellier le 20 août 1810 (SIREY, 1813; 2e. part., pag. 283), que l'exécution d'un jugement par défaut, à l'égard d'un codébiteur solidaire, empêchoit, à l'égard des autres codébiteurs, la péremption de six mois établie par l'article 156 du Code de Procéd.; et à Rennes, le 24 juillet 1810 (*ibid.*, 1814; pag. 134), qu'un acte d'appel signifié à tous les débiteurs solidaires, quoique nul à l'égard de quelques-uns, mais valable à l'égard des autres, produisoit son effet, même à l'égard des premiers.

Mais un jugement obtenu contre l'un des débiteurs solidaires, seroit-il exécutoire à l'égard des autres? Non; d'abord à cause de l'article 1351, aux termes duquel la chose jugée n'a d'effet qu'entre les parties entre lesquelles le jugement a été rendu; et en deuxième lieu, parce qu'il il est très-possible que le débiteur qui n'a pas été appelé, ait des exceptions à opposer à la demande, aux termes de l'article 1208. Or, si le jugement obtenu contre un autre débiteur avoit force de chose jugée à son égard, il faudroit décider qu'il ne peut plus opposer les exceptions qu'il peut avoir; ce qui n'est pas admissible.

Mais il faut observer que la solidarité de la dette ne préjudicie point au principe que nous avons établi au Titre *des Successions*, et d'après lequel toutes les créances actives et passives d'une succession se divisent de plein droit

BIU Cujas

entre les cohéritiers. En conséquence, la dette, quoique solidaire à l'égard de chacun des codébiteurs, se divise toujours entre leurs héritiers, tellement que les héritiers de chacun d'eux doivent bien à eux tous le total de la dette, mais que chacun desdits héritiers ne doit, dans ce total, qu'une part proportionnée à sa part héréditaire. De là il suit que, si la prescription n'a été interrompue qu'à l'égard de l'un d'entr'eux, elle continue de courir au profit des autres cohéritiers, quand même la créance seroit hypothécaire (*secùs*, si elle étoit indivisible, comme nous le verrons dans la section suivante); et elle n'est interrompue à l'égard des autres codébiteurs, que pour la part dont cet héritier est tenu dans la dette. (Art. 2249.) *Exemple :* Trois mille francs me sont dus solidairement par trois personnes. Une d'elles vient à mourir, laissant quatre héritiers par portions égales. J'assigne l'un d'eux seulement. La prescription s'accomplit au profit des trois autres, qui sont en conséquence libérés, et la dette ne subsiste plus, même à l'égard des autres codébiteurs, que pour sept cent cinquante francs. Le motif de cette décision est que, la dette s'étant trouvée divisée de plein droit, il s'est formé autant de dettes différentes qu'il y avoit d'héritiers. Ils devoient, à eux quatre, la totalité des trois mille francs; mais chacun d'eux ne devoit que le quart de la dette, ou sept cent cinquante francs; et le créancier n'a pu demander que cette somme à chacun. En n'assignant que l'un d'eux, le créancier n'a donc exercé son droit que pour le quart de la dette; et comme l'on peut prescrire *le quantùm* d'une dette, comme la dette même, il s'ensuit que la prescription n'a été interrompue que pour la part que le créancier a demandée, et que la dette est éteinte pour toutes les autres parts, à l'égard desquelles il n'a pas formé de demande. Donc, pour que, dans le cas de mort de l'un des codébiteurs, la prescription soit interrompue, pour le tout, à l'égard des autres, il faut qu'elle le soit à l'égard de tous les héritiers du débiteur décédé.

Nous avons vu que l'extinction partielle de la dette avoit lieu, lorsque la prescription n'avoit été interrompue que contre un des héritiers d'un codébiteur décédé, *quand même la créance seroit hypothécaire.* En effet, l'hypothèque est bien indivisible elle-même, dans le sens que chaque partie de l'immeuble hypothéqué est affectée au payement de toute la dette; mais l'indivisibilité de l'hypothèque ne rend pas pour cela la dette indivisible. Si donc la dette est éteinte en partie, cela n'empêchera pas l'hypothèque de frapper sur la totalité des immeubles affectés; mais elle ne frappera plus que pour la portion de la dette qui subsiste encore.

Il est bien entendu, au surplus, que ces interruptions partielles ne peuvent avoir lieu, en cas de décès de l'un des codébiteurs, qu'autant que la demande n'a été formée que contre un ou plusieurs de ses héritiers; car si elle a été formée contre un des codébiteurs survivans, il est évident que la prescription est interrompue pour la totalité, et non-seulement à l'égard de tous les autres

BIU Cujas

codébiteurs vivans, mais encore à l'égard de tous les héritiers du débiteur décédé.

(3) *Il n'y auroit indivisibilité, et non solidarité.* Nous verrons, dans la section suivante, les différences qui existent entre l'obligation solidaire, et l'obligation indivisible.

(4) *Soit de la convention des parties.* Cette convention doit-elle être une, c'est-à-dire, est-il nécessaire, pour qu'il y ait solidarité, que tous les codébiteurs se soient engagés ensemble et par le même acte ? L'affirmative paroît décidée par la loi 12, ff. *de duobus Reis.* Mais il faut observer que, dans cette loi, il s'agit d'un engagement contracté par stipulation. Or, il étoit de l'essence de cette espèce de contrat, qu'il n'y eût qu'un intervalle très-modique entre la demande et la réponse. (*L.* 137, ff. *de verborum Obligat.*) Aussi, le Jurisconsulte décide-t-il dans la loi 12 précitée, non-seulement que celui qui s'est engagé le dernier, n'est pas débiteur solidaire, mais même qu'il n'est nullement débiteur. Cette subtilité étant inconnue dans notre droit, je ne verrois pas pourquoi, dans l'espèce, il n'y auroit pas solidarité dans ce même cas, c'est-à-dire, pourquoi les deux individus ne seroient pas obligés chacun à toute la dette. Il y a plus. L'on pourroit soutenir que l'obligation du total pour chacun a lieu, quand même cela ne seroit pas exprimé. En effet, l'on exige cette mention quand les débiteurs se sont engagés ensemble, parce que, de droit commun, dans ce cas, chacun n'est obligé que pour sa part. Or, ce motif ne peut s'appliquer au cas proposé où ils se sont engagés séparément, et où aucun d'eux, par conséquent, n'a pu compter sur la division de l'obligation.

(5) *De la prestation d'un legs.* (*Voyez* la loi 8, §. 1, ff. *de Legat.* 1°.), pourvu toutefois qu'il n'en résulte pas une diminution de la réserve légale, dans les cas où elle a lieu.

(6) *Ne vaut que pour sa part.* Cette disposition a introduit une grande différence entre notre doit actuel et le droit Romain. Chez les Romains, chaque créancier solidaire étoit censé, quant au débiteur, propriétaire unique de la dette ; il pouvoit donc faire tous les actes que le propriétaire unique eût pu faire, compenser, faire remise ou novation, déférer le serment, etc. Chez nous, les créanciers solidaires sont, même à l'égard du débiteur, censés mandataires l'un de l'autre, mais seulement à l'effet de recevoir le payement de la dette. Pour tout autre acte que pour le payement, le mandat cesse, et ils ne sont plus considérés que comme propriétaires chacun de leur part. Ce principe, qui est évidemment la base des articles 1198 et 1365, doit servir à décider toutes les questions qui peuvent s'élever relativement au droit de chaque créancier, sur la dette même. Ainsi, il est certain que le créancier solidaire ne peut innover ou compenser que pour sa part, etc.

BIU Cujas

PAGE 135.

(1) *A celui des débiteurs qu'il veut choisir.* Comme aussi il peut les assigner tous ensemble, et alors il les assigne devant le tribunal de l'un d'eux, à son choix. (*Procéd.* 59.)

(2) *Le bénéfice de division.* Le bénéfice de division est une exception, par laquelle une personne, poursuivie en payement du total d'une dette à laquelle elle est obligée conjointement avec d'autres personnes, peut, dans certains cas, demander que le créancier dirige son action en même-temps contre les autres coobligés, et la réduise à la part et portion de chacun d'eux. (Art. 2026.) Dans la solidarité entre débiteurs, le Code a conservé les principes du droit Romain. En conséquence, chaque débiteur est censé, à l'égard du créancier, débiteur unique du total de la dette. Il ne peut donc exiger que le créancier divise son action.

(3) *Que chacun d'eux a dans la cause de la dette.* Si donc la dette solidaire a été contractée pour une affaire qui ne concernoit qu'un seul des codébiteurs, le créancier pourra bien agir contre chacun d'eux pour le total; mais, le payement une fois fait, le débiteur que la dette concerne, sera tenu pour la totalité vis-à-vis de ses codébiteurs, qui, par rapport à lui, ne seront considérés que comme ses cautions (art. 1216), et qui, en cas d'insolvabilité de sa part, auront entre eux le recours, tel qu'il est fixé par l'article 2033.

Lorsque la dette solidaire provient d'un délit, celui qui a payé le tout, a-t-il recours contre les autres délinquans? POTHIER pensoit que, *stricto jure*, il n'auroit pas dû l'avoir, *quia nemo ex delicto suo debet consequi actionem.* Et cela est décidé ainsi par le Code Prussien, 1re. part., Tit. 3, articles 35, 36 et 37. Mais il ajoute qu'en France, dans la pratique, l'on accordoit le recours; et il en seroit certainement de même aujourd'hui. Quant à la règle de droit citée par POTHIER, elle ne me paroît pas applicable ici. Ce n'est pas le délit qui produit l'action en recours; il n'en est que la cause occasionnelle. La cause efficiente de l'action, c'est le payement fait du total par un seul des débiteurs: or, ce payement n'est pas une chose illicite.

Le débiteur qui a payé le total, peut-il réclamer les intérêts de la part que chacun d'eux doit supporter dans la dette? Oui: d'abord si la créance portoit intérêt au profit du créancier, ils continuent de courir au profit de celui qui a payé, par l'effet de la subrogation; si elle n'en portoit pas, je pense qu'ils doivent courir du jour du payement, et ce, par argument des articles 2001 et 2028. Chaque codébiteur peut être considéré, soit comme caution, soit comme mandataire de ses codébiteurs, pour la part que chacun d'eux doit supporter dans la dette. Je pense même qu'il peut exiger les intérêts, non-seulement du capital, mais encore des intérêts qu'il a payés pour la part de chacun: quant à lui, c'est un capital (art. 1155): et d'ailleurs l'on peut dire qu'en payant

BIU Cujas

il a empêché les poursuites que le créancier auroit pu faire, et qui eussent été à la charge de tous les débiteurs.

L'on a jugé en Cassation le 27 février 1816, (SIREY, 1816; 1re. partie, page 436), que la disposition de cet article 1214 n'étoit applicable qu'à celui qui avoit payé le tout par suite d'une obligation personnelle, et non à celui qui avoit été poursuivi seulement comme détenteur, lequel peut demander le tout à celui des débiteurs solidaires qu'il veut choisir. Et en effet, des co-débiteurs qui ont contracté ensemble une obligation solidaire, peuvent être regardés entr'eux, comme des associés. Il est donc juste qu'ils divisent leurs actions. D'ailleurs il résulteroit du système contraire un circuit d'actions, etc. Aucune de ces raisons ne s'applique au tiers-détenteur.

(4) *Et cela, nonobstant la subrogation légale.* (*Voyez* ci-après, chap. V, sect. 1re. §. 7, ce qu'on doit entendre par *subrogation légale.*)

Quid, s'il y a subrogation conventionnelle? Je ne pense pas que cela doive rien changer à la disposition de l'art. 1214. La subrogation, soit légale, soit conventionnelle, a toujours le même effet, celui de faire passer au subrogé, tous les droits, actions et priviléges du créancier; et si néanmoins la loi, dans le cas de l'art. 1214, a restreint l'effet de la subrogation légale, il y a même raison d'appliquer cette disposition à la subrogation conventionelle. Cette décision peut d'ailleurs être appuyée, par analogie, sur la disposition de l'art. 875.

(5) *Mais pour les priviléges et hypothèques seulement.* Ainsi, le débiteur qui a payé, ne pourra exercer les priviléges et hypothèques de la créance, que pour la part de chacun des codébiteurs.

Mais si le créancier a rendu par son fait la subrogation impossible, *putà*, s'il a laissé éteindre des hypothèques, s'il s'est laissé primer dans l'ordre des inscriptions; ne pourroit-on pas lui opposer l'exception *cedendarum actionum*, conformément à l'art. 2037? Je pense qu'oui; mais seulement dans le sens qu'il ne pourra plus exiger des autres débiteurs la part de celui contre lequel il a laissé perdre ses droits. *Sic* jugé en Cassation, le 13 janvier 1816. (SIREY, 1816; 1re. partie, page 327.)

(6) *Et successivement. Quid*, si tous les débiteurs solidaires sont en faillite, quel sera le droit du créancier dans chacune des directions? *Exemple:* Denis, Paul et Jacques sont débiteurs solidaires de Pierre pour une somme de 2000 francs. Ils font faillite tous trois. Trois directions s'établissent. Paul donne cinquante pour cent; Denis, quarante; et Jacques trente. Il sembleroit, au premier coup-d'œil, que Pierre ne dût rien perdre. Cependant il y avoit à cet égard trois opinions:

La première, qui étoit celle de SAVARY (*Parères* 13 et 48), étoit, que le créancier ne pouvoit se présenter que dans l'une des trois directions, sauf à opter celle qui lui paroissoit la plus avantageuse. Il se fondoit sur ce que le créancier ayant figuré dans une direction pour la totalité de son dû, étoit censé

BIU Cujas

avoir reçu cette même totalité, d'où il résultoit qu'il ne pouvoit plus agir contre les autres débiteurs. Cette opinion a eu peu de sectateurs.

La deuxième opinion, qui étoit celle de La Serra, Boutaric, Jousse et Pothier, étoit, que le créancier pouvoit se présenter dans les trois directions; mais qu'après avoir reçu dans la première une portion de sa créance, il ne pouvoit entrer dans les autres, que successivement, et pour ce qui lui restoit dû. D'après cette opinion, et en continuant l'espèce ci-dessus, Pierre se présente dans la direction de Paul, et y touche mille francs. Il n'est donc plus créancier que de mille francs. Il est colloqué pour cette somme dans la direction de Denis, et touche quatre cents frans; reste une somme de six cents francs, pour laquelle il est colloqué dans la direction de Jacques, et reçoit cent quatre-vingts francs : il est donc en perte de quatre cent vingt francs. Mais il paroît que cette opinion, qui étoit la plus générale, avoit été également proscrite en dernier lieu, ainsi qu'il résulte d'un arrêt du Conseil, du 24 février 1778, rapporté par Émérigon (*des Contrats à la Grosse*, chap. 10, sect. 3), lequel a cassé un arrêt du Parlement d'Aix, qui avoit jugé dans le sens de cette seconde opinion.

Le Code de Commerce a consacré la doctrine de l'arrêt du Conseil, par son article 534, ainsi conçu :

« Le créancier porteur d'engagemens solidaires entre le failli et d'autres « co-obligés qui sont en faillite, participera aux distributions dans toutes les « masses, jusqu'à son parfait et entier payement. »

Ainsi, dans l'espèce, Pierre sera colloqué dans chaque direction pour la totalité des deux mille francs qui lui sont dus. (Arrêt de Cassation du 25 janvier 1817. (Sirey, 1817, 1re. partie, page 97.) Cette manière d'opérer, qui paroît la plus conforme à l'équité, présente cependant l'inconvénient que, dans le cas où la totalité de ce qui est payé dans toutes les directions, fait plus de cent pour cent, comme dans l'espèce proposée, il arrivera que la direction à laquelle le créancier se présentera en dernier lieu, se trouvera déchargée aux dépens des autres. En effet, si Pierre eût été colloqué en premier lieu dans la direction de Jacques, il y eût pris six cents francs, tandis que, n'y étant colloqué qu'en dernier, il n'y peut prendre que deux cents francs, puisqu'on le suppose avoir reçu dix huit cents francs dans les deux premières directions.

Je pense que l'on pourroit remédier à cela, en donnant aux premières directions une action récursoire contre la dernière, pour le montant de ce qu'elle a payé proportionnément moins qu'elle. Ainsi, dans l'espèce, en faisant supporter proportionnément la dette aux trois directions, d'après la répartition arrêtée, et en faisant les calculs nécessaires, on trouveroit que la direction de Paul ne devoit payer que huit cent trente-trois francs trente-trois centimes; celle de Denis, six cents soixante-six francs soixante-sept centimes; et que celle de Jacques devoit payer cinq cents francs. Cette dernière, qui n'a réellement payé que deux cents francs, sera donc débitrice envers les deux autres de trois

BIU Cujas

cents francs, qui seront répartis, savoir: cent soixante-six francs soixante-sept centimes à la direction de Paul, et cent trente-trois francs trente-trois centimes à celle de Denis.

PAGE 136.

(1) *Ou pendant la demeure.* Mais toujours avec la distinction établie dans le premier alinéa de l'article 1302.

(2) *Les autres ne sont point libérés.* Cela dérive de la nature de la solidarité. Dès que l'obligation principale subsiste à l'égard de l'un, elle subsiste à l'égard de tous.

Quid, si la chose a péri par la faute de l'un des héritiers d'un débiteur solidaire décédé? L'obligation subsiste à l'égard des autres co-débiteurs, mais seulement pour une partie proportionnée à la part héréditaire du cohéritier qui est en faute. En effet, nous avons vu dans une note précédente, que l'obligation, quoique solidaire, se divise entre les héritiers du co-débiteur decédé. Elle ne subsiste donc, comme principale à leur égard, que pour la part de chacun. Cela est si vrai, que, dans l'espèce proposée, où la chose a péri par la faute de l'un des héritiers, les autres cohéritiers sont totalement libérés. (*L.* 48, §. 1, ff. *de Legatis*, 1°.) Le cohéritier qui est en faute, continue bien de devoir le total; mais il ne doit que sa part, en vertu de l'obligation contractée par le défunt. Le surplus, il le doit *propter culpam*, et à titre de dommages-intérêts. Or, l'article 1205 décide que les co-débiteurs ne sont point tenus des dommages-intérêts. Donc, dans l'espèce, ils ne sont tenus que de la part pour laquelle l'héritier en faute est tenu dans l'obligation principale; et ils sont libérés du surplus.

(3) *Que contre ce dernier.* Les dommages-intérêts sont la punition de la faute, qui est personnelle.

(4) *Les fait courir à l'égard de tous.* Pourquoi cette différence? Les intérêts, dans ce cas, sont vraiment des dommages-interêts. (Art. 1153.) Aussi POTHIER est-il d'un avis contraire. (*Des Obligations*, n°. 273.) Cependant la décision du Code me paroît plus juste, et même plus favorable aux débiteurs mêmes. *Plus juste*: la demande ne peut être formée qu'après l'échéance, qui ne peut être ignorée des débiteurs. Ils sont en faute de n'avoir pas payé au terme fixé par la convention. *Plus favorable aux débiteurs*: si le créancier étoit obligé, pour faire courir les intérêts contre tous, de former la demande contre tous, il en résulteroit une augmentation de frais qui seroit à leur charge.

(5) *A l'égard de tous les co-obligés.* Il faut cependant observer que la confusion, quoiqu'étant une manière d'éteindre les obligations, n'éteint cependant l'obligation solidaire, que pour la part de celui dans la personne duquel elle

BIU Cujas

s'est opérée. (Art. 1209 et 1301.) Nous en verrons le motif, lorsque nous traiterons de la confusion.

(6) *Du chef de ses co-débiteurs.* C'est l'avis de PAPINIEN. (*L.* 10, ff. *de Duobus Reis.*) Mais DOMAT avoit embrassé l'opinion contraire ; et POTHIER avoue que, dans la pratique, l'opinion de DOMAT lui semble préférable. J'ajouterai que l'opinion de PAPINIEN me paroît une pure subtilité, qui répugne même au principe de la compensation. Nous voyons, en effet, dans la loi 4, Cod. *de Compensat.*, dont la disposition a été consacrée par l'article 1290 du Code, que la compensation a lieu de plein droit, par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs, de manière que les deux dettes sont éteintes réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à-la-fois. Établissons maintenant une espèce : Pierre et Paul doivent mille francs solidairement à Jacques. Celui-ci devient héritier d'une personne qui doit mille francs à Pierre. Du moment qu'il a accepté la succession, la compensation s'est opérée de plein droit ; et conséquemment Pierre a été libéré envers lui, comme s'il l'avoit payé. Or, nous avons vu que, dans l'obligation solidaire, chacun des débiteurs s'engage à payer ce que doit son co-débiteur ; d'où il suit que l'extinction de la dette, à l'égard de l'un, entraîne la libération de tous les autres. Donc, dans la même espèce, Paul doit être libéré, ainsi que Pierre. Ajoutez que l'avis de PAPINIEN occasionne un circuit d'actions que le Code prend ordinairement grand soin d'éviter. Que l'on suppose, en effet, que Jacques assigne Paul en payement. Si celui-ci peut lui opposer la compensation de ce qu'il doit à Pierre, l'action principale est éteinte, et il ne reste plus que l'action de Pierre contre Paul, en remboursement de la moitié de la dette. Mais si la compensation ne peut avoir lieu, il en résultera que Paul sera condamné à payer les mille francs à Jacques ; qu'il agira ensuite contre Pierre pour se faire rembourser moitié de cette somme ; et enfin, que Pierre sera obligé de poursuivre Jacques en payement de la somme de mille francs, qu'il lui doit en qualité d'héritier de son débiteur. Quel circuit d'actions, et que de frais, que l'on peut éviter, en adoptant l'avis de DOMAT ! Mais cet avis peut-il se concilier avec le texte de l'article 1294 ? Cela paroît difficile. Voyons cependant si cela n'est pas possible.

D'abord, nous supposerons, pour plus grande facilité, que chacun des débiteurs, a un intérêt égal dans la dette. Cela posé, nous remarquerons que DOMAT n'a pas prétendu que, dans une espèce semblable à celle ci-dessus, Paul pût opposer la compensation, du chef de Pierre, pour la totalité de la dette, mais seulement jusqu'à concurrence de l'intérêt que Pierre a dans la dette, c'est-à-dire, dans l'hypothèse pour moitié.

« Si, par exemple, *dit-il*, un des débiteurs se trouvoit, de son chef, « créancier du créancier commun, ses coobligés pourroient demander la com- « pensation jusqu'à concurrence de la portion dont il est tenu dans la dette. »

BIU Cujas

Ainsi donc, en admettant son opinion, du moment que Jacques est devenu débiteur de Pierre, la compensation s'est opérée, autant que cela étoit possible, c'est-à-dire, pour la portion de Pierre dans la dette; dans l'espèce, pour moitié. Il est donc constant que, dès-lors, Jacques n'est plus resté créancier que pour moitié. Mais, d'un autre côté, dès que la compensation a eu tout l'effet qu'elle pouvoit avoir, elle ne peut plus être opposée. Il est donc vrai de dire que, dans ce cas, l'autre débiteur solidaire, c'est-à-dire, Paul, ne peut pas opposer la compensation *de ce qui est dû à son co-débiteur*, c'est-à-dire, des cinq cents francs que le créancier Jacques reste devoir à Pierre. Ainsi, le mot *doit*, dans l'article 1294, et dans l'espèce proposée, seroit entendu, non pas des mille francs, puisque, dans l'hypothèse, cinq cents francs sont payés par la compensation, mais seulement des cinq cents francs restans qui n'ont pu être compensés. En résumé, la dette a été éteinte pour la part de Pierre, c'est-à-dire, pour moitié. Jacques ne peut donc plus demander à Paul que cinq cents francs; et quoique Jacques soit encore débiteur de Pierre de cinq cents francs, néanmoins Paul ne pourra pas lui opposer la compensation du chef de Pierre, et sera tenu de lui payer cinq cents francs pour sa part dans la dette. L'on voit que cette manière d'entendre l'article 1294 seroit extrêmement juste, et encore plus expéditive, puisque Paul n'ayant payé que ce qu'il devoit réellement, n'auroit pas même d'action en recours à exercer contre Pierre.

Mais, dira-t-on, si l'on admet la compensation pour cinq cents francs, pourquoi ne l'admet-on pas pour mille francs ? L'on peut en donner une raison. C'est que l'on n'a pas voulu forcer Pierre de changer, malgré lui, de débiteur. Car, si l'on admettoit Paul à compenser pour les mille francs, il s'ensuivroit que Pierre n'étant tenu que pour moitié dans la dette, il auroit une action en répétition à exercer contre Paul. Or, il peut avoir intérêt à l'exercer, plutôt contre Jacques que contre Paul.

(7) *S'il intervient novation.* La novation est la substitution d'une nouvelle obligation à l'ancienne, qui se trouve en conséquence éteinte.

(8) *A moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre eux.* C'est alors le pacte *in personam* des Romains, qui ne profitoit qu'à celui en faveur de qui il avoit eu lieu. (L. 25, §. 1, ff. *de Pactis.*)

(9) *Auquel il a fait la remise.* (*Voyez* ci-après la note (6) de la page 167.)

PAGE 137.

(1) *Ou de l'obligation personnelle de celui qui a juré.* C'est-à-dire que, si le co-débiteur a juré que l'obligation n'existe pas, cela profitera à tous ses co-débiteurs, parce que la dette est la même pour tous, et que, s'il est vrai, à l'égard de l'un, qu'elle n'existe pas, cela est également vrai à l'égard des autres. S'il a juré qu'elle n'est pas solidaire, cela ôtera seulement à l'obligation le caractère de solidarité, à l'égard du débiteur qui a juré. S'il a seulement juré qu'il

BIU Cujas

n'étoit pas obligé, il sera libéré ; mais cela ne changera rien à la situation des autres débiteurs. Mais remarquez que, dans ce dernier cas, le serment prêté par lui sur la délation du créancier, ne changeroit rien au droit des autres co-débiteurs à son égard. Ainsi, quoiqu'il soit déchargé, à l'égard du créancier, soit de la solidarité dans le premier cas, soit de toute obligation dans le second, il n'en restera pas moins exposé à l'action en recours de la part de celui des autres co-débiteurs qui aura payé, si celui-ci peut prouver que l'obligation existoit réellement et solidairement à l'égard de celui qui a juré. (L. 10, ff. *de Jure-jurando.*) Le serment a la force de chose jugée : or, la chose jugée n'a d'effet qu'entre les parties entre lesquelles le jugement a été rendu.

(2) *Et elles ne profitent qu'à lui seul.* Si donc deux individus, l'un majeur, l'autre mineur, se sont obligés solidairement, et que le mineur se fasse restituer, le créancier pourra toujours agir solidairement contre l'autre. *Secùs*, si l'obligation est indivisible, d'après la maxime : *Minor relevat majorem in individuis.* (Argument tiré de l'article 710.) Exemple : Deux co propriétaires d'un fonds, dont un mineur, ont promis une servitude sur ce même fonds ; le mineur se fait restituer. Cette restitution profite au majeur, qui n'est plus obligé. En effet, il ne peut être obligé de livrer la servitude elle-même, puisqu'elle ne peut être établie que du consentement de tous les propriétaires du fonds sur lequel on veut l'établir. D'un autre côté, il ne peut être tenu des dommages-intérêts, parce que le créancier n'a droit d'en réclamer, qu'autant que l'exécution de l'obligation ne provient pas de son fait. Or, ici, cette inexécution résulte du fait du créancier lui-même, qui doit s'imputer d'avoir traité avec un mineur, dont il devoit connoître l'état et la capacité. Mais si le majeur avoit, par suite de la promesse, reçu quelque chose du créancier, il seroit tenu de le restituer, *condictione sine causâ*, ou *causâ datâ*, *causâ non secutâ.*

(3) *Résulte du concours.* Il faut donc que les trois circonstances existent simultanément. Si une seule manque, la solidarité n'est pas censée remise.

(4) *Est pour la part de tel débiteur.* En lui donnant quittance pour sa part, le créancier le reconnoît débiteur pour une part. Or, il implique contradiction d'être débiteur solidaire, et d'être débiteur d'une part.

(5) *De l'acquiescement du débiteur.* C'est toujours d'après la maxime déjà fréquemment rappelée, que *res eodem modo dissolvi debet quo fuit colligata.* La solidarité a été établie par le concours des volontés du créancier et des débiteurs. Il faut le concours des mêmes volontés pour en faire la remise.

(6) *Ou d'un jugement conforme.* Le jugement remplace ici le consentement du débiteur : *Judicis quasi contrahimus.*

PAGE 138.

(1) *Déduction faite de la portion que le débiteur déchargé a payée au créancier.* L'article dit : *déduction faite de la part du débiteur que le*

BIU Cujas

créancier a déchargé de la solidarité. Mais il est évident que l'article suppose que c'est en recevant la part du codébiteur, que le créancier l'a déchargé de la solidarité ; ce qui est effectivement le cas le plus ordinaire. Car, autrement, l'on ne voit pas pourquoi il ne pourroit pas exiger le total des autres débiteurs. Que résulteroit-il, en effet, de la remise de la solidarité, faite purement et simplement à l'un des codébiteurs ? Rien autre chose, sinon que ce débiteur ne pourroit plus être poursuivi que pour sa part. Mais, alors, qui empêcheroit le créancier d'agir contre chacun des autres codébiteurs pour le total de la dette ? En effet, puisque, lors même qu'il n'y a point de remise de solidarité, le codébiteur qui a payé le total, ne peut agir contre les autres codébiteurs, que pour la part de chacun (article 1213), il s'ensuit que, dans l'espèce proposée, le fait que la solidarité a été remise à l'un d'eux, devient pour tous les autres une circonstance indifférente, qui ne peut leur nuire, ni leur profiter. Je pense donc que si le créancier a remis la solidarité à l'un des débiteurs, mais sans recevoir sa part dans l'obligation, cela ne l'empêche pas d'agir contre chacun des autres pour le total de la dette.

(2) *Contributoirement*, c'est-à-dire, en raison de l'intérêt que chacun a dans la dette. Ainsi, supposons quatre débiteurs solidaires ayant un intérêt égal, et le montant de la dette de 12,000 francs. Le créancier reçoit la part de l'un, et le décharge de la solidarité : il ne pourra poursuivre chacun des trois autres, que pour 9,000 francs. Mais si l'un de ces trois est insolvable, alors la part qu'il devroit supporter dans la dette, ou 3,000 francs, se repartit entre les deux autres, et celui qui a été déchargé de la solidarité. Mais dans quel sens faut-il entendre cette répartition? est-ce dans le sens que le créancier pourra toujours demander 9,000 francs à chacun des deux autres, mais que celui qui aura payé, aura son recours pour 4,000 fr., contre le débiteur non déchargé, et pour 1,000 francs contre le débiteur déchargé ; ou dans le sens que le créancier ne pourra demander que 8,000 francs à chacun des deux autres, et qu'il supportera la part des 1,000 francs qui auroient été à la charge du troisième, s'il n'eût pas été déchargé de la solidarité ? L'article 1215 paroît favoriser la première de ces opinions ; cependant il me semble qu'elle est contraire aux principes. En effet, on ne doit pas présumer que le créancier, en faisant remise de la solidarité, ait entendu faire un acte inutile. Or, il en seroit ainsi, en donnant ce sens à l'article 1215 ; car, quel est en définitif le but de la remise de la solidarité ? c'est de faire que le débiteur déchargé soit entièrement quitte en payant sa part, et ne soit point tenu de l'insolvabilité des autres débiteurs. Ce n'est même à-peu-près que dans la prévoyance de ce cas, que la remise a lieu ; car si tous sont solvables, en définitif, il ne payeroit toujours que sa part. Donc, pour que cette remise puisse avoir son effet, il faut décider qu'il n'est point tenu des parts des insolvables, qui restent conséquemment à la charge du créancier, pour la portion qui auroit dû être payée par le débiteur déchargé.

BIU Cujas

(3) *N'ait duré dix ans consécutifs.* Il est difficile d'expliquer comment le fait que les arrérages ont été reçus divisément pendant dix ans, peut anéantir la solidarité pour le capital. L'on pensoit anciennement qu'il falloit que les arrérages eussent été reçus divisément pendant trente ans, pour que la solidarité fût censée éteinte, mais même encore seulement à l'égard des arrérages futurs, et non à l'égard du capital.

(4) *Qu'il ne peut y avoir le plus souvent.* Je dis *le plus souvent*, parce qu'il peut arriver que la divisibilité de la dette ait lieu du vivant du créancier et du débiteur. Si, par exemple, elle a été contractée par plusieurs débiteurs, ou envers plusieurs créanciers, sans solidarité de part ni d'autre, nous avons déjà fait observer que chacun des débiteurs ne pouvoit en être tenu, et que chacun des créanciers ne pouvoit en exiger le payement, que pour sa part. De-là la règle, que le droit d'accroissement n'a pas lieu, en général, dans les contrats et les actes entre-vifs.

Il y a des cas dans lesquels plusieurs personnes ne doivent être considérées que comme une seule. Ainsi, le tuteur de plusieurs mineurs, qui intervient pour eux dans un contrat avec d'autres personnes, n'est considéré que comme une seule personne, quel que soit le nombre de ses pupilles, à moins qu'il ne résulte des circonstances, que chacun d'eux doive avoir une part égale à celle de chacune des autres parties. Quant au mari et à la femme, intervenant ensemble dans le même contrat, ce sera également d'après les circonstances, que l'on décidera s'ils doivent être considérés comme une ou deux personnes.

Remarquez que, lorsqu'il y a lieu à division, elle se fait le plus souvent par portions égales : mais il peut y avoir des exceptions. Ainsi, j'ai fait des dépenses pour l'utilité d'un fonds appartenant à plusieurs propriétaires. J'ai action contre chacun d'eux, au prorata de la part qu'il a dans la propriété du fonds. Mais s'il y a contestation, et qu'ils soient condamnés aux dépens, ils devront chacun une part égale des dépens, parce que la condamnation aux dépens a seulement pour but de punir la témérité qu'ils ont eue de plaider ; témérité qui est égale de la part de tous, et qui est indépendante de leurs droits dans la chose qui donne lieu à la contestation.

Page 139.

(1) *Est susceptible de cette dernière espèce de division.* Mais comment distinguer la chose qui n'est divisible qu'intellectuellement, de celle qui est réellement indivisible? Je crois que l'on peut, pour y parvenir, établir la règle suivante : supposez la chose possédée par plusieurs propriétaires : si chacun d'eux retire de la chose autant d'avantage que s'il étoit propriétaire unique, la chose est indivisible. Dans le cas contraire, elle est divisible, au moins intellectuellement. Appliquons ceci à des exemples. Soit un droit de passage possédé par quatre personnes : il est certain que chacune d'elles retire de ce

BIU Cujas

droit autant d'avantage, que si elle étoit propriétaire unique, puisque l'exercice du droit par l'une d'elles ne préjudicie en rien à l'exercice du même droit par l'autre. Un droit de passage est donc une chose réellement indivisible. Peut-on en dire autant d'un cheval appartenant à quatre personnes ? Non, sans doute. Si les quatre propriétaires s'en servent chacun un jour, chacun d'eux en est privé pendant trois jours. S'ils s'en servent ensemble, chacun d'eux ne pourra lui faire porter que le quart de la charge. Un cheval est donc une chose divisible intellectuellement.

Quant à l'obligation de faire, pour juger si elle est divisible ou non, il faut prendre l'inverse, c'est-à-dire, supposer plusieurs débiteurs, et un créancier unique. Si l'acquittement partiel de l'obligation procure au créancier le même avantage que s'il avoit une part proportionnelle dans la chose toute faite, l'obligation est divisible ; sinon, elle est indivisible. *Exemple :*

Soit l'obligation de bâtir une maison de deux étages sur un terrain donné, contractée par quatre personnes. Supposons maintenant que l'une d'elles prétende avoir acquitté son obligation, en bâtissant un demi-étage. Il est évident que cette construction ne procurera pas, à beaucoup près, au créancier, le même avantage que s'il avoit le quart au total, dans une maison de deux étages, entièrement achevée. L'obligation de bâtir une maison est donc indivisible.

Soit maintenant l'obligation de façonner dix arpens de terre, contractée par quatre personnes. Si l'une d'elles en a façonné deux arpens et demi pour sa part, il est certain que le créancier a, dès-lors, le même avantage qu'il auroit, s'il avoit un quart dans dix arpens de terre façonnés ; donc cette dernière obligation est divisible.

J'avoue que cette matière est assez difficile, quoiqu'en général l'application n'en soit pas fréquente. C'est pourquoi j'ai pensé qu'il valoit mieux l'éclaircir par des règles à-peu-près sûres, et par des exemples à la portée de tout le monde, que de conduire les étudians dans les détours d'une métaphysique obscure, où le maître lui-même peut s'égarer facilement.

(2) *Telle est l'obligation de bâtir une maison.* On peut concevoir l'obligation de bâtir une maison, contractée par partie, si, par exemple, l'on a fait marché avec un maçon pour la maçonnerie, avec un menuisier pour la menuiserie, avec un charpentier pour la charpente, etc. De même l'on pourroit, à la rigueur, convenir avec trois personnes, que chacune d'elles bâtiroit un étage. Mais lorsque l'obligation est tout simplement de bâtir une maison de trois étages, nous avons vu dans la note précédente, que l'exécution partielle de cette obligation n'étoit pas aussi utile au créancier, que s'il avoit une part dans la maison toute bâtie ; d'où nous avons conclu que cette obligation est indivisible.

(3) *Ne rendroit pas pour cela l'obligation indivisible.* Elle l'est si peu ;

BIU Cujas

que, si le créancier venoit à mourir, chacun de ses héritiers ne pourroit demander que sa part, et le débiteur ne pourroit même faire de payement valable à chacun d'eux que pour sa part.

PAGE 140.

(1) *Ainsi que nous l'avons vu précédemment. Voyez* au 1^er^. vol. la note (8) de la pag. 167, *in fine.*

(2) *Que pour la part dont ils sont saisis dans la succession de leur auteur:* par conséquent, pour leur part héréditaire, et non pour leur part virile, comme semble le dire l'article 873. Si donc le créancier et le débiteur sont morts tous deux, la dette se divise en raison composée du nombre de leurs héritiers à tous deux. Si l'un en a deux, et l'autre trois, chacun des héritiers du débiteur est tenu pour un sixième de la dette, envers chaque héritier du créancier; et cela, soit dans le for extérieur, soit dans le for intérieur.

Quid, si la dette est de plusieurs choses conjointement? Il faut distinguer: S'il s'agit de deux choses déterminées, la division se fait par parties de chacune des choses qui sont dans l'obligation. Si donc l'obligation est de tel et de tel fonds, et que le créancier laisse quatre héritiers, chacun d'eux ne pourra réclamer que le quart de chacun des deux fonds, et non pas la moitié de l'un des deux. Car il est possible que la valeur des deux fonds soit très-différente. Mais si la dette est de deux choses indéterminées, comme de deux arpens de terre, la division se fait numériquement; et chaque héritier pourra réclamer un demi-arpent.

PAGE 141.

(1) *Lorsque l'un des héritiers est chargé seul, par le titre, de l'exécution de l'obligation.* Faut-il conclure de là que le débiteur et le créancier pourroient, par une stipulation particulière, convenir qu'un des héritiers du débiteur sera seul chargé de l'exécution, sans recours contre ses cohéritiers? Je ne le pense pas. La loi 56, §. 1, ff. *de verborum Obligat.*, décide formellement la négative. En effet, cette convention est, à l'égard de l'héritier, *res inter alios acta. Nec obstat*, que l'héritier est tenu des engagemens du défunt: car il n'en est tenu que pour sa part; pour le surplus, il est réellement personne étrange, et susceptible de l'application de l'article 1119. Dira-t-on que le défunt est censé s'être porté fort pour son héritier? Mais nous avons vu que cette clause n'oblige en rien la personne pour laquelle on s'est porté fort: seulement, si elle ne ratifie pas, celui qui s'est porté fort, doit être condamné aux dommages-intérêts; mais cette condamnation même, dans l'espèce, se diviseroit entre tous les héritiers; et l'héritier compris dans la clause n'en seroit tenu que pour sa part. Dira-t-on que c'est une condition imposée à l'héritier? Mais une pareille condition, qui change les règles ordinaires relatives au

BIU Cujas

payement des dettes entre cohéritiers, est une véritable disposition de la succession, qui ne peut avoir lieu que par testament.

Je pense donc que cette disposition du Code doit être entendue du cas où le titre de l'obligation est lui-même un testament; si, par exemple, le défunt, en faisant un legs, a chargé spécialement un de ses héritiers de l'acquitter en total. Il est certain que, si cet héritier n'est pas légitimaire, ou si le legs n'entame pas la réserve, le légataire a action, pour le total, contre l'héritier désigné.

Il en seroit de même si, postérieurement à la mort du débiteur, un des héritiers s'étoit chargé seul de l'acquittement de la dette, soit par le partage, soit par une convention particulière faite avec le créancier; alors, cet héritier peut être poursuivi pour le total, sauf son recours, s'il y a lieu.

Mais ce que nous venons de dire ne contrarie-t-il pas la décision que nous avons donnée ci-dessus, note (8) de la pag. 121, qu'un débiteur peut stipuler de son créancier, que celui-ci ne poursuivra pas l'exécution de l'obligation contre tel de ses héritiers? Non; car nous avons ajouté en même temps que cette stipulation n'empêchoit pas le créancier de poursuivre l'exécution contre les autres héritiers, chacun pour leur part. Il n'y a donc personne, dans cette espèce, qui puisse attaquer la stipulation. Le créancier ne le peut pas, puisque ce seroit revenir contre son propre engagement. Les autres héritiers ne le peuvent pas davantage, puisque leur condition ne se trouve pas pire qu'elle eût été, si la stipulation n'eût pas eu lieu. Ainsi l'héritier en profitera, *non tàm jure proprio, quàm defectu juris alieni.* Dans l'espèce de la présente note au contraire, il résulteroit de la stipulation un véritable avantage au profit de plusieurs des héritiers, au préjudice d'un seul. Celui-ci a donc intérêt de se plaindre, et d'en demander la nullité. Or, cet intérêt suffit pour lui en donner le droit.

Il est bien entendu que les parties peuvent convenir que la dette ne pourra être acquittée partiellement, ainsi que nous l'allons voir: et alors chacun des héritiers du débiteur est tenu de s'entendre avec ses cohéritiers, pour payer le tout à la fois, ou de le payer lui-même sauf son recours. Mais l'on sent qu'il y a loin de là à la stipulation qui assujettiroit l'un des héritiers, et sans recours, à l'acquittement total de l'obligation.

(2) *Quand même toutes les choses comprises dans l'obligation, seroient divisibles.* Le n°. 3 de l'article 1221 dit que le principe de la divisibilité entre les héritiers du débiteur, reçoit exception, *lorsqu'il s'agit de la dette alternative de choses au choix du créancier, dont l'une est indivisible.* Mais il est évident que cette rédaction n'est pas tout-à-fait exacte. En effet, pour que l'on puisse dire qu'il y a exception au principe de la divisibilité, il faut qu'il s'agisse d'une obligation divisible, qui ne se divise pas entre les héritiers du débiteur: or, c'est ce qui n'est pas dans l'espèce du n°. 3 de l'article 1221; car, ou le créancier choisira la chose divisible, et alors l'on appliquera le prin-

BIU Cujas

cipe des obligations divisibles sans modification, et chaque héritier du débiteur ne sera tenu que pour sa part; ou le créancier choisira la chose indivisible, et alors l'on appliquera le principe des obligations indivisibles. Mais dans l'un ni dans l'autre cas, il n'y a exception au principe des obligations divisibles. J'ai donc cru devoir laisser subsister la rédaction, telle qu'elle est dans mes Institutes, qui est conforme à celle de POTHIER, nº. 312, et qui contient réellement une exception au principe de la divisibilité.

(3) *Soit de la nature de l'engagement.* Si, par exemple, il a été convenu que, même en cas de décès, l'obligation ne pourroit être acquittée partiellement.

PAGE 142.

(1) *Soit de la chose qui en est l'objet.* Telle est l'obligation de livrer un cheval, une voiture, ou autres choses qui ne peuvent se diviser sans être détruites.

(2) *Soit de la fin que les parties se sont proposée.* Par exemple, l'obligation de livrer une pièce de terre de grandeur suffisante pour y bâtir une grange de telle contenance, de payer une somme de trois mille francs dont le créancier a besoin pour sortir de prison, etc. Telle est aussi l'obligation que le vendeur contracte de livrer et de garantir, et ce quand même la chose vendue seroit divisible. (L. 85, §. 5, et L. 139, ff. *de verbor. Obligat.*) *Voyez* ci-après les notes sur le Titre *de la Vente*.

(3) *Sauf son recours contre ses cohéritiers.* POTHIER, nº. 316, avoit dit que le créancier devoit former sa demande contre tous les héritiers, et pour la part de chacun; mais que nul d'entre eux ne pouvoit payer, ni même offrir, valablement sa part, qu'autant que les cohéritiers payeroient, ou offriroient la leur en même temps. Le Code a décidé, au contraire, que la demande peut être formée valablement contre un seul, sauf recours, s'il y a lieu. Il faut avouer que la décision de POTHIER est plus conforme aux véritables principes. Nous avons prouvé ci-dessus, note (1), de la page précéd., que le débiteur et le créancier ne pouvoient changer, par leurs conventions, la nature de l'obligation de l'héritier; qu'il résulteroit de là une modification du droit de succession, modification qui ne peut avoir lieu que par testament. Ici le Code semble décider le contraire, puisqu'il paroît obliger les héritiers solidairement, et donner au créancier le droit de poursuivre l'un d'eux pour le total, sauf recours. J'ai peine à croire, cependant, que l'intention du Législateur ait été d'établir une véritable solidarité, et de rendre, par suite, l'héritier poursuivi, responsable de l'insolvabilité de ses cohéritiers. Car, encore une fois, ce seroit une disposition de la succession, une dérogation au droit de l'héritier, qui ne peut être faite par une convention. Je ne pense pas non plus que l'interruption de la prescription à l'égard de l'un des héritiers, l'interrompe également à l'égard

BIU Cujas

de tous. Mon opinion seroit donc que ces mots, *chaque héritier peut être poursuivi pour le tout*, doivent s'entendre dans le sens, qu'il ne peut s'acquitter partiellement, et que, s'il veut se libérer, il est obligé, ou de s'entendre avec tous ses cohéritiers pour qu'ils payent le total, ou de le payer lui-même; tellement que, jusqu'à ce que ce payement soit fait, il peut être poursuivi, sauf cependant l'insolvabilité de ses cohéritiers, dont il ne doit pas être responsable. Je fonde cette interprétation, d'abord sur les principes énoncés ci-dessus, et dont rien n'annonce que le Législateur ait voulu s'écarter; et ensuite, sur les paroles du Législateur lui-même, qui dit formellement, dans le discours de présentation du Titre *des Obligations*, que, dans le cas proposé, ce n'est pas l'obligation qui est à la charge de l'héritier, mais seulement le payement. Or, si l'insolvabilité du cohéritier étoit pour le compte de celui qui a payé, l'obligation seroit à sa charge. (*Voyez* en outre ci-après la note (3) de la page 146.) Au surplus, dans tous les cas, l'héritier poursuivi fera prudemment de mettre en cause ses cohéritiers, afin de faire prononcer sur l'action en recours par le même jugement. Autrement, si ses cohéritiers venoient à contester la dette, et à prouver qu'ils avoient de bonnes raisons de se refuser au payement, il seroit déchu du recours; et il ne lui resteroit que l'action en répétition contre le créancier, action qui pourroit devenir nulle par l'insolvabilité de ce dernier.

Remarquez que, dans tous ces cas, l'espèce d'indivisibilité qui résulte des dispositions de la loi, n'a lieu qu'à l'égard des héritiers du débiteur. Si c'est au contraire le créancier qui est mort, la créance se divise de plein droit entre ses héritiers, dont chacun ne peut demander que sa part, et à chacun desquels le débiteur ne peut payer que sa part, sauf à eux à s'entendre pour recevoir le payement, si la chose ne peut physiquement se diviser, ou ne le peut sans inconvénient.

(4) *Lorsque la dette est devenue divisible par sa mort:* Si, par exemple, un seul des héritiers a acquis les parts, ou est devenu lui-même héritier, de tous les autres. (*Discours de l'Orateur du Gouvernement.*) L'on opposera peut-être à cette décision, que le fait de la réunion, dans une seule main, de toutes les parts de la créance, ne peut préjudicier au droit que le débiteur avoit acquis, de payer la dette par partie. Mais il faut remarquer que la divisibilité entre les héritiers du créancier n'est pas établie dans l'intérêt du débiteur, mais des héritiers eux-mêmes, auxquels il importe de recevoir chacun directement leur part dans la dette. De même, la divisibilité entre les héritiers du débiteur n'est pas établie en faveur du créancier, mais des héritiers eux-mêmes, qui ont intérêt à se libérer chacun séparément; donc, quand ces divers intérêts cessent d'avoir lieu, la divisibilité doit cesser également d'avoir son effet. (MONTVALLON, *des successions*, chap. 3, art. 47.) Il en seroit autrement, si la dette avoit été divisée dès le principe; *putà*, si elle avoit été con-

BIU Cujas

tractée par plusieurs personnes, ou avec plusieurs personnes. Dans ce cas, ce sont autant de dettes ou de créances différentes, sur le payement séparé desquelles, chaque débiteur a pu compter dès le principe. Sa condition ne doit pas empirer, parce qu'il a plu à l'un des créanciers, par exemple, d'acheter les parts de tous les autres.

(5) *Peut en exiger le payement pour la totalité.* Remarquez que, malgré qu'une chose indivisible ne puisse être payée par parties, cependant la donation de cette même chose peut être réduite, s'il y a lieu. Si, par exemple, une servitude a été léguée, et que, la réserve se trouvant entamée, il y ait lieu à réduire les legs, on estimera le préjudice que l'imposition de la servitude doit causer au fonds assujetti; et le légataire ne sera mis en possession de la servitude, qu'en payant une part dans l'estimation, proportionnée au retranchement général. (*Voyez* ci-dessus la note (3) de la page 64.)

PAGE 143.

(1) *Que pour la part dont cet héritier est tenu.* (*Voyez* ci-dessus la note (2) de la page 134.)

(2) *Mais encore, et pour le total, etc,* Le créancier ayant pu demander la totalité à chacun des cohéritiers, et l'ayant demandée en effet à l'un, on ne peut dire qu'il n'a pas usé de son droit, et qu'il n'en a pas usé pour la totalité.

(3) *Ne soit de nature à ne pouvoir être acquittée que par lui.* Si, par exemple, il s'agit d'un droit de servitude à imposer sur un héritage qui lui a été abandonné par le partage, à la charge qu'il souffriroit la servitude.

Nous disons *à la charge qu'il souffriroit la servitude;* car, sa seule qualité de détenteur ne lui ôteroit pas le droit de demander la mise en cause de ses cohéritiers, ne fût-ce que pour savoir s'ils ont intention de contester la demande, s'ils n'ont pas de moyen valable à opposer au créancier, etc.

(4) *L'acquittement total de l'obligation.* Ainsi, le débiteur ne pourroit se libérer en offrant le restant du prix aux cohéritiers qui n'ont pas fait la remise. Chacun d'eux est créancier de la chose, et non du prix; et celui qui a fait la remise, n'a pu préjudicier au droit des autres héritiers. Les mêmes dispositions ont lieu, lorsque le débiteur est devenu héritier partiel du créancier.

Quid, si la remise a été faite par le créancier à l'un des héritiers du débiteur? Je pense que, dans ce cas, l'obligation est éteinte. (Argument tiré des art. 1284 et 2249.)

(5) *De la valeur.* Mais si, par exemple, l'obligation est de fournir une servitude, comment sera déterminée la valeur de la portion de celui qui a fait la remise? Sera-ce d'après l'avantage que l'établissement de la servitude procure au fonds dominant, ou d'après le préjudice qui en résulte pour le fonds servant? Cela peut être très-important. Il est possible qu'un droit de vue ou de passage soit peu préjudiciable au fonds servant, et en même

BIU Cujas

temps très-utile au fonds dominant. Je pense que la valeur doit être estimée relativement au fonds dominant. En effet, si l'on suppose que celui qui a promis la servitude, s'est mis par son fait dans l'impossibilité de remplir son obligation, il sera condamné aux dommages-intérêts. Or, comment s'estimeront-ils, si ce n'est d'après l'avantage qui seroit résulté pour le fonds dominant de l'établissement de la servitude? (Art. 1149.) Si dans cet état, le créancier lui faisoit remise de l'obligation, cette remise devroit être supposée d'une valeur égale aux dommages-intérêts, c'est-à-dire, à la valeur de la servitude calculée dans ses rapports avec le fonds dominant. Donc l'estimation, dans l'espèce, doit avoir lieu dans le même sens: *nec obstat*, ce qui est dit ci-dessus note (5) de la page précéd.; car il s'agit dans cette note d'une donation qui doit être réduite pour compléter la légitime. Or, il résulte des principes de la matière, que l'on ne doit pas considérer, dans ce cas, l'avantage que le donataire a pu retirer de la donation; mais seulement le préjudice qu'elle a causé au donateur, et la diminution qui en est résultée dans ses biens.

PAGE 144.

(1) *L'obligation pénale l'est également.* Si, par exemple, l'obligation principale est absolument ou physiquement impossible. Il n'en seroit pas de même si la nullité de l'obligation principale provenoit du défaut de lien. Car alors ce défaut se trouvant suppléé par la clause pénale, l'obligation principale devient valable, et, par suite, la clause pénale l'est également. Si donc je stipule de vous que vous donnerez votre maison à Pierre, et que, dans l'hypothèse, je n'aie aucun intérêt pécuniaire à ce que cette stipulation ait lieu, votre obligation est nulle par défaut de lien, puisque vous pouvez y contrevenir impunément. Mais si j'ajoute que, si vous ne donnez pas votre maison à Pierre, vous me donnerez dix mille francs, les deux obligations deviennent valables, l'une comme principale, et l'autre comme accessoire. (*Voyez* ci-dessus, la note (3) de la page 121.)

(2) *Il ne peut demander en même temps le principal et la peine. Quid*, si j'ai stipulé une clause pénale de Pierre, dans le cas où il reviendroit contre un acte antérieurement souscrit par lui? Il est certain que, si le premier acte étoit rescindable, la clause pénale consentie par Pierre équivaut à une ratification. Dans cette circonstance, pourrai-je, si Pierre demande la rescision de l'acte, lui opposer cette ratification, et après que je l'aurai fait déclarer non-recevable, exiger encore l'exécution de la clause pénale? Ne seroit-ce pas demander en même temps le principal et la peine? Les lois Romaines paroissent se contredire sur ce point. La loi 10, §. 1, ff. *de Pactis*, décide que, si le créancier a opposé l'exception du pacte, il ne peut demander la peine. Le contraire semble décidé par la loi 122, §. 6, ff. *de verbor. Obligat.*, et autres. Je pense néanmoins que ces différentes lois peuvent se concilier

BIU Cujas

par une distinction, qui, en même temps, contiendra la réponse à la question proposée.

Ou la clause pénale a eu pour motif d'indemniser le créancier du dommage que pourroit lui causer la rescision de l'acte, ou seulement de lui éviter un procès. Dans le premier cas, si le créancier a opposé l'exception du pacte de ratification résultant de la clause pénale, il ne pourra plus demander l'exécution de cette même clause; car, puisque nous supposons que la stipulation pénale avoit pour principal motif d'empêcher l'annullation de l'acte, la non-annullation est donc, dans ce cas, le principal. Or, lorsqu'en opposant le second pacte, le créancier a obtenu que le premier contrat ne seroit pas annullé, il a le principal. Il ne peut donc exiger la peine. C'est le cas de la loi 10, §. 1, *de Pactis.*

Mais lorsque la clause pénale a eu pour motif d'éviter un procès, dès que le procès a eu lieu, le créancier n'a pas obtenu le principal; il peut donc exiger la peine. Mais comment reconnoîtra-t-on quel a été le but des parties, quand elles ont consenti la clause pénale? L'on se décidera principalement par la nature de l'acte pour le maintien duquel la clause pénale a été ajoutée. Si, par exemple, cet acte est une transaction; comme la transaction suppose dans les parties le désir d'éviter les procès, désir qui les a portées à faire des sacrifices mutuels pour y parvenir, on présumera facilement que la clause pénale a eu pour motif d'empêcher même toute contestation. C'est l'espèce de la loi 122, §. 6, ff. *de verborum Obligationibus*, qui doit être entendue dans le sens de la loi 16, ff. *de Transactionibus.* (*Voir* à ce sujet l'art. 2047 du Code, et, au 3e. vol. la note (12) de la page 133.)

PAGE 145.

(1) *Du moment qu'il y a demeure.* Pour connoître quand le débiteur est en demeure, voir le chapitre suivant, sect. 1re.

(2) *Aussitôt que la chose a été faite.* Mais si la chose, quoique faite, n'a pas eu d'effet, la peine peut-elle être exigée? Cette question doit être décidée d'après l'intention des parties, relativement à ce qui fait l'objet du contrat. Ainsi, vous avez une maison voisine de la mienne; et je stipule de vous, que vous ne pourrez la louer à un ouvrier à marteau. Vous la louez à un serrurier. Mais par un événement quelconque, le bail reste sans effet; la peine n'est pas due, parce que ce n'est pas l'acte du bail que j'ai eu en vue, mais seulement l'incommodité que pourroit me causer le voisinage de l'ouvrier. (*Voir* la loi 6, ff. *de Servis exportandis.*) Mais si, comme il a été dit dans l'avant-dernière note, j'ai stipulé de vous une peine, dans le cas où vous reviendriez contre une transaction faite entre nous, que vous l'ayiez effectivement attaquée, mais que vous ayiez perdu votre procès, la peine ne sera pas moins

BIU Cujas

due, parce que c'étoit l'embarras et l'inquiétude que donne un procès, que je voulois éviter. C'est la décision de la loi 122, §. 6, ff. *de verbor. Obligat.*

(3) *Tellement qu'il n'est pas même au pouvoir du juge d'y rien ajouter ou retrancher.* Cela est rigoureux, mais juste. D'ailleurs, on a voulu éviter l'arbitraire.

Il faut excepter cependant le cas où l'obligation principale seroit de payer une somme d'argent. Il ne peut alors être stipulé une peine supérieure à l'intérêt légal (article 1153): et si elle a été stipulée, elle doit être réduite à ce taux.

(4) *Car si l'obligation principale étoit exécutée en partie.* Cela ne contredit pas le principe posé dans l'art. 1244, portant que le débiteur ne peut faire de payement partiel. Car, d'abord, il peut en faire avec le consentement du créancier. En deuxième lieu, il est possible, et c'est même le cas le plus fréquent lorsqu'il y a une clause pénale, que l'obligation principale soit une obligation de faire. Or, cette obligation ne pouvant s'accomplir ordinairement que par succession de temps, il peut arriver que le débiteur n'ait fait que le tiers ou le quart de ce qu'il s'étoit obligé à faire, et qu'il y ait lieu en conséquence à appliquer l'art. 1231.

Remarquez qu'il est possible que l'obligation principale soit indivisible sous quelque rapport, et que cependant, par le fait, elle ait été exécutée en partie; ce qui peut avoir lieu, si, par exemple, il s'agit d'une servitude divisible *effectu*, comme il a été dit au 1^er^. vol., note (8) de la page 167, *in fine*. Dans ce cas, si la fin pour laquelle la servitude a été stipulée, se trouve remplie en partie, la peine ne sera due que pour partie.

(5) *Il pourroit:* cela est laissé à l'arbitrage du juge. Il pourroit se faire que l'obligation principale fût accomplie en grande partie, et que cependant le créancier eût droit d'exiger toute la peine. Ce sera principalement dans le cas où la chose, qui est l'objet de l'obligation, ne peut être d'aucune utilité, tant qu'elle n'est pas entièrement finie. Ainsi, étant sur le point de déménager, j'ai stipulé d'un architecte qu'il me bâtiroit une maison de telle et telle manière, et qu'il me la livreroit à telle époque, sous telle peine. Il est clair que la peine pourra être exigée en totalité, si la maison n'est pas logeable à l'époque désignée, quand même elle seroit très-avancée, parce qu'en effet, pour celui qui veut se loger, une maison qui n'est pas logeable, est comme si elle n'existoit pas.

(6) *Et pour la part seulement. Quid*, si la peine elle-même est indivisible, quoique l'obligation principale soit divisible; *putà*, il a été stipulé que telle chose divisible seroit faite, et que, dans le cas de non-exécution, il seroit accordé au créancier, à titre de dommages-intérêts, un droit de vue ou de passage? Dans ce cas, la peine peut être exigée en totalité, mais à la charge par le créancier de tenir compte à qui de droit, de la valeur de la servitude,

BIU Cujas

pour les parts de ceux qui ont exécuté l'obligation principale. (Argument tiré de l'art. 1224.)

(7) *Pour donner lieu à l'application de la peine en totalité.* Dès que l'obligation primitive est indivisible, il suffit qu'un des héritiers contrevienne, pour que le créancier soit privé en totalité du bénéfice de l'obligation, et ait conséquemment le droit de demander le total de la peine.

Quid, si, dans le cas d'une obligation principale indivisible, la contravention a eu lieu à l'égard de l'un des héritiers du créancier seulement; *putà*, c'est un droit de passage qui a été promis; et un seul des héritiers a été empêché de passer? La loi 2, §. 6, ff. *de verbor. Obligat.*, décide que, *stricto jure*, la peine devroit pouvoir être exigée en totalité, mais que cependant *ex æquitate*, elle ne peut être réclamée que par celui à l'égard duquel il y a eu contravention, et pour sa part héréditaire seulement.

Page 146.

(1) *Par chacun des cohéritiers, pour leur part et portion.* Mais, dira-t-on, il est de principe que la perte de la chose due, quoique causée par le fait de l'un des cohéritiers, libère tous les autres (L. 48, §. 1, ff. *de Legatis*, 1°.); et cela, *dit-on*, parce que les héritiers sont bien tenus des faits du défunt, mais non pas des faits de leurs cohéritiers. Il sembleroit donc que, dans l'espèce de l'art. 1252, l'opposition de l'un des héritiers rendant impossible l'exécution de l'obligation, les autres cohéritiers devroient être libérés.

L'on peut répondre à cette objection, que l'impossibilité d'exécuter l'obligation ne libère le débiteur, ainsi que nous l'avons vu, qu'autant qu'elle est absolue : car si elle est relative, c'est-à-dire, si la chose est possible en soi, quoiqu'elle soit impossible au débiteur, celui-ci est tenu. Or, dans l'espèce où il s'agit, par exemple, de la livraison d'un fonds, promise dans un délai déterminé, sous une peine quelconque, livraison à laquelle se refuse l'un des cohéritiers, il est évident que la chose n'est pas absolument impossible, puisqu'elle seroit exécutée sans cette opposition. Donc cette opposition ne doit pas libérer les autres cohéritiers, puisque le testateur lui-même, s'il vivoit, ne seroit pas libéré par le fait d'un étranger qui l'auroit empêché de remplir son obligation.

(2) *Directement et pour la totalité.* On donne cette faculté au créancier, pour éviter le circuit d'actions.

(3) *Ne pût cependant être exécutée partiellement.* Exemple : Vous me fournirez cent pièces de vin, d'ici à tel temps, en une seule livraison; sinon, vous me payerez 300 francs. Cela rentre absolument dans l'espèce des notes pénultième et antépénultième ci-dessus, et confirme l'interprétation que nous avons donnée, note (3) de la page 142. Car ici, il est dit formellement, que l'intention des parties a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement; et cependant

BIU Cujas

le créancier n'a réellement l'action *in solidum*, que contre le cohéritier qui a empêché l'exécution ; et il n'a d'action contre les autres, que pour la part et portion de chacun. Ces derniers ne sont donc point responsables de leur insolvabilité respective.

(4) *De l'effet des obligations conventionnelles.* Quoiqu'il paroisse n'être question ici que des obligations *conventionnelles*, cependant les principes contenus dans ce chapitre, sont généraux, et s'appliquent également aux obligations qui se forment sans convention, en tant qu'elles en sont susceptibles.

(5) *Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel.* Nous verrons au chapitre V, comment, et dans quels cas le consentement contraire peut éteindre l'obligation.

(6) *Auxquels elles ne peuvent jamais nuire.* On excepte de cette disposition les contrats d'atermoiement, dits actuellement *Concordats*, dans lesquels la majorité, en nombre, des créanciers, réunissant les trois quarts en sommes, peut forcer la minorité de consentir aux remises et conditions consenties par la majorité. (*Cod. de Comm.*, art. 519.) Mais il faut dire que, dans ce cas, ce n'est pas, à proprement parler, la convention faite avec la majorité des créanciers, qui lie la minorité ; c'est le juge qui est censé consulter les créanciers sur ce qu'il est plus avantageux de faire pour la masse, et qui, se déterminant d'après l'avis de la majorité, réunissant les trois quarts en sommes, oblige la minorité d'adhérer aux conditions convenues. En effet, le concordat ne devient obligatoire pour ceux qui ne l'ont pas signé, que par l'homologation prononcée par le tribunal, après que les opposans ont été entendus et jugés. (*Ibid.*, article 524.) D'ailleurs, la faillite établit une espèce de société entre tous les créanciers du failli : or, il est convenable, en matière de société, que la minorité soit tenue de se conformer au vœu de la majorité. (Argument tiré de l'article 220 du même Code.)

(7) *Et qu'il a déclaré vouloir en profiter.* (*Voyez* ci-dessus la note (5) de la page 70.) Il en est de même, quand un tiers ratifie une convention dans laquelle on s'est porté fort pour lui.

(8) *Profitent aux cautions ou aux autres codébiteurs.* (*Voir* aussi les articles 1285, 1287, et 1365.)

(9) *A la personne du débiteur même.* Ainsi, des créanciers ne pourroient exercer au nom de leur débiteur, une action d'injures, une action en révocation pour cause d'ingratitude. *Quid*, pour survenance d'enfans ? Ils n'ont pas besoin de demander la révocation, elle a lieu de plein droit. Ils peuvent donc revendiquer les biens au nom de leur débiteur, et comme lui appartenant, et les faire saisir ensuite pour l'acquittement de leurs créances.

Par la même raison, les créanciers d'une femme mariée ne pourroient demander en son nom la séparation de biens. (Art. 1446.) Mais si le mari tombe en faillite, ils pourront venir exercer dans la faillite les droits de leur débitrice.

BIU Cujas

Mais les créanciers pourroient-ils intenter l'action en réclamation d'état, appartenant à leur débiteur? Je pencherois volontiers pour l'affirmative : ce n'est pas que l'état ne soit un droit purement personnel ; mais comme le plus souvent l'état n'est réclamé que comme un moyen d'acquérir des droits pécuniaires, je ne vois pas pourquoi les créanciers, sans élever précisément la question d'état, ne pourroient pas se contenter de réclamer les droits appartenant à leur débiteur ; et si les défendeurs, pour repousser cette demande, contestoient l'état de ce dernier, ils ne seroient pas admis à le prouver, comme le débiteur lui-même. Dans ce cas, la question d'état ne seroit regardée que comme un moyen employé, soit par le demandeur, soit par le défendeur, à l'appui de la question principale.

(10) *Attaquer.* Dans quel délai? L'article ne dit rien à cet égard. Chez les Romains, l'action Paulienne ne duroit qu'un an, à compter du jour où les biens du débiteur avoient été vendus. Chez nous, dans le silence de la loi, il faut dire, conformément à l'article 1304, que l'action des créanciers, qui est rescisoire, doit durer dix ans. Mais de quand courront ces dix ans? Comme les créanciers ne peuvent intenter d'action contre les tiers, qu'en cas d'insuffisance des biens du débiteur, et que la prescription d'une action ne peut courir avant qu'elle soit née, (art. 2257), je pense que les dix ans ne doivent courir que du jour où il a été certain que le débiteur est insolvable ; ce qui est laissé à l'arbitrage du juge.

(11) *Les actes.* Il faut entendre par-là tous les moyens, par lesquels le débiteur a pu, non-seulement diminuer son patrimoine au préjudice de ses créanciers, mais encore se priver des bénéfices qu'il pouvoit faire légitimement ; et en cela, notre droit est plus favorable aux créanciers, que le droit Romain, qui n'accordoit l'action révocatoire, dite Paulienne, que contre les actes par lesquels le débiteur diminuoit son patrimoine présent, et non pas contre l'omission des gains qu'il auroit pu faire. (*Voyez* ci-dessus la note (11) de la page 34.) Mais je pense qu'il faut, comme il a été dit dans la note précédente, excepter les actes relatifs aux droits purement personnels au débiteur. C'est d'après ce principe que nous avons décidé au 1^er^. vol., note (10) de la page 93, que les créanciers du père ne pourroient faire annuller l'émancipation qu'il auroit faite de ses enfans, par le motif que cette émancipation le prive de la jouissance de leurs biens; mais aussi, nous avons ajouté que, si le père, ne pouvant émanciper ses enfans, à cause de leur jeunesse, leur faisoit remise de l'usufruit légal qui lui est concédé, cette remise pouvoit être attaquée par ses créanciers.

(12) *En fraude, ou au préjudice de leurs droits.* L'article 1167 dit seulement *en fraude de leurs droits.* Les lois Romaines, comme nous l'avons déjà dit, admettoient une distinction entre les actes à titre onéreux, et les actes à titre gratuit. Les premiers ne pouvoient être attaqués qu'autant qu'il y avoit fraude *ex utráque parte* ; mais, pour les autres, il suffisoit qu'il y eût

BIU Cujas

fraude de la part du débiteur seulement. Nous avons admis cette distinction en droit Français, ainsi que cela est prouvé par l'article 444 du Code de Commerce, sauf que, pour les actes de disposition à titre gratuit, nous n'exigeons pas absolument qu'il y ait fraude; il suffit qu'il y ait préjudice pour les créanciers (articles 622, 788 et 2225); ou plutôt la fraude est présumée, par cela seul qu'il y a préjudice : ce qui rentre, au surplus, dans l'esprit des lois Romaines elles-mêmes: *In fraudem creditorum manumittere videtur, qui vel jam eo tempore quo manumittit, solvendo non est; vel qui, datis libertatibus, desiturus est solvendo esse.* (§. 3, Instit.: *Qui et ex quibus causis manumittere non possunt*) : ce qui prouve que, chez les Romains eux-mêmes, dans le cas de disposition à titre gratuit, il n'étoit pas nécessaire que la fraude fût prouvée; mais qu'elle étoit présumée par cela seul que le débiteur étoit insolvable, soit que l'insolvabilité existât déjà au moment de la donation, soit qu'elle fût l'effet de la donation même.

La disposition de l'article 1167 trouve d'ailleurs son application dans plusieurs articles du Code de Commerce, dont quelques-uns ont déjà été énoncés, et qu'il est bon de rappeler.

1°. Tout payement fait par le failli, dans les dix jours qui ont précédé la faillite, d'une dette commerciale non échue, est nul, et doit être rapporté. (*Cod. de Comm.*, art. 446.)

Dans les dix jours: Quid, de ceux qui ont été faits après les dix jours, c'est-à-dire, après l'ouverture de la faillite? Ils sont nuls, à plus forte raison, et doivent être rapportés, quand même il s'agiroit de dettes échues. Le payement est un acte translatif de propriété de la chose payée. (Art. 1238.) Or, à compter du jour de la faillite, le failli est dessaisi, de plein droit, de l'administration de tous ses biens. (*Cod. de Comm.*, art. 442.) A plus forte raison, ne peut-il les aliéner.

D'une dette commerciale. Quid, à l'égard d'une dette non commerciale? (*Voyez* ci-dessus, la note (6) de la page 128.) Ajoutez que peut-être n'a-t-on parlé que des dettes commerciales, parce qu'on a pensé que, dans un Code de Commerce, on ne devoit traiter que de ces sortes de dettes, et renvoyer au droit commun pour les autres.

Non échue. (*Voyez* également ci-dessus, même note (6) de la page 128.)

Quid, si la dette est échue? le payement est valable. On n'a rien à imputer à celui qui reçoit son dû, au terme fixé par la convention, (SAVARY, *Parère* 39), pourvu, comme nous l'avons dit, que le payement soit fait avant l'ouverture de la faillite.

Quid à l'égard des payemens faits en avance au failli? L'art. 447 du Code de Commerce décide que tous actes ou payemens faits en fraude des créanciers sont nuls, sans distinction entre les payemens faits au failli ou par lui. La question est donc laissée entièrement à l'arbitrage du juge. Il est cependant un

BIU Cujas

cas où un payement fait d'avance à un failli ou déconfit, est déclaré nul de droit, et sans qu'il soit besoin de rien prouver. L'art. 1753 du Code civil porte que le sous-locataire ne peut opposer au propriétaire saisissant entre ses mains sur le principal locataire, les payemens faits par anticipation à ce dernier, à moins qu'ils n'aient été faits en vertu d'une stipulation portée dans le bail, ou conformément à l'usage des lieux.

2°. Nul ne peut, dans le même délai, acquérir privilége ni hypothèque sur les biens du failli. (*Cod. de Comm.*, art. 443.)

Faut-il conclure de là que l'inscription faite dans les dix jours, d'un privilége ou d'une hypothèque, acquis antérieurement, seroit nulle? Nous traiterons cette question au Titre *des Priviléges et Hypothèques*. (*Voir* au 3e. vol., la note (8) de la page 162.)

3°. Si des objets immobiliers ont été aliénés à titre gratuit, dans les dix jours, l'aliénation est nulle, et sans effet relativement à la masse des créanciers. Mais si l'aliénation est à titre onéreux, elle ne peut être annullée, qu'autant que la fraude est prouvée. (*Ibid.*, art. 444.)

Des objets immobiliers. Pourquoi l'article ne parle-t-il que des donations de propriétés immobilières? (*Voyez* ci-dessus la note (1) de la page 59.)

L'aliénation est nulle, sans qu'il soit nécessaire de prouver autre chose, sinon qu'elle a été faite dans les dix jours. *Quid*, si elle étoit antérieure aux dix jours? Alors il faudroit prouver la fraude, au moins de la part du donateur, c'est-à-dire, qu'il faudroit prouver qu'à l'époque de la donation, le donateur étoit déjà hors d'état de payer ses créanciers.

Relativement à la masse des créanciers. Elle est donc valable à l'égard du donateur lui-même. Si donc la donation, réunie aux biens existans dans la main du débiteur, est plus que suffisante pour l'acquit de tous les créanciers, elle ne pourra être révoquée que jusqu'à due concurrence.

Mais si l'aliénation est à titre onéreux. L'article n'ajoute pas *dans les dix jours*, parce qu'ici cette circonstance est indifférente. Car, quand même l'acte auroit été passé dans les dix jours, il ne peut être annullé qu'en connoissance de cause; et quand même il auroit été passé avant les dix jours, il peut toujours être annullé, s'il y a fraude.

Qu'autant que la fraude est prouvée, tant de la part du vendeur, que de la part de l'acquéreur. Car, si la fraude est prouvée de la part du failli seulement, il en résulte bien contre lui la présomption de banqueroute frauduleuse; mais l'acte n'est pas pour cela annullable. (Argument tiré de l'art. 445.)

4°. Enfin, s'il s'agit d'actes ou d'engagemens contractés dans les dix jours pour faits de commerce, ils peuvent être également annullés, si les créanciers prouvent qu'il y a fraude de la part des deux contractans. Mais si le défaut de preuve de complicité de la part de celui qui a traité avec le failli, empêche que l'acte ne soit déclaré nul, il n'en est pas moins présumé frauduleux quant au

BIU Cujas

failli, qui peut, en conséquence, être poursuivi comme banqueroutier frauduleux, sauf la preuve contraire. (*Cod. de Comm.*, art. 445.) Mais remarquez que cette disposition ne s'applique formellement qu'aux engagemens pour faits de commerce, et non à ceux qui pourroient avoir une autre cause, et sur lesquels les tribunaux devront prononcer. Remarquez également que les emprunts d'argent sont censés engagemens commerciaux. (*Cod. de Comm.*, art. 638. alinéa dernier.)

Il faut, d'ailleurs, observer : 1°. que toutes les nullités dont il vient d'être question, sont relatives, c'est-à-dire, qu'elles n'ont lieu que dans l'intérêt des créanciers du failli, qui seuls peuvent les provoquer, sans qu'elles puissent jamais être demandées par le failli, ni par ceux qui ont traité avec lui, sauf le cas où il existeroit quelqu'autre cause de rescision, comme le dol, l'erreur, la violence, la lésion dans les cas où elle peut être invoquée ; car alors la rescision peut être demandée suivant les circonstances, soit par le failli lui-même, ou ses créanciers de son chef, soit par ceux qui ont traité avec lui.

2°. Que ces différentes dispositions ne s'appliquent qu'au cas de faillite, et qu'il ne peut y avoir faillite que de la part d'un commerçant. Les individus non-commerçans sont dits *être en déconfiture ;* et alors l'on ne peut appliquer que l'art. 1167 du Code civil. *Sic* jugé en Cassation le 11 février 1812. (Sirey, 1813; 1re. partie, pag, 124.)

3°. Que l'action révocatoire n'est que subsidiaire, c'est-à-dire qu'elle ne peut avoir lieu qu'en cas d'insuffisance des autres biens du débiteur. En conséquence, celui contre lequel cette action est intentée, peut demander la discussion des biens restés dans la main du débiteur ; et c'est ce que signifient les derniers mots du §. 3. Instit. *Quiet ex quibus causis*, etc., *eo quòd ejus bona non sunt suffectura creditoribus*. Mais si cette discussion n'est pas demandée, les Tribunaux n'ont pas le droit de l'ordonner d'office. *Sic* jugé en Cassation le 22 mars 1809. (Sirey, 1809; 1re. partie; pag. 208.)

Page 147.

(1) *Qu'ils veulent attaquer.* Voyez l'article 882, qui établit des règles particulières relativement aux partages.

(2) *Relativement à certains contrats.* (*Voir* un exemple de cette distinction, notamment dans l'art. 1928, comparé à l'art. 1882.)

Page 148.

(1) *Du moment que l'obligation a pris naissance.* L'article dit : *Dès l'instant où la chose a dû être livrée.* Si l'on entendoit ces mots à la lettre, on devroit en conclure que, dans l'obligation à terme, la propriété n'est transférée, et les risques ne sont au compte du créancier, qu'à compter de l'échéance du terme. Mais ce qui prouve que ce n'est pas le sens qu'on doit attacher à ces ex-

BIU Cujas

pressions, c'est que, dans le droit Romain et dans le droit Français ancien, qui exigeoient la tradition pour que la propriété fût transférée, l'on tenoit cependant comme principe certain que, dans l'obligation à terme, les risques étoient au compte du créancier, même avant l'échéance du terme. Il en doit être de même, à plus forte raison, actuellement que la propriété est transférée par le seul consentement des parties : *Res perit domino*. En second lieu, l'art. 1302 décide formellement que les risques ne sont au compte du débiteur, que du moment qu'il est en demeure. Or, il ne peut être en demeure, tant que le terme n'est pas échu. Enfin l'art. 1245 décide formellement la question, puisqu'il porte que la chose qui fait l'objet de l'obligation, doit être livrée en l'état où elle se trouve au moment de la livraison, pourvu toutefois que les détériorations ne proviennent pas du fait du débiteur. Donc les cas fortuits ou risques, sont à la charge du créancier. Ces mots : *Dès l'instant où la chose a dû être livrée*, doivent donc être entendus comme s'il y avoit : *Dès l'instant qu'est née l'obligation de livrer la chose*. Or, dans l'obligation à terme, l'obligation de livrer, naît du moment du contrat, quoiqu'on ne puisse en exiger l'exécution qu'à l'échéance du terme : *Le terme ne suspend point l'engagement*, dit l'article 1185, *il en diffère seulement l'exécution*. Donc, nonobstant le terme, la propriété est transférée, et la chose est aux risques du créancier, du moment du contrat. *Secùs*, dans les obligations conditionnelles, parce que, tant que la condition n'est pas arrivée, l'obligation de livrer n'existe pas encore.

(2) *Pourvu qu'elle soit de bonne foi.* C'est-à-dire, si elle ignore que la chose ait été promise antérieurement à une autre personne. Au surplus, la bonne foi se présume toujours. C'est à celui qui allègue la mauvaise foi, à la prouver.

Au reste, cet article 1141 confirme bien la disposition de l'article 1138, et le principe que la propriété est transférée par le seul consentement. Autrement, la bonne ou la mauvaise foi du second acquéreur seroit une chose indifférente. Si celui qui a promis de livrer étoit toujours propriétaire, il seroit le maître de tranférer la propriété à qui il voudroit, sauf les dommages-intérêts du premier acquéreur. On a fait une exception à l'égard de l'acquéreur de bonne foi ; mais c'est le cas de dire que l'exception confirme la règle ; et d'ailleurs, l'exception n'étant applicable qu'aux choses mobilières, et à cause des entraves qu'une disposition contraire apporteroit à la circulation, il faut en conclure qu'en matière d'immeubles, la bonne foi du second acquéreur, et la livraison même qui lui seroit faite, ne le rendroient pas propriétaire, au préjudice de celui dont le titre d'acquisition auroit une date certaine antérieure.

(3) *De donner ou de faire*, parce que les dispositions relatives à la demeure du débiteur, s'appliquent à l'obligation de faire, comme à celle de donner. (Art. 1146.)

(4) *Ne pouvoit être donnée ou faite ;* soit que l'impossibilité résulte *ex*

BIU Cujas

re ipsâ, comme si l'on a promis un cheval pour aller à telle foire, , et que le temps de la foire soit passé ; ou de la disposition de la loi, qui déclare la demeure encourue par la seule échéance du délai, comme dans le cas du réméré (art. 1662) de vente d'effets mobiliers. (Art. 1657.)

PAGE 149.

(1) *Sans qu'il soit besoin d'acte.* Cependant, il y a un cas où, nonobstant la stipulation expresse, la demeure n'a pas lieu par la seule échéance du terme ; c'est lorsqu'il a été stipulé dans le contrat de vente d'un immeuble, que la vente sera résolue de plein droit, à défaut de payement du prix au terme convenu. Il faut, même alors, encore une sommation. (Art. 1656.)

D'un autre côté, lorsque la vente est d'une chose mobilière, la demeure a lieu, même sans stipulation, et la vente est résolue par le fait seul du non-retirement au terme convenu. (Art. 1657.)

Quid, s'il est dit seulement que la demeure aura lieu, *par la seule échéance du terme*, sans addition de ces mots, *sans qu'il soit besoin d'acte* ? Il me semble que cela doit suffire. On ne doit pas supposer que les parties ont voulu insérer une clause inutile. *Quid*, si cependant il s'agit d'une dette quérable, c'est-à-dire, qui doit être payée au domicile du débiteur, ne faut-il pas un acte qui constate que le créancier s'y est présenté pour recevoir son payement ? Je ne le pense pas ; et je me fonde à cet égard sur la disposition des articles 1257, et 1258, n°. 6, portant que le débiteur qui veut se libérer, et arrêter le cours des intérêts, doit, au refus du créancier, lui faire des offres à son domicile, quand il n'existe aucune stipulation pour le lieu du payement. Or dans ce cas la dette est quérable, aux termes de l'article 1247. Donc, même dans le cas de la dette quérable, le débiteur est censé en demeure, tant qu'il n'a pas fait des offres, et quoique rien ne constate que le créancier s'est présenté pour recevoir son payement.

Observez que la sommation ne se périme pas, c'est-à-dire, qu'une fois qu'elle a été faite dans les cas où elle est nécessaire, son effet est perpétuel, et que la demeure continue jusqu'au payement, ou aux offres suivies de consignation. La demande au contraire se périme par une discontinuation de poursuites pendant trois ans ou trois ans et demi, suivant les circonstances (Procéd., art. 397); et l'effet de la péremption est, que la demande est censée n'avoir jamais existé.

(2) *Ou autre acte équivalent.* Lorsque l'obligation est de payer une somme d'argent, une simple sommation ne suffit pas pour constituer le débiteur en demeure, à l'effet de faire courir les intérêts, ainsi que nous le verrons ci-après, section IV : il faut une demande.

(3) *S'il est contrevenu.* Par sa faute : car si, par exemple, le peintre qui s'est engagé à faire un tableau, a perdu l'usage de la main, il est évident que son obligation est éteinte, sans dommages-intérêts.

BIU Cujas

(4) *S'il s'agit d'une obligation de faire. Quid*, s'il s'agit d'une obligation de donner, le créancier peut-il demander à être autorisé à acheter la chose promise et non livrée, aux dépens du débiteur? Je ne le pense pas: cela pourroit entraîner trop d'inconvéniens; seulement la différence, en plus, du prix actuel avec celui de la chose au moment du contrat, devra être un des élémens qui serviront à la fixation des dommages-intérêts.

PAGE 150.

(1) *Il faudroit encore s'attacher de préférence à l'intention.* Ainsi, quoiqu'il ait été dit dans un acte, qu'un objet a été vendu, s'il est ajouté que la vente est faite pour neuf ans, moyennant telle somme par année, ce n'est pas une vente, mais un louage.

Mais remarquez que, comme dit l'article, c'est l'intention commune des deux parties qu'il faut consulter; il ne suffiroit pas de consulter l'intention d'une seule, intention que l'autre a bien pu ignorer. Il n'en est pas de même dans les testamens: c'est l'intention seule du testateur qu'il faut consulter, pour déterminer le sens des dispositions ambiguës du testament.

(2) *Dans lesquels la convention est conçue.* Ainsi, quoiqu'une transaction contienne renonciation de la part des contractans, à tous droits, actions et prétentions, cependant cette renonciation ne doit s'entendre que des droits et actions relatifs au différend qui a donné lieu à la transaction. (Art. 2048.)

(3) *Plutôt que celui dans lequel elle n'en auroit aucun.* Exemple: Pierre est propriétaire d'une maison aboutissant sur une pièce de terre appelée le *Grand-Pré*. Cette pièce est divisée en plusieurs portions, dont l'une appartient à Pierre, et les autres à d'autres particuliers. Pierre vend sa maison à Paul; et il est dit dans l'acte, que Paul aura un droit de passage sur le *Grand-Pré*, sans dire sur quelle portion. On doit entendre que c'est sur la portion du *Grand-Pré*, qui appartient à Pierre, et non sur les autres parties, qui ne lui appartiennent pas.

De même, si la convention présente deux sens, dont l'un soit contraire à la loi, ou aux bonnes mœurs, l'on doit présumer que les parties ont eu en vue l'autre sens, qui ne présente pas les mêmes résultats.

(4) *Qui résulte de l'acte entier.* Exemple: Si, dans un contrat de bail, il y a diverses clauses, toutes applicables au bail, et une seule qui paroisse tenir du contrat de vente; par exemple, s'il est dit que le preneur jouira de la maison donnée à bail, en toute propriété, ou à titre de propriétaire, on entendra cette clause dans le sens du contrat de bail, pour le droit qu'a le fermier de jouir de la chose, et d'en percevoir tous les fruits comme le propriétaire lui-même.

Observez que les principes posés ici et dans les trois notes précédentes, s'appliquent également à l'interprétation des lois civiles.

(5) *Où le contrat a été passé.* Si j'ai fait marché avec un laboureur pour la

BIU Cujas

façon de mes terres, sans désigner le nombre de labours, nous sommes censés avoir entendu le nombre qu'il est d'usage de donner dans le pays. Mais cette disposition n'a lieu que lorsqu'il s'agit d'interpréter la convention. S'il s'agit du mode de poursuite, il faut suivre l'usage du lieu où se poursuit l'exécution.

(6) *Quoiqu'elles n'y soient pas exprimées.* Si, par exemple, le contrat de bail d'une maison située à Paris, ne désigne pas les époques de payement des loyers, on doit présumer que les parties ont voulu se conformer à l'usage de payer par quartier, de trois en trois mois.

PAGE 151.

(1) *Plutôt que restreindre l'obligation au cas exprimé. Quæ dubitationis tollendæ causâ contractibus inferuntur, jus commune non lædunt.* (*L.* 56, ff. *Mandati*, où l'on trouve une application de ce principe.) De même, si un père déclare, par le contrat de mariage de sa fille, qu'il lui constitue en dot tel héritage avec les fruits pendans au moment de la célébration, on ne présumera pas, à moins que cela n'ait été formellement stipulé, que les fruits fassent partie du capital de la dot, parce qu'il est de la nature de la dot, que les fruits appartiennent au mari pour soutenir les charges du mariage. L'on supposera donc que le père a voulu simplement faire entendre par là, qu'il n'entendoit pas se réserver les fruits.

(2) *Celui qui convient le plus à la nature du contrat.* Si, par exemple, je vous ai donné à bail un héritage pour deux ans, moyennant la somme de trois cents francs, sans autre explication, on doit présumer, sauf la preuve contraire, que nous avons entendu trois cents francs par année, et non pas trois cents francs une fois payés, parce qu'il est de la nature du contrat de louage, que le prix consiste dans une prestation annuelle.

(3) *Soit par la mauvaise exécution.* Si la chose livrée est défectueuse, ou insuffisante pour l'usage auquel elle est destinée par sa nature ou par l'obligation.

(4) *Ou d'un cas fortuit et imprévu.* Observez qu'il y a quatre cas dans lesquels la preuve du cas fortuit ne dispense pas le débiteur des dommages-intérêts : le premier, s'il s'est spécialement chargé du risque des cas fortuits ; le second, s'il est en demeure ; à moins, toutefois, qu'il ne prouve que la chose seroit également périe chez le créancier, si elle lui eût été livrée ; le troisième, s'il s'agit d'une chose soustraite par lui (art. 1302) ; et le quatrième, si le cas fortuit a été précédé d'une faute du débiteur, qui y a donné lieu (art. 1807) ; dans ce dernier cas, après que le débiteur a prouvé le cas fortuit, c'est au créancier à prouver la faute. (Art. 1808.)

Quid, si un négociant vend à terme des marchandises qu'il n'a pas, et qu'un cas fortuit, une force majeure, tels qu'une crue ou une baisse des eaux, la rupture d'un chemin, l'empêche d'en faire la livraison au terme prescrit ? Je pense qu'il est tenu des dommages-intérêts. C'est à lui à s'imputer d'avoir vendu ce

BIU Cujas

qu'il n'avoit pas. Il faut, d'ailleurs, appliquer ici le principe que nous avons établi ci-dessus, note (1) de la page 146, que toutes les fois que la chose est possible en elle-même, le débiteur est tenu des dommages-intérêts résultant de l'inexécution, quand même la chose seroit impossible par rapport à lui.

PAGE 152.

(1) *Quant à la fixation*, seulement. Ainsi, dans tous les cas, il y a lieu à dommages-intérêts ; mais ils sont plus ou moins forts, suivant qu'il y a dol ou simple négligence.

(2) *Ou qui ont pu l'être lors du contrat.* Ordinairement, comme dit POTHIER, n°. 161, les parties sont censées n'avoir prévu que les dommages que le créancier pouvoit souffrir par rapport à la chose qui est l'objet de l'obligation, *propter ipsam rem non habitam*, et non ceux que l'inexécution de l'obligation pourroit lui occasionner dans ses autres biens. Ainsi, je me suis engagé à vous livrer un cheval au 1^er^. avril. Je n'ai pas rempli mon obligation. Vous avez été obligé d'acheter un autre cheval qui ne vaut pas mieux que le mien, et que vous avez payé plus cher. Je serai tenu de vous indemniser de l'excédant de prix ; car c'est un dommage que vous souffrez *propter ipsam rem non habitam*. Mais si le défaut de cheval vous a empêché de vous trouver à une foire où vous auriez pu faire des gains considérables, je ne serai pas tenu de vous indemniser de ce défaut de gain, parce que c'est un dommage étranger à la chose qui est l'objet de l'obligation, et que je n'ai pas dû conséquemment prévoir lors du contrat. Le fait, que l'acquéreur est une personne qui devoit aller à une foire, est une circonstance entièrement étrangère à la vente, et qui ne doit pas empirer la condition du vendeur ; c'est par la même raison, que le vendeur de bonne foi n'est pas tenu, en cas d'éviction, de tenir compte à l'acquéreur, des dépenses voluptuaires, faites par ce dernier sur le fonds vendu. (Art. 1635.)

Observez, quant à la mauvaise exécution, qu'il est possible que le débiteur soit tenu presque des mêmes obligations que s'il y avoit dol, quoiqu'il n'y en ait pas effectivement : c'est quand il devoit, à raison de sa profession, connoître les vices de la chose qu'il a livrée. *Putà*, si un charpentier m'a livré de mauvais étais qui aient fléchi, et qui aient fait écrouler mon bâtiment, il doit non-seulement me tenir compte du prix des étais, mais encore m'indemniser de la perte résultant de l'écroulement. Il n'est pas recevable à alléguer sa bonne foi, à dire qu'il croyoit ses étais bons, parce que cette ignorance n'est pas excusable dans un homme de sa profession. Mais il ne sera responsable que de la perte de mon bâtiment, et non de celle des meubles qui pouvoient y être, parce qu'il y avoit au moins de l'imprudence de ma part, à loger, ou à laisser des meubles dans une maison étayée. DUMOULIN pense, avec raison (*de eo quod interest*, n°. 64), qu'il en devroit être autrement à l'égard d'un entre-

BIU Cujas

preneur qui auroit construit une maison, laquelle se seroit écroulée peu après, par le vice de la construction; et qu'il devroit tenir compte, non-seulement de la perte de la maison, mais encore de celle des meubles qui y étoient, et ce, quand il n'y auroit de sa part que simple impéritie; car une maison étant faite pour y loger, et pour être meublée, il a dû prévoir qu'on y porteroit des meubles; et conséquemment il a dû se charger du risque de ces meubles, en même temps que de celui de la maison. Mais il ne seroit tenu que de la valeur d'un mobilier convenable à l'état de celui qui devoit occuper la maison. *Secùs*, s'il étoit réellement en dol. Il seroit alors tenu de toutes les pertes, quelles qu'elles fussent. (Art. 1151.)

(3) *Qui sont une suite immédiate et directe du retard ou de l'inexécution.* Mais il n'est pas tenu des dommages qui ne sont qu'une suite éloignée ou indirecte de l'inexécution du contrat. Ainsi, celui qui a vendu sciemment une vache malade, est tenu, non-seulement de restituer le prix de cette vache, mais encore de tenir compte de celui des autres bestiaux qui ont été attaqués de la contagion, et qui en sont morts. (*L.* 13, ff., *de Act. Empti.*) Mais si la perte des bœufs a empêché l'acheteur de cultiver ses terres, le vendeur sera-t-il tenu de ce dommage? Pothier, n°. 167, décide que non, au moins en totalité: car l'acheteur pouvoit faire labourer ses terres à prix d'argent, et alors il eût pu répéter du vendeur, seulement ce qu'il lui en auroit coûté de plus que s'il avoit fait labourer par ses propres bœufs. A plus forte raison, ne sera-t-il pas tenu du dommage qui pourroit résulter de la saisie faite par un créancier qui auroit pu être payé avec le prix des bestiaux morts de la contagion; car cette saisie est plutôt une suite du mauvais état des affaires du débiteur, que de l'inexécution de la convention. Or, ce mauvais état est une circonstance tout-à-fait étrangère à l'autre partie.

Mais *quid*, si la convention avoit, par exemple, pour objet de me louer des voitures pour enlever ma récolte, et que l'inexécution de la convention ayant retardé l'enlèvement, un orage survenu ait détruit la récolte? Je pense que c'est un dommage qui est une suite de l'inexécution, mais qui n'a pu être prévu, et qu'en conséquence, il ne sera à la charge de l'autre partie, qu'autant qu'elle seroit *in dolo*.

(4) *Ne peut se permettre d'y rien changer*, sauf le cas où l'obligation est susceptible d'exécution partielle, et a été effectivement exécutée en partie. (*Voyez* ci-dessus, chap. 3, sect. 8, §. 2.) Il faut excepter également le cas où l'obligation principale est de payer une somme d'argent, comme nous allons voir tout-à-l'heure.

(5) *A fixer le montant des condamnations.* (*Voyez* les articles 523, 524 et 525 du Code de Procédure.)

(6) *Nonobstant toute stipulation. Quid*, s'il avoit été stipulé, par exemple, que si, par suite du non-payement, les biens du créancier se trouvoient saisis par

BIU Cujas

un de ses propres créanciers, au payement duquel étoit destinée la somme qu'il devoit recevoir, le débiteur, en retard de payer, seroit-il tenu des dommages-intérêts résultant de cette saisie ? Cette stipulation n'auroit aucun effet. Il faut remarquer qu'après avoir dit, dans l'article 1152, que si, dans une convention ordinaire, il a été fixé par les parties une somme pour dommages-intérêts, elle ne pourra être augmentée ni diminuée par le juge, le Législateur ajoute dans l'article 1153, que, *si l'obligation se borne au payement d'une somme d'argent, les dommages-intérêts ne consistent jamais que dans les intérêts légaux.* Or, ces mots, *ne consistent jamais*, indiquent bien que, quelle que soit la stipulation, l'on ne peut toujours réclamer que les intérêts légaux. Et en effet, il est évident que, si l'on permettoit, dans ce cas, de stipuler pour une cause quelconque des dommages-intérêts supérieurs à l'intérêt légal, ce seroit donner lieu à une infinité de procès, et ouvrir la porte à la fraude, qui ne manqueroit pas de motifs apparens pour déguiser l'usure.

(7) *Les intérêts fixés par la loi.* Cet intérêt a été fixé par la loi du 3 septembre 1807 (*Bulletin*, n°. 2740), à cinq pour cent en matière civile, et à six pour cent en matière commerciale, le tout sans retenue. Ces intérêts sont appelés en droit *moratoires*, parce qu'ils ont lieu *propter moram.*

(8) *Au contrat de société.* L'associé qui n'a pas versé, à l'époque convenue, la somme qu'il a promis d'apporter, est tenu, non-seulement des intérêts, mais encore des dommages-intérêts. (Art. 1846.)

(9) *Au cautionnement.* La caution qui a payé pour le débiteur principal, peut réclamer la restitution de ce qu'elle a payé, avec les intérêts, et en outre des dommages-intérêts dans certains cas. (Art 2028.)

(10) *Et au commerce.* En cas de rechange. (*Voyez le Code de Commerce*, articles 177 et suivans ; et mes *Institutes commerciales*, Tom. I^er^., Liv. I, Tit. VII, chap. IV, sect. II, §. 3, et au deuxième volume, les notes sur cet objet.)

Observez qu'en matière d'effets de commerce, l'intérêt moratoire a lieu du jour du protêt. *Sic* jugé en Cassation, le 25 août 1813. (Sirey, 1815; 1^re^. part., page 131.)

(11) *Dans les cas prévus par la loi*, comme dans les articles 474, 856, etc.

PAGE 153.

(1) *Que par une demande judiciaire.* Ainsi, une simple sommation de payer ne suffiroit pas. Il paroît cependant qu'il en seroit autrement dans la vente (article 1652), et à l'égard du tuteur (article 474). Cela est assez important, parce que la demande doit être précédée du préliminaire de conciliation ; *secùs* dans la sommation. En outre, la demande exige plus de formalités qu'une simple sommation.

Mais remarquez que, par *demande*, il faut entendre la demande du prin-

BIU Cujas

cipal : il n'est pas nécessaire que les intérêts soient demandés ; et je pense qu'il ne suffiroit pas même de demander les intérêts, si l'on ne demandoit en même temps le principal. « En effet, dit RICARD (*des Donations*, part. 2e., ne. 106), « ce n'est pas la demande des intérêts qui fait qu'ils sont dus ; car « une somme de deniers n'est pas plus capable de produire, de soi et par elle- « même, un profit ou des intérêts, parce qu'il y a eu des conclusions à cet « effet. C'est donc la demeure du débiteur qui, donnant lieu à la perte ou au « dommage du créancier, est cause que ces intérêts sont dus, *non ex usu*, « *sed ex interesse*. Or, cette demeure commençant dès la demande judiciaire « de la somme principale, l'action des dommages qui en résulte, commence en « même temps, etc. » Donc, il suffit que le principal soit demandé, et il faut qu'il le soit, pour faire courir les intérêts.

Notà. Il a été jugé en Cassation, le 23 septembre 1811 ; (SIREY, 1813 ; 1re. part., page 422) ; que la Régie de l'Enregistrement ne pouvoit être condamnée, même à compter de la demande, aux intérêts des sommes dont la restitution est ordonnée.

Il a été jugé en la même Cour, le 22 février 1813 (SIREY, 1813 ; 1re. part., page 453), qu'entre héritiers renvoyés devant un notaire, à fin de partage, la demande formée devant ce notaire étoit censée judiciaire, et faisoit courir les intérêts. Cette décision est très-juste, et tend d'ailleurs à épargner les frais.

Si la dette est hypothécaire, et que les immeubles hypothéqués soient entre les mains de plusieurs détenteurs, la demande formée contre l'un d'eux fera-t-elle courir les intérêts à l'égard de tous ? Il faut distinguer : Si le détenteur assigné est tenu non-seulement hypothécairement pour le tout, mais encore personnellement pour sa part et portion ; *putà*, si c'est un des héritiers du débiteur, et qu'il ne veuille pas délaisser, il est certain qu'il est tenu par l'action hypothécaire, des intérêts de la somme totale. Mais s'il délaisse, de manière qu'il ne soit plus tenu que personnellement, il ne sera tenu que des intérêts de la part qu'il doit dans le principal. Mais, dans ce dernier cas, si le créancier assigne un autre débiteur, pourra-t-il, par l'action hypothécaire, réclamer contre ce dernier les intérêts de la somme totale, à compter de l'assignation donnée au premier ? Je ne le pense pas. Nous avons déjà eu occasion de faire remarquer que les détenteurs, dans ce cas, ne sont pas débiteurs solidaires, quoiqu'ils doivent chacun la totalité ; *débent totum, sed non totaliter* : les intérêts ne courent donc à leur égard que du jour de l'assignation particulière qui leur sera donnée.

(2) *En l'acquit du débiteur*. Ces intérêts, dans ce cas, forment un capital pour celui qui les a payés ; mais je pense qu'il faut admettre, dans ce cas, à l'égard des tiers non obligés à la dette, la distinction établie ci-après, note (2), de la page suivante, et décider que la disposition dont il s'agit, ne doit avoir lieu qu'autant que le débiteur pouvoit avoir intérêt à ce que le payement

BIU Cujas

s'effectuât ; car, autrement, il ne doit pas dépendre d'un tiers de rendre pire la condition du débiteur.

(3) *Qu'autant qu'il s'agit du revenu d'une année entière.* On a voulu prévenir la trop prompte accumulation des intérêts, qui auroient fini par ruiner le débiteur.

Le contrat par lequel on stipule les intérêts des intérêts, se nomme en droit *anatocisme* : il étoit anciennement prohibé *omni modo* ; l'on voit qu'actuellement il est permis, lorsqu'il s'agit des intérêts d'une année entière : l'on regarde alors ces intérêts comme un capital.

Quid, si, pour rembourser à un de mes créanciers un capital que je lui dois, je lui délègue six mois d'intérêts qui me sont dus par un de mes débiteurs, la demande formée de suite par ce créancier contre le délégué, fera-t-elle courir les intérêts ? La raison de douter, c'est que la somme réclamée par le délégataire est un capital, qui peut porter intérêt par l'effet d'une demande judiciaire. Mais la raison de décider est, que la règle de l'article 1154 a été établie, comme l'on voit, moins en haine du créancier, qu'en faveur du débiteur, et pour empêcher la ruine de ce dernier. Or, cela posé, qu'importe au débiteur que la somme due au délégataire, soit un capital ? Ce ne sont toujours que des intérêts qu'il doit, et qui ne peuvent porter eux-mêmes intérêt, que lorsqu'ils forment le revenu d'une année entière. La délégation est pour lui *res inter alios acta* ; elle n'a pas pu rendre sa condition pire, ni préjudicier à ses droits. Si cependant la délégation étoit parfaite, c'est-à-dire, si elle contenoit obligation personnelle du délégué envers le délégataire, alors je pense qu'il y auroit novation, et que le délégué ne pourroit plus invoquer le bénéfice de l'article 1154.

E contrario, si, pour payer six mois d'intérêts que je dois à mon créancier, je lui délègue un capital dont l'échéance doit arriver un mois après, le créancier pourra-t-il, faute de payement à l'échéance, exiger les intérêts du délégué ? La raison de douter, c'est qu'il ne lui est pas dû une année d'intérêts. Mais la raison de décider est la même, en sens inverse, que dans l'espèce précédente. La disposition de l'art. 1154 est faite en faveur de celui qui doit des intérêts seulement. Or, ici, le délégué doit un capital. D'ailleurs, la délégation est encore à son égard *res inter alios acta*, qui ne peut profiter aux tiers ; comme, dans l'espèce précédente, elle ne pouvoit leur préjudicier. Or, s'il pouvoit se dispenser de payer les intérêts, il se trouveroit que la délégation lui profiteroit ; car, si elle n'eût pas eu lieu, il eût été tenu bien certainement de les payer au déléguant, à compter de la demande. Il faut donc tenir que les intérêts sont dus.

Par la même raison, je pense que l'acquéreur, sur adjudication, qui ne paye pas les bordereaux de collocation, doit les intérêts du montant des bordereaux, et par conséquent des intérêts qui s'y trouvent compris. Ainsi jugé par arrêt du 18 janvier 1686, rapporté au Journal du Palais et par Rousseaud de La Combe, *verbo* Intérêts, n°. 6.

BIU Cujas

(4) *Et enfin par la prescription.* De ce que le Code ne met point le consentement contraire au nombre des manières d'éteindre les obligations, en doit-on conclure que ce mode d'extinction soit abrogé ? Non, sans doute ; et si le Code n'en parle pas, c'est que ce mode est loin d'avoir la même application qu'il avoit autrefois. Dans l'ancien droit, où la tradition étoit nécessaire pour transférer la propriété, on tenoit en principe général que toutes les obligations, contractées par le seul consentement, pouvoient être éteintes par un consentement contraire ; mais il falloit que les choses fussent encore entières. Ainsi, par exemple, dans la vente, il falloit que la chose n'eût pas été livrée, ni le prix payé. Si l'une de ces deux circonstances avoit eu lieu, il est clair que le consentement contraire seul ne pouvoit suffire pour dissoudre le contrat, puisqu'il auroit fallu en outre restituer ce qui avoit été livré en vertu du contrat même. D'ailleurs, comme nous l'avons dit, le simple contrat de vente, non accompagné de tradition, ne transféroit pas la propriété ; il produisoit seulement obligation, de la part du vendeur, de faire la tradition de la chose vendue, et de la part de l'acheteur, de payer le prix convenu. Or, comme chacun peut renoncer au droit qui lui appartient, il s'ensuivoit que le vendeur et l'acheteur pouvoient se faire mutuellement remise de leurs obligations respectives ; et alors, le contrat de vente étoit dissous. Mais pour que cette remise pût avoir lieu, il falloit qu'il existât une obligation à remettre. Or, quand le vendeur avoit livré la chose, il n'existoit plus d'obligation de sa part : la vente avoit eu tout son effet, quant à la translation de la propriété dans la personne de l'acheteur ; et cette propriété ne pouvoit revenir au vendeur que par l'effet d'un nouveau contrat passé entre lui et l'acheteur. Quand le prix avoit été payé par l'acheteur, il n'existoit plus d'obligation à lui remettre ; le vendeur étoit devenu propriétaire des écus formant le prix : *emptor nummos venditoris facere cogitur* (L. 11, §. 2, ff., *de Act. Empt.*), et il falloit également un nouvel acte pour faire revenir cette propriété à l'acheteur. Actuellement que, par le seul consentement du vendeur et de l'acheteur, celui-ci est devenu propriétaire de la chose vendue, il en résulte que ce consentement a aujourd'hui le même effet, quant à la translation de la propriété, qu'avoit anciennement la tradition. Or, qu'opéreroit le consentement contraire des deux parties ? Sans doute, il rendroit le vendeur de nouveau propriétaire ; mais c'est parce que ce consentement formeroit un nouveau contrat, qui auroit pour effet de faire repasser la propriété sur la tête du vendeur ; ce n'est point parce qu'il dissoudroit la première vente, qui, au contraire, auroit eu tout son effet, quant à la translation de propriété, par le seul consentement des parties. Ce nouveau consentement ne pourroit pas faire que la propriété n'ait pas reposé sur la tête de l'acheteur, depuis le moment de la première vente, jusqu'au moment où le consentement contraire seroit intervenu ; tellement que, si l'objet vendu étoit un immeuble, et que les biens de l'acheteur fussent grevés, au moment de la

BIU Cujas

première vente, d'une hypothèque générale, cet immeuble s'en trouveroit frappé, comme tous les autres biens de l'acheteur, et ne repasseroit au vendeur, en vertu du nouveau consentement, qu'avec la charge de l'hypothèque. Pareillement, il n'est pas douteux que le nouveau consentement ne donnât lieu à un second droit de mutation, etc. Il faut donc conclure de ces principes, que le consentement contraire ne peut plus être actuellement un moyen d'éteindre les obligations, même contractées par le seul consentement, quand elles ont pour effet de transférer directement la propriété. Mais quant aux autres obligations purement consensuelles, l'ancien droit subsiste toujours. Dans le bail, par exemple, dans la société, l'obligation mutuelle des parties peut être éteinte par leur consentement contraire. C'est dans ce sens que l'article 1134 dit que les conventions légalement formées peuvent être révoquées, du consentement mutuel des parties; mais il faut convenir qu'en général ce mode d'extinction se rapproche beaucoup de la remise. Lorsque le bailleur et le preneur consentent que le bail soit résilié, le preneur fait remise au bailleur de l'obligation qu'il a contractée de lui livrer la chose et de l'en faire jouir; et le bailleur fait remise au preneur de l'obligation de payer le loyer. C'est-là probablement la raison pour laquelle le Code n'a pas fait mention particulière du consentement contraire, comme mode d'éteindre les obligations.

Il est encore un mode d'extinction particulier aux obligations purement réelles, c'est-à-dire, qui frappent sur la chose seule, et qui ne frappent sur les individus, qu'autant qu'ils détiennent la chose. Telles sont les obligations qui résultent de l'hypothèque, de la servitude: le possesseur n'en étant donc tenu qu'à cause de la chose, peut s'en libérer en cessant de posséder la chose, c'est-à-dire, en la délaissant. L'abandon de la chose est donc un mode d'extinction de ces sortes d'obligations. Mais il faut observer que cet abandon n'a pas toujours le même effet. En matière de servitude, le propriétaire du fonds abandonné en perd la propriété de suite, et par le fait seul de l'abandon, accepté ou jugé valable; et cette propriété passe également de suite au propriétaire du fonds dominant. Mais, en matière d'hypothèque, le propriétaire du fonds délaissé, n'en perd que la possession par le délaissement; il n'est définitivement exproprié, que par l'adjudication qui en est faite sur l'expropriation poursuivie contre le curateur au délaissement, tellement que, jusqu'à cette adjudication, il peut reprendre le fonds, en payant les sommes pour lesquelles il est hypothéqué.

PAGE 154.

(1) *Est entrée pour quelque chose dans la convention.* Par exemple, dans l'obligation contractée par un peintre, de faire un portrait, il est évident que la considération de la personne du peintre est entrée pour beaucoup dans la convention.

BIU Cujas

(2) *Malgré le créancier.* Il paroît qu'anciennement on distinguoit si le débiteur avoit intérêt ou non, à ce que la dette fût acquittée. S'il avoit intérêt, *putà*, s'il s'agissoit d'arrêter ou de prévenir des poursuites, le créancier pouvoit être mis en demeure, par des offres valablement faites à la requête de qui que ce fût. Dans le cas contraire, *putà*, s'il s'agissoit du remboursement d'une rente constituée, ou d'une dette non-exigible; comme le payement fait par un tiers n'auroit eu d'autre effet que de faire changer de créancier au débiteur, l'on pensoit qu'il pouvoit être refusé. (Pothier, *des Obligations*, n°. 464.) Pour que la question s'élève, il faut supposer que le créancier peut avoir intérêt à refuser son payement; mais si le cas se présentoit, je pense que la distinction ci-dessus devroit être adoptée.

Page 155.

(1) *Lorsque le payement doit avoir pour effet de transférer la propriété.* Je me suis servi de cette expression, parce qu'on ne peut plus dire actuellement, d'une manière générale, comme dans l'ancien droit, que le payement est une manière de transférer et d'acquérir la propriété. Comme d'après l'article 1138, le créancier est devenu propriétaire par l'effet seul de l'obligation, il est clair qu'il ne peut le devenir une seconde fois par le payement. L'on voit que le Code a établi ici, comme principe général, ce qui n'a lieu que pour les cas d'exception, c'est-à-dire, pour les cas où l'obligation n'a pu transférer la propriété. Ainsi, l'obligation d'une chose indéterminée, ne donne au créancier, comme nous l'avons dit précédemment, qu'une simple action personnelle. Il ne peut donc acquérir la propriété de la chose, que par le payement qui lui en est fait; et dans ce cas, il est évident qu'il ne peut être valablement fait que par celui qui est propriétaire de la chose payée, et capable de l'aliéner.

De ces mots, *capable d'aliéner*, faut-il conclure, par exemple, que, si un mineur a payé une chose qu'il devoit bien et légitimement, *putà*, comme héritier de son père, le payement sera nul, de manière qu'il puisse réclamer, quand il voudra, la chose payée? Je ne le pense pas. Mais il faut entendre cela dans le sens que ce payement n'aura pas les effets qu'auroit celui qui seroit fait par un propriétaire capable d'aliéner. Si, donc, l'obligation étoit nulle ou rescindable, ce payement ne seroit point regardé comme une ratification; il n'en résulteroit pas la présomption que la dette existoit. Si l'obligation étoit indéterminée, et qu'il y eût lésion dans le payement, en ce que le mineur auroit payé une chose d'une qualité supérieure à celle qu'il auroit pu payer, il pourra la réclamer, et en offrir une autre, etc.

(2) *Quand le créancier a consommé la chose de bonne foi.* En effet, pourquoi le payement fait par le non-propriétaire, n'est-il pas valable? C'est que le véritable propriétaire de la chose payée, pouvant la revendiquer, le créancier se trouve privé de l'avantage que le payement doit lui procurer, c'est-

BIU Cujas

à-dire, du droit de disposer de la chose à sa volonté. Si donc les choses sont venues à un point tel, que le propriétaire ne puisse plus revendiquer, alors le payement aura eu pour le créancier tout l'effet qu'il pouvoit avoir, et l'obligation doit être éteinte. Or, lorsque le créancier a consommé la chose de bonne foi, la revendication ne peut plus avoir lieu : car elle ne se donne que contre le possesseur, ou contre celui qui a cessé, par dol, de posséder, c'est-à-dire, qui savoit que la chose ne lui appartenoit pas, quand il a cessé de la posséder: *In rem actio contrà possidentem competit.* (*L.* 1, Cod. *Ubi in rem actio*, etc.) *Sed et is qui antè litem contestatam dolo desiit rem possidere, tenetur in rem actione.* (*L.* 27, §. 3, ff., *de rei Vindicat.*) Or, ici le créancier n'est plus possesseur, puisque la chose est consommée; ce n'est pas par dol qu'il a cessé de posséder, puisqu'il l'a consommée de bonne foi, c'est-à-dire, croyant en être propriétaire. La revendication ne peut donc plus être exercée contre lui; le payement a donc eu, à son égard, tout l'effet qu'il pouvoit avoir; il est donc valable, et l'obligation est éteinte. Il en est de même dans tous les cas où le créancier ne peut plus être évincé de la chose qu'il a reçue; *putà*, s'il l'a prescrite. (*L.* 60, ff., *de Solution.*), ou si celui qui l'a donnée en payement, en est devenu depuis propriétaire.

Quid, si la chose a péri? La loi 38, §, 3. *eod.*, décidoit que le payement étoit toujours nul, *quià nullo tempore res fuit creditoris.* Cependant Pothier paroît avoir adopté l'opinion contraire. (*Traité des Obligat.*, n°. 504.) Et il faut avouer que la raison donnée dans la loi 38 n'est pas très-concluante : car, quand c'est le créancier qui a lui-même consommé la chose, il n'en a jamais été propriétaire; et cependant, suivant les lois Romaines elles-mêmes, le payement étoit valable. (*LL.* 78 et 94, §. 2, ff., *de Solut.*)

Quid, si le créancier n'a pas consommé la chose, mais qu'il ait supprimé son titre par suite du payement qui lui a été fait? Il doit, s'il est assigné en revendication, mettre en cause celui qui lui a donné la chose en payement; et le juge, en ordonnant la remise de la chose au propriétaire, devra lui restituer la première obligation. Il y aura seulement cet inconvénient, que, s'il avoit une hypothèque, et que l'inscription prise ait été rayée, l'hypothèque lui sera bien restituée, mais avec rang du jour de la nouvelle inscription seulement. Les tiers qui ont traité avec le débiteur sur la foi de la radiation de l'hypothèque, ne peuvent souffrir de l'erreur qu'a commise le créancier, en recevant une pareille chose en payement.

Pourquoi la disposition de l'article 1238 n'est-elle applicable qu'au cas où la chose est fongible, et a été consommée de bonne foi? L'article 2279 porte, en général, qu'en fait de meubles, la possession vaut titre. Il sembleroit donc que, quelle que soit la chose payée, pourvu qu'elle soit mobilière, le créancier en est devenu propriétaire par le payement. Mais il faut dire aussi que l'article 2279 admet lui-même deux exceptions au principe qu'il établit, c'est

BIU Cujas

quand la chose a été perdue ou volée. Dans ces deux cas, le propriétaire peut la revendiquer pendant trois ans; mais si elle est fongible, et qu'elle ait été consommée de bonne foi, il n'y a pas lieu à la revendication; et c'est le cas prévu par l'article 1238.

(3) *Ou à son fondé de pouvoir. Quid*, si le fondé de pouvoir est mineur? Le payement est toujours valable. Le créancier doit s'imputer d'avoir choisi un pareil mandataire. (Art. 1990, et *L.* 11, ff., *de Solut.*)

Quid, s'il est en faillite? Si la faillite a eu lieu depuis que le mandat lui a été donné, il est certain qu'on ne peut lui payer. Le mandat finit par la faillite du mandataire. (Art. 2003.) Je pense qu'il en seroit autrement, s'il étoit déjà failli au moment du mandat. Ce cas doit être assimilé à celui du mineur mandataire.

Quid, si le mandat est révoqué? Tant que le débiteur n'a pas connoissance de la révocation, il peut payer valablement au mandataire. (Art. 2005.)

(4) *Ou à celui qui est autorisé par la loi*, comme son tuteur, si c'est un mineur; son mari, si c'est une femme commune en biens, et qu'il s'agisse d'une dette mobilière, etc. De même, l'huissier auquel le titre a été remis pour l'exécution, est par cela seul autorisé à recevoir le payement. *Secùs* de l'avoué auquel le titre a été remis à l'effet d'intenter l'action. (*L.* 86, ff., *de Solut.*) *Sic* jugé au parlement de Grenoble, par arrêt du 25 mai 1610, rapporté par Basset, tom. 2, Liv. 2, Tit. 5, chap. 3.

Par la même raison, l'élection de domicile faite par le créancier dans un exploit, commandement, ou saisie, n'est pas censé contenir pouvoir, en faveur de celui chez qui le domicile est élu, de recevoir le payement. *Nec obstat* l'article 584 du Code de Procédure, qui permet au débiteur de faire à ce domicile toutes significations d'offres réelles; d'où l'on pourroit conclure qu'il est permis d'y payer. Mais je pense que cela doit être entendu dans le sens que les offres sont valablement faites à ce domicile; que le créancier doit conséquemment s'y trouver, ou y faire trouver un mandataire chargé de recevoir pour lui; sinon, il est censé refuser les offres, et le débiteur peut se libérer en consignant. (*Voir* un arrêt de Cassation du 6 frimaire, an 13; Répertoire, *Verbo*, Domicile élu, §. 1, n°. 4.)

(5) *Ou par le juge*, comme un séquestre judiciaire.

(6) *A la personne indiquée à cet effet dans la convention.* (*Voyez* ci-dessus, la note (1) de la page 122.)

Le pouvoir de vendre est-il censé contenir celui de recevoir le prix de la vente? Il faut distinguer: Si la vente doit être faite au comptant, et que le mandat contienne pouvoir de livrer, il n'est pas douteux qu'il ne soit censé contenir également pouvoir de recevoir le prix, puisque, dans ce cas, le payement doit être fait en même temps que la livraison. *Secùs*, si la vente est faite à terme, ou si le mandataire n'est pas chargé de livrer. Par la même raison

BIU Cujas

le pouvoir de louer, ne contient pas celui de recevoir les loyers. (L. 1. §. 12; ff. *de exercit. Act.*)

(7) *Ou s'il en a profité : putà*, si le payement a été fait à quelqu'un qui n'avoit pas de pouvoir du créancier, mais qui a employé utilement la chose reçue, pour les affaires de ce dernier.

Il ne faudroit pas conclure de la généralité de ces expressions, *s'il en a profité*, que l'on pourroit payer valablement au créancier de son créancier, sans autorisation de lui ou de justice, sous le prétexte qu'il en profiteroit, parce qu'il acquerroit par là sa libération. On courroit en effet le risque d'être obligé de payer une seconde fois, si, par exemple, le créancier prouvoit, ou que la dette n'existoit pas, ou qu'elle étoit éteinte, ou qu'il avoit de bonnes raisons pour se dispenser de la payer quant à présent. De même si le créancier étoit lui-même insolvable, ses propres créanciers pourroient attaquer le payement, et prétendre avec fondement qu'il n'a pu être fait à leur préjudice; qu'il n'a pas dû dépendre d'un tiers, d'avantager un créancier plus que l'autre, etc.

(8) *S'il a été fait de bonne foi*, c'est-à-dire, si, au moment du payement, celui qui a payé, croyoit payer au véritable propriétaire de la créance. Au reste, comme nous l'avons déjà fait observer, la bonne foi se présume toujours; c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver.

(9) *A celui qui étoit en possession de la créance ;* par exemple, à celui qui étoit en possession de la succession du créancier, comme son présomptif héritier, et qui a ensuite été évincé par un héritier plus proche. Il résulte, au surplus, du principe sur lequel cet article est fondé, que tous les actes faits de bonne foi avec l'héritier putatif, sont valables. Et en effet, comment découvrir que celui qui est en possession d'une succession, n'est pas le véritable héritier? Quand il a un titre apparent, les tiers ne sont même pas recevables à le contester : et s'il y a un préjudice à souffrir, il doit être supporté bien plutôt par l'héritier véritable, qui a négligé de se faire connoître, que par celui qui a traité avec le possesseur de l'hérédité, et qui, encore une fois, n'avoit aucun moyen de connoître la vérité. Autrement, il y a une infinité de cas, dans lesquels on n'oseroit traiter avec un héritier; et il en résulteroit, dans toutes les transactions, une incertitude qui est bien opposée à l'esprit général du Code, et à l'intention bien prononcée du Législateur. Ces principes paroissent au surplus avoir été consacrés par un arrêt de Cassation du 5 avril 1815. (Sirey, 1815; 1re. partie. p. 137.) (*Voir* un autre arrêt de la même Cour du 3 août 1815. (*Ibid.* p. 286.)

(10) *S'il n'est pas capable de recevoir*. Par exemple, s'il est mineur, interdit, si c'est une femme mariée et non séparée, etc.

(11) *A moins, dans ce cas, que le débiteur ne prouve*. C'est donc au débiteur à prouver que l'incapable a profité du payement. Ce n'est pas à celui-ci à prouver qu'il n'en a pas profité : d'abord parce que c'est un fait négatif, et

BIU Cujas

que *factum negantis, nulla est probatio;* et en second lieu, parce que le payement étant nul, la chose due peut être demandée une seconde fois. Si le créancier a profité du payement, le débiteur peut, à la vérité, lui opposer l'exception de dol, *quatenùs locupletior factus est solutione.* (L. 4, §. 4, ff. *de Doli mali et metûs except.*) Mais c'est alors à lui à prouver son exception: *Reus excipiendo fit actor, et actori incumbit onus probandi.*

Quelle époque doit-on considérer pour juger si l'incapable est devenu plus riche par l'effet du payement? C'est celle où la demande du second payement est faite. (*L.* 4, ff. *de Exceptionibus.*) Si donc, à cette époque, la chose payée n'existe plus dans les biens de l'incapable, l'exception de dol ne peut être opposée par le débiteur; sauf cependant la distinction suivante: Si, avec la somme payée, l'incapable a acheté une chose qui lui étoit nécessaire, dont il ne pouvoit se passer, et que cette chose ait péri, même avant la demande, il est toujours censé avoir profité du payement; car, puisque l'on suppose que cette chose lui étoit indispensable, il eût été obligé de l'acheter avec d'autres deniers; et par conséquent, *locupletior factus est, quatenùs propriæ pecuniæ pepercit.* (*L.* 47, §. 1, ff. *de Solutionibus.*) Si la chose n'étoit pas nécessaire, il n'est censé avoir profité, qu'autant que la chose existe encore au moment de la demande. Et même alors, Pothier, n°. 468, pense avec raison qu'il peut encore répéter la somme due, en offrant de remettre au débiteur la chose qu'il a achetée.

Observez que, si le payement a été fait à une femme mariée, commune en biens, et non séparée, il ne suffiroit pas de prouver qu'elle en a profité personnellement, il faudroit encore prouver que la communauté en a profité: autrement le mari pourra toujours demander la nullité du payement.

Page 156.

(1) *Si le payement a été fait au préjudice de saisies-arrêts ou oppositions.* Dans l'état actuel, il n'y a plus de différence entre la saisie-arrêt et l'opposition. (*Cod. de Proc.*, Liv. V, Tit. VII.)

Pour les formalités à observer dans les saisies-arrêts ou oppositions, *voyez* le même Code, art. 557 à 582, et notamment les articles 563, 564 et 565, relatifs à la demande en validité de la saisie, et à la dénonciation de cette demande au tiers saisi.

Pour l'effet des oppositions sur les cautionnemens des fonctionnaires, et sur les fonds des communes, voyez les *Avis du Conseil-d'Etat*, approuvés le 12 août 1807 (*Bulletin* n°s. 2661 et 2662); et, pour les formalités des oppositions entre les mains des caissiers des fonds publics, voyez le *Décret* du 18 du même mois (*Bulletin*, n°. 2663.)

Observez: 1°. qu'il n'est admis d'opposition au payement d'une lettre-de-

BIU Cujas

change, que dans deux cas : celui de perte de la lettre, et celui de faillite du porteur. (*Cod. de Comm.*, art. 149.)

2°. Que, si la créance porte intérêt, celui qui est empêché de payer par des saisies-arrêts, n'en doit pas moins les intérêts, jusqu'à la consignation.

Et 3°. qu'il est des créances qui ne peuvent être saisies; ce sont, 1°. les rentes sur l'Etat. (*Loi du* 8 *nivose an* 6.)

2°. Les traitemens des fonctionnaires publics ne sont saisissables que jusqu'à concurrence du cinquième sur les premiers mille francs et les sommes au-dessous; du quart, sur les cinq mille francs suivans, et du tiers sur tout l'excédant des six mille francs, à quelque somme qu'il puisse monter. (*Loi du* 21 *ventose an* 9, *Bulletin*, n°. 572.) Quant aux traitemens ecclésiastiques, ils sont insaisissables dans leur totalité. (*Arrêté du* 18 *nivose an* 11, *Bulletin*, n°. 2247.) Il en est de même des pensions, soldes de retraite, traitemens de réformes, pensions des militaires, et de la Légion-d'Honneur. (*Arrêté du* 7 *thermidor an* 10, *Bulletin*, n°. 1867, et *Avis du Conseil-d'Etat, approuvé le* 2 *février* 1808 (*Bulletin*, n°. 3069), et ce, quand même les pensions ne seroient établies par brevet, ni dues par l'Etat, et quand même elles seroient payées sur des fonds provenans de retenues mensuelles, faites aux employés. Arrêt de Cassation du 28 août 1815 (*Bulletin*, n°. 56); sauf toutefois la retenue du tiers au profit de la femme et des enfans des militaires, conformément à l'*Avis du Conseil-d'Etat*, *approuvé le* 11 *janvier* 1808. (*Bulletin*, *n°.* 2937.)

3°. Les revenus des biens composant les majorats. Cependant ils peuvent être saisis, jusqu'à concurrence de moitié, d'abord pour les dettes privilégiées contenues dans l'article 2101 du Code, et ensuite pour celles qui sont désignées dans les n°s. 4 et 5 de l'article 2103, pourvu, dans ce dernier cas, qu'il ne s'agisse que de réparations usufructuaires, et sauf à obtenir une autorisation spéciale du Roi, pour les grosses réparations. (*Décret du* 1^er^. *mars* 1808, *Bulletin*, n°. 3207, art. 51, 52, et 53.)

4°. Les provisions alimentaires adjugées par justice, excepté pour cause d'alimens;

5°. Les sommes et objets déclarés insaisissables par le testateur ou donateur, et qui étoient disponibles dans sa main;

6°. Les sommes et pensions pour alimens, encore que le testament ou l'acte de donation ne les déclare pas insaisissables.

Néanmoins, les objets mentionnés dans les deux derniers numéros ci-dessus peuvent être saisis par des créanciers postérieurs à l'acte de donation, ou à l'ouverture du legs; et ce, en vertu de la permission du juge, et pour la portion qu'il déterminera. (*Cod. de Procéd.*, art. 581 et 582.)

Cependant, malgré le caractère d'insaisissabilité attaché à ces objets, il n'est pas prudent à celui qui en est débiteur, de payer, au préjudice d'une saisie

BIU Cujas

quelconque; parce que, s'il arrivoit que le saisissant prouvât qu'il est dans un des cas d'exception ci-dessus mentionnés, il pourroit faire annuller le payement dans son intérêt.

Actuellement qu'aux termes de l'article 559 du Code de Procédure, toute saisie-arrêt doit contenir l'énonciation du titre et de la somme pour laquelle elle est faite, la question suivante peut s'élever : Pierre doit dix mille francs à Paul; Jacques fait une saisie-arrêt entre ses mains, pour une somme de deux mille francs. Pierre peut-il payer à Paul les huit mille francs restans, ou toute autre somme moindre? Oui, si en même temps et du consentement de Paul, il paye les deux mille francs réclamés par Jacques. Autrement, la validité du payement fait à Paul dépendra de ce qui aura lieu par la suite. S'il ne survient pas d'autres saisies-arrêts, il est clair qu'il ne pourra être inquiété par Jacques, qu'autant que la somme restant entre ses mains ne seroit pas suffisante pour acquitter tout ce qui pourra être dû à Jacques, en principal, intérêt et frais. Mais s'il survient de nouvelles saisies-arrêts, alors, comme la somme qu'il a entre les mains, devra être distribuée entre Jacques et les autres saisissans, s'il arrivoit qu'au moyen de cette distribution, Jacques ne fût pas payé entièrement, il auroit un recours contre Pierre, pour se faire restituer la différence qui se trouveroit entre la somme qu'il touche réellement, et celle qu'il auroit touchée, s'il n'eût pas été fait de payement. Car c'est un préjudice qu'il souffre par le fait de Pierre, et dont Pierre doit conséquemment l'indemniser. Mais il est évident que les créanciers qui n'auroient formé opposition que postérieurement au payement fait à Paul, n'auroient aucun recours à exercer contre Pierre.

(2) *Selon leur droit.* C'est-à-dire que, si le montant de leurs créances n'égale pas celui de la dette payée au préjudice de leurs saisies, ils ne peuvent exiger du débiteur que le payement de la somme suffisante pour les payer.

(3) *Sauf son recours contre le créancier;* mais seulement dans le cas où il seroit inquiété par le saisissant. Sinon, il n'a aucun recours. Il pouvoit ne pas payer; mais s'il a payé, il ne peut répéter.

(4) *Par un jugement passé en force de chose jugée.* Nous avons déjà vu que le jugement supplée le consentement : *Judiciis quasi contrahimus.*

(5) *Capable de payer.* Soit le débiteur lui-même, soit un tiers, dans le cas où l'obligation peut être acquittée par toute personne.

(6) *Que la condition soit accomplie.* Lorsque la créance est conditionnelle, on ne peut forcer le créancier de recevoir avant l'événement de la condition, attendu que ce seroit lui imposer l'obligation de rendre, si la condition venoit à défaillir. Or, personne ne peut être forcé de contracter une pareille obligation.

(7) *Au lieu convenu pour le payement. Quid*, si le créancier n'a de domicile, ni réel, ni d'élection, dans le lieu convenu pour le payement? Je pense

BIU Cujas

que ce cas doit être assimilé à celui où le défendeur n'a pas de domicile connu; et que l'on devroit appliquer le n°. 8 de l'art. 69 du Code de Procédure.

S'il y a un lieu convenu pour le payement, cela emporteroit-il dérogation à l'art. 584 du Code de Procéd., qui enjoint au créancier qui veut saisir-exécuter, d'élire, dans le commandement qui précède la saisie, domicile dans la commune où doit se faire l'exécution, si toute-fois il n'y demeure pas; et qui permet au débiteur de faire à ce domicile élu toutes significations, mêmes d'offres réelles, et d'appel? L'affirmative a été jugée à Paris, et en Cassation le 28 avril 1814, (Sirey, 1814; 1re. partie, page 209.) Malgré ces deux arrêts; je ne regarde pas la question comme étant entièrement hors de controverse. Il est certain que l'art. 584 contient une exception à la règle ordinaire, exception fondée sur ce qu'on a voulu faciliter au débiteur qui est sur le point d'être exécuté dans ses meubles, le moyen d'arrêter la saisie par des offres valables; or le but de la loi seroit manqué, si cela n'avoit pas lieu dans tous les cas. D'ailleurs, l'article 584 ne contient aucune exception.

(8) *A la personne, ou au domicile du créancier.* Cependant l'art. 1247 dit, que dans les cas ordinaires, le payement doit être fait au domicile du débiteur. Mais il est évident que le débiteur ne peut faire des offres à son propre domicile. Au surplus, même dans ce cas, l'article 1247 aura pour effet que, si, pour faire les offres au domicile du créancier, le débiteur a été obligé de payer quelques frais pour le transport de la chose offerte, le créancier sera tenu de lui en rembourser le montant, si en définitif les offres sont jugées valables.

Quid, s'il y a dans le contrat, une personne indiquée pour recevoir le payement? Les offres peuvent lui être faites; la règle générale est que l'on peut offrir à celui à qui l'on peut payer; et *vice versâ*, qu'il n'y a que celui qui peut payer, qui puisse faire des offres valables.

Quid, si le créancier est inconnu; *putà*, s'il s'agit d'un effet de commerce susceptible d'être transmis par la voie de l'endossement, et que l'on ignore en quelles mains il se trouve? La loi du 6 thermidor an 3, porte que, si le billet n'est pas présenté dans les trois jours de son échéance, le débiteur est autorisé à consigner la somme, et à remettre l'acte du dépôt en échange du billet, quand il lui sera présenté; et la somme déposée doit être remise, sans autre formalité, que la remise de l'acte de dépôt, revêtu de la signature de celui qui reçoit. S'il ne sait pas écrire, il en est fait mention sur les registres.

(9) *Pour l'exécution de l'acte*, sauf ce qui est dit dans l'avant-dernière note, relativement au cas prévu par l'article 584 du Code de Procédure.

(10) *Ayant caractère pour ces sortes d'actes*, c'est-à-dire un huissier.

(11) *De la totalité de la chose. Quid*, si les offres excèdent la totalité de la chose due? Je pense qu'il faut distinguer: Si la somme est composée de plusieurs pièces, tellement que le créancier puisse prendre ce qui lui est dû, et laisser le surplus, les offres sont valables, *quia majori summæ minor inest.*

BIU Cujas

Mais si la chose offerte étoit telle que le créancier fût obligé de rendre *de suo*, comme cela a pu arriver dans le temps du papier-monnoie, quand il n'y avoit pas de petits billets, je pense que les offres doivent être regardées comme nulles et non avenues.

PAGE 157.

(1) *Ou la somme exigible.* Le débiteur peut même offrir ce qui n'est pas encore exigible, à moins, comme on l'a déjà dit, que le terme n'ait été stipulé en faveur du créancier.

(2) *Si le créancier les a refusées.* Remarquez que les offres non acceptées ne changent rien au droit du créancier. En conséquence, le débiteur peut bien leur donner suite, et se libérer en consignant; mais s'il ne le fait pas, et que la créance, par exemple, ne soit pas encore échue, le créancier ne peut pas argumenter des offres qu'il a refusées, pour prétendre qu'elle est devenue exigible, et pour en poursuivre, par suite, le remboursement.

(3) *Et sans avoir besoin d'y être autorisé par le juge. Quid*, si le créancier conteste la validité des offres? Cela ne doit pas empêcher la consignation, tellement que, si le débiteur ne consignoit pas, les intérêts continueroient de courir. Mais la consignation suivra le sort des offres. Si elles sont déclarées nulles, la consignation le sera également, et les intérêts seront censés avoir continué de courir. Car, si les offres sont nulles, le créancier a eu raison de les refuser; et conséquemment la consignation n'a pu lui préjudicier.

(4) *Dans le lieu indiqué par la loi.* D'après l'Ordonnance du 3 juillet 1816, article 1^er^. (*Bulletin*, n°. 876), les consignations pécuniaires, ordonnées, soit par jugement, soit par décision administrative, doivent être faites à la Caisse des dépôts et consignations, qui est tenue d'en payer les intérêts, à raison de trois pour cent, à compter du soixante-unième jour à partir de la date de la consignation, jusques et non compris celui du remboursement. (Article 14.) Par l'article 1^er^. d'une deuxième Ordonnance du même jour (*Bulletin*, n°. 877), la même Caisse est autorisée à recevoir les consignations volontaires.

Lorsque la consignation est purement volontaire, et qu'elle n'est accompagnée d'aucune acceptation ou opposition duement notifiée au receveur de la Caisse où elle a été faite, la Caisse ne peut exiger, pour la restituer, que la remise de son propre récépissé, revêtu de la décharge du consignateur.

S'il y a eu acceptation ou opposition notifiée, le remboursement ne peut s'effectuer qu'à la vue et sur la remise d'un jugement rendu entre parties, et non sur requête (Circulaire ministérielle du 1^er^. septembre 1812, rapportée dans SIREY, 1814, 2^e^. partie, page. 111), et passé en forme de chose jugée, ou d'un acte notarié, contenant le consentement des tiers acceptans ou

BIU Cujas

opposans. (*Avis du Conseil-d'Etat, approuvé le* 16 *mai* 1810, *Bulletin*, n°. 5416.)

Nota. Un arrêt de Paris, du 15 mai 1816, a jugé que la consignation pouvoit se faire dans le lieu du domicile élu pour l'exécution de l'acte. (SIREY, 1817, 2°. partie, pag. 52.)

(5) *Jusqu'au jour du dépôt.* L'article 816 du Code de Procédure, dit, *jusqu'au jour de la réalisation*; ce qui peut n'être pas la même chose. Car on entendoit anciennement par *réalisation*, l'acte par lequel le débiteur réitéroit à l'audience, par le ministère d'un avoué, les offres qu'il avoit déjà faites au créancier, et que celui-ci avoit refusées. Cette réalisation avoit lieu, lorsqu'il y avoit une demande en nullité des offres, de la part du créancier, ou en validité desdites offres, de la part du débiteur. Or, si c'est du moment de cette réalisation que les intérêts cessent de courir, d'après ledit article 816, il est évident qu'il y a dérogation à l'article 1259 du Code Civil.

On a prétendu trouver une raison de différence en ce que, a-t-on dit, dans l'article 1259, il s'agit d'une consignation purement volontaire, c'est-à-dire, faite sans aucun acte judiciaire. On conçoit, ajoute-t-on, que, dans ce cas, le débiteur pourroit retarder la consignation, afin de jouir gratuitement de la chose offerte; et c'est pour prévenir les effets de ce retard, qu'il a été décidé que les intérêts ne cesseroient que du jour de la consignation. Mais, dans l'article 816, il s'agit d'une consignation pour laquelle on demande l'autorisation de justice, et à l'égard de laquelle on ne peut avoir les mêmes craintes. Le débiteur ne peut retarder la demande en validité, puisqu'elle a dû être formée avant la réalisation à l'audience. D'ailleurs, dans le premier cas, il peut consigner immédiatement après avoir fait les offres; dans le second, il est obligé d'attendre le décision de la justice: il ne seroit donc pas juste de lui faire payer les intérêts qui ont couru pendant ce temps. A tous ces moyens l'on peut répondre:

1°. Que l'on ne doit voir dans le Code de Procédure, de dérogation au Code Civil, qu'autant qu'elle y est formellement exprimée.

2°. Que, dans l'article 816, il s'agit non-seulement du cas où le créancier demande la nullité des offres, mais encore de celui où le débiteur en demande la validité.

3°. Que, dans toutes les circonstances possibles, le débiteur pourroit former une demande en validité, rendre par-là la consignation judiciaire, et éluder ainsi la disposition de l'article 1259, qui fait courir les intérêts jusqu'au jour du dépôt.

4°. Que la demande en validité étant toute dans l'intérêt du débiteur, qui ne veut pas courir le risque de faire une consignation nulle, il ne seroit pas juste qu'il pût améliorer sa condition par une procédure à laquelle il n'est pas obligé, et qu'il ne fait que par précaution.

5°. Que le même motif qui a fait décider que, dans la consignation volon-

BIU Cujas

taire, les intérêts ne cesseroient que du jour du dépôt, existe également dans la consignation judiciaire, puisqu'après la réalisation à l'audience, le débiteur peut retarder le jugement, et, après le jugement même, retarder la consignation.

6°. Enfin, qu'il n'est pas exact de dire que le débiteur est obligé d'attendre la décision de la justice. Nous avons prouvé, dans l'avant-dernière note, que le débiteur peut consigner, même quand les offres sont contestées; à plus forte raison, quand elles ne le sont pas, et que c'est lui qui forme la demande en validité.

D'après ces motifs, je pense que l'on ne peut établir aucune différence entre la consignation volontaire et la consignation judiciaire, et que, par le mot *réalisation* de l'article 816, il faut entendre le dépôt de la somme à la Caisse chargée de la recevoir. Cette interprétation me paroît d'autant plus fondée que nous ne voyons nulle part, que, sur les demandes en nullité ou en validité des offres, le Code de Procédure exige la réalisation, telle qu'on l'entendoit anciennement, c'est-à-dire, la réitération des offres à l'audience. Or, il semble que, si l'intention du Législateur avoit été que les intérêts cessassent de courir du jour de cette réalisation, il en auroit au moins parlé plus en détail; il auroit prescrit le moment et le mode de la faire, etc. Il faut donc prendre ici le mot de *réalisation*, dans sa véritable acception, c'est-à-dire, pour l'acte par lequel on effectue le payement réel, ou ce qui est la même chose dans l'espèce, la consignation. (*Voir* dans l'ancien DENISART, v°. *Intérêts*, n°. 4, un arrêt rendu au Parlement de Paris, le 30 mars 1767, qui a jugé que la réitération des offres, à l'audience, n'avoit pas empêché le cours des intérêts. *Voir* aussi ROUSSEAUD DE LA COMBE, v°. *Consignation*, n°. 1, et la loi 19, *Cod. de Usur.*)

Quelques personnes ont émis une autre opinion. Elles ont prétendu que par le mot *réalisation*, il falloit entendre les offres réelles mêmes; que, par conséquent, l'article 816 du Code de Procédure déroge en ce point à l'article 1259 du Code Civil, et qu'il se concilie, au contraire, parfaitement avec l'article 1257 du même Code. En effet, ajoute-t-on, ce dernier article dit que les offres suivies de consignation, libèrent le débiteur. Donc, dit-on, le débiteur est libéré du jour des offres, si toutefois il y a consignation postérieure: ou, en d'autres termes, la libération résultant des offres, est censée avoir lieu sous la condition suspensive; si elles sont suivies de consignation. Or, l'accomplissement de la condition suspensive, a un effet rétroactif au moment de l'acte même. Donc, quand la consignation a été opérée, la libération est censée avoir eu lieu du jour des offres: donc, les intérêts ont dû cesser de ce même jour; car il répugneroit que le débiteur fût libéré, et que les intérêts continuassent de courir. Mais, d'abord, je ne pense pas que l'article 1257 doive être ainsi entendu; certainement ces mots, *les offres suivies de consignation libèrent, etc.*, sont synonimes de ceux-ci: *le débiteur est libéré par les*

BIU Cujas

offres réelles et la consignation. Donc, pour qu'il y ait libération, il faut qu'il y ait tout-à-la-fois offres réelles et consignation : et cette interprétation se trouve appuyée, 1°. sur l'article 1259, qui fait courir les intérêts jusqu'au jour du dépôt ; donc, ce n'est que le dépôt qui complette la libération : et 2°. sur ce que le Code ne fixe aucun délai pour effectuer la consignation; d'où il résulteroit, dans le système que je combats, que le débiteur pourroit se contenter de faire des offres, et garder ensuite son argent, en le faisant valoir à son profit. L'on objecte l'article 816 du Code de Procédure : mais en donnant au mot *réalisation* l'acception que je lui donne ici, et qui, dans le fait, est la plus grammaticale, toute contradiction disparoît. Les partisans de l'opinion contraire opposent encore un arrêt de la Cour de Cassation, du 27 floréal, an 10 (Sirey, an 10; pag. 301), qui a rejeté le pourvoi contre un jugement, lequel avoit décidé, que l'acquéreur qui avoit fait des offres réelles, et qui avoit ensuite demandé à être autorisé à consigner, demande à laquelle les créanciers du vendeur s'étoient indûement opposés, ne devoit les intérêts que jusqu'au jour des offres. Mais, d'abord, il s'agit ici d'un arrêt de rejet fondé, est-il dit dans le considérant, sur ce qu'il n'y a aucune loi qui prohibe aux tribunaux de faire supporter la peine du retard à ceux qui y ont donné lieu. En second lieu, l'on tenoit assez généralement dans l'ancien droit, que la consignation devoit être autorisée par le juge; il n'eût donc pas été juste de condamner aux intérêts, jusqu'au jour de la consignation, l'acquéreur qui avoit voulu consigner, et qui en avoit été empêché par les chicanes des créanciers de son vendeur. Cet arrêt n'est donc point applicable au droit actuel, sous l'empire duquel la consignation n'a pas besoin d'être autorisée pas justice.

De ce que la consignation est nécessaire pour libérer le débiteur, et faire cesser les intérêts, il n'en faut pas conclure que les offres seules seroient entièrement inutiles. En effet, la disposition qui fait courir les intérêts jusqu'au dépôt, est peut-être contraire au droit strict. Car, par cela seul que le débiteur a purgé la demeure, et qu'il a mis, au contraire, le créancier en demeure, il paroîtroit que ce dernier devroit ne plus pouvoir exiger d'intérêts; mais on a pensé que le débiteur continuant à jouir de l'argent, il étoit juste qu'il en payât les intérêts; et que d'ailleurs, la loi n'ayant pas fixé de terme pour la consignation, le plus souvent le débiteur ne consigneroit pas, s'il n'y étoit déterminé par le désir de faire cesser les intérêts. D'après cela, l'on doit dire que les offres seules constituent le créancier en demeure, dans le sens qu'elles ont pour effet de libérer le débiteur de toutes les obligations secondaires qu'il auroit pu contracter pour le cas d'inexécution de l'obligation principale dans un délai prescrit, telles que clause pénale, etc., de faire supporter au créancier la perte occasionnée par la diminution des espèces offertes, survenue dans l'intervalle des offres à la consignation.

(6) *Par l'officier ministériel.* On a jugé à Nîmes, le 22 août 1809, et avec raison, que le procès-verbal fait par le receveur des consignations, hors la pré-

BIU Cujas

sence de l'huissier, étoit nul, et emportoit la nullité de la consignation. (*Journ. de la Jurisp. du Code Civil*, tome XIII, page 236.)

(7) *Avec sommation de retirer la chose déposée.* Le débiteur est-il libéré du jour du dépôt, ou du jour de la signification du procès-verbal? L'article exige quatre conditions pour la validité de la consignation, dont l'une est la signification du procès-verbal de dépôt. Donc, tant que cette signification n'a pas été faite, la consignation n'est pas valable, et le débiteur n'est pas libéré. *Nec obstat* que les intérêts cessent du jour du dépôt; car, *stricto jure*, ils devroient cesser du jour des offres, puisque c'est de ce jour que le créancier est en demeure de recevoir; et si on les fait courir jusqu'au jour du dépôt, c'est parce que ce n'est que de ce jour qu'il est certain que le débiteur ne retire plus aucun profit de la chose ou de la somme offerte. (Ce qui confirme la décision contenue dans l'avant-dernière note.) Mais cela n'empêche pas que la libération ne doive avoir lieu du jour de la signification du procès-verbal seulement; car, comme cette signification n'a lieu que quand le créancier a fait défaut lors du dépôt, ce n'est que du jour qu'elle a été faite, que le créancier a été légalement instruit que le dépôt a eu effectivement lieu, et qu'il a été mis en demeure de le retirer. Jusque-là donc, la chose ou la somme reste aux risques du débiteur.

(8) *Les frais sont à la charge du créancier.* Cela doit-il s'entendre des offres suivies de consignation, ou des offres seules? ou, en un mot, les frais des offres, acceptées ou refusées, sont-ils à la charge du créancier, quand même il n'y auroit pas de consignation? D'abord, quant aux offres refusées, non suivies de consignation, et dont le débiteur n'a pas poursuivi la validité, il n'est pas douteux qu'elles ne soient à la charge du débiteur. Dès qu'il n'a pas consigné, c'est qu'il est censé avoir reconnu l'insuffisance des offres. Quant aux offres acceptées, cela pourroit faire plus de difficulté. Il sembleroit d'abord qu'elles devroient être également à la charge du débiteur, d'après l'article 1248, qui met à sa charge les frais de payement. Mais cependant, comme il est présumable qu'il ne s'est porté à faire des offres que par suite du refus fait par le créancier de recevoir le payement à l'amiable, et que, d'ailleurs, aux termes de l'article 1247, le payement doit être fait à son domicile, et que conséquemment il ne doit pas supporter les frais de celui qui est fait au domicile du créancier, je pense que les frais des offres acceptées, doivent être à la charge du créancier. D'ailleurs, les frais de la demande sont à la charge du débiteur, même lorsqu'il paye sur l'exploit. Donc, *à part*, les frais d'offres, même acceptées par le créancier, doivent être à la charge de ce dernier.

BIU Cujas

PAGE 158.

(1) *Aux risques du créancier*, qui n'est plus alors créancier du premier débiteur, mais du consignataire. La diminution d'espèces doit-elle être pour son compte ? Anciennement cela ne pouvoit souffrir difficulté. Le receveur des consignations étoit un simple dépositaire qui ne pouvoit employer l'argent. Il étoit donc libéré en rendant identiquement les espèces consignées. Aujourd'hui que la Caisse des dépôts est autorisée à faire valoir les fonds, puisqu'elle en paye l'intérêt, elle est censée en devenir propriétaire ; et l'on doit alors lui appliquer l'art. 1895.

Nota. Un arrêt de Cassation du 16 juin 1813 (SIREY, 1815 ; 1re. partie, p. 300), a jugé que la consignation libère bien le consignant à l'égard du créancier, mais qu'elle pouvoit bien ne pas libérer celui-ci à l'égard des saisissans dont les saisies avoient occasionné la consignation. Cette décision est fondée en principe, pour tous les cas où les saisissans n'ont pas été mis en demeure de faire distribuer entre eux les deniers consignés. Dans l'espèce de l'arrêt ci-dessus, il s'agissoit de sommes consignées en assignats ; et l'arrêt a jugé que celui sur qui la saisie étoit faite, ne les ayant pas fait distribuer, et n'ayant pas mis ses créanciers en demeure de les faire distribuer, devoit être responsable de la dépréciation.

(2) *Par un jugement passé en force de chose jugée.* Toujours d'après le principe déjà fréquemment cité : *Res eodem modo dissolvi debet quo fuit colligata.* Il a fallu le concours des deux volontés pour former l'obligation : il faut le même concours pour la dissoudre définitivement. La volonté du débiteur est exprimée par les offres et la consignation ; celle du créancier, par l'acceptation, ou par le jugement qui équivaut à l'acceptation. Pour ce qu'on doit entendre par un jugement *passé en force de chose jugée*, voyez ci-après les notes sur le Titre *des Priviléges et Hypothèques.*

(3) *Jusque-là le débiteur peut la retirer*, parce que, jusque-là, il en conserve la propriété ; cependant la chose est aux risques du créancier, parce que, dès que les offres et la consignation sont supposées valables, il a eu tort de les refuser. Il doit donc indemniser le débiteur de tout le tort que ce refus peut lui occasionner. Or, cette indemnité consiste à être chargé des accidens que la chose peut éprouver.

(4) *Il n'a plus d'hypothèque.* Remarquez qu'il n'est plus question de priviléges. Ils sont éteints irrévocablement, et ne peuvent plus revivre. Il faut observer, en effet, que par l'acceptation ou le jugement, la créance a été vraiment éteinte. Lorsque le créancier consent à ce que le débiteur retire sa consignation, c'est, comme nous le disons dans le texte, une nouvelle obligation, à laquelle les parties peuvent, si elles le jugent convenable, attacher

BIU Cujas

de nouvelles hypothèques, puisque l'hypothèque peut s'établir par la convention des parties. Il n'en est pas de même du privilége ; il ne dépend point de la convention des parties; il tient à la nature de la créance. Or, dans l'espèce, la créance primitive pouvoit être, de sa nature, privilégiée. Mais encore une fois elle a été éteinte par la consignation acceptée ou jugée valable. Les parties peuvent bien donner naissance à une nouvelle obligation; mais il ne dépend pas d'elles de la rendre privilégiée.

Quant à l'hypothèque, il faut décider, par la même raison, que ce n'est point l'ancienne qui revit : elle a été éteinte, comme nous l'avons dit. C'est donc une nouvelle hypothèque. Cela est important, parce qu'alors il faut remplir toutes les formalités requises par la loi, pour établir une hypothèque conventionnelle; il faut acte notarié, spécialité de l'hypothèque, nouvelle inscription, etc. L'article 1263 s'est contenté d'exprimer cela d'une manière générale, parce que, quand il a été rédigé, l'on ignoroit quelles seroient les formes qui seroient définitivement adoptées pour l'établissement et la conservation de l'hypothèque.

(5) *A sa volonté.* Un payement ainsi fait d'avance, pourroit-il être attaqué par les créanciers du débiteur? Voyez ci-dessus les notes (6) de la page 128, et (12) de la page 146.

(6) *A moins que le terme n'ait été aussi apposé en faveur du créancier.* Observez que le remboursement des capitaux dus aux hospices, communes, fabriques, etc., ne peut être fait, qu'après que les administrateurs ont été avertis un mois à l'avance. (*Avis du Conseil-d'Etat, approuvé le* 21 *décembre* 1808, *Bulletin*, n°. 4034.) Cependant j'inclinerois à penser que cette disposition, qui a pour but de donner aux administrateurs le temps de trouver un placement, ne concerne que le remboursement des capitaux dus sans terme, tels que les rentes ou autres semblables ; car le terme, lorsqu'il existe, avertit suffisamment. (Argument tiré des articles 1736 et 1737.)

Nota. Il a été jugé à Colmar, et avec raison, le 22 mai 1812 (Sirey, 1814 ; 2e. partie, p. 82), que, lorsque la dette est payable en plusieurs termes, la quittance d'un terme, sans réserve, doit faire présumer le payement des termes antérieurs.

(7) *Tant que la condition n'est pas accomplie.* Parce que, jusque-là, il n'y a pas d'obligation : la chose n'est donc pas encore due.

Page 159.

(1) *Au lieu désigné par la convention.* Soit que la désignation soit expresse, soit qu'elle résulte des expressions de l'acte constitutif de l'obligation. Mais remarquez, 1°. qu'il ne faut pas confondre l'indication du lieu de payement avec l'élection de domicile. Les significations faites au lieu indiqué pour le payement, seroient nulles. Ainsi jugé en Cassation le 29 octobre 1810.

BIU Cujas

(Sirey, Tom. 10, 1re. part., pag. 378.) 2°. Qu'en matière de commerce, l'art. 420 du Code de Procéd. permet d'assigner devant le juge du lieu où le payement doit être effectué. Mais l'exploit doit toujours être signifié à la personne ou au domicile du créancier.

(2) *Au lieu où étoit la chose au moment de l'obligation.* J'ai déposé un meuble chez vous; depuis, je vous le prête. Devez-vous me le rendre chez vous? La raison de douter, c'est qu'il y a novation. Le contrat de dépôt n'existe plus: il ne reste plus que celui de prêt. Or, lorsqu'il a été contracté, le meuble étoit chez vous. Je pense néanmoins que vous devez rendre le meuble chez moi. Au moment du prêt, il y a eu tradition *brevis manûs*. Vous êtes censé m'avoir remis la chose, *ex causâ depositi;* et je suis censé vous l'avoir livrée *ex causâ commodati*. Or, il est d'usage que l'emprunteur vienne chez le prêteur chercher la chose prêtée. L'on doit donc supposer que vous avez pris le meuble chez moi. Appliquer alors l'art. 1247.

(3) *Au domicile du débiteur.* Si cependant le débiteur avoit changé de domicile depuis l'obligation, et qu'il en ait pris un, plus éloigné du domicile du créancier, je pense qu'il devroit indemniser celui-ci des frais de remise.

Observez que, dans la vente, le payement du prix doit, à défaut de convention, se faire au lieu où l'objet vendu doit être livré. (Art. 1651.)

(4) *Et les frais qu'il peut occasionner.* Tels que les frais de papier timbré pour la quittance; le coût de l'acte, s'il est notarié.

Observez que la règle relative au timbre ne s'applique pas à l'état. Les quittances qui doivent lui être fournies par des particuliers, doivent être timbrées aux frais de ces derniers. (Art. 29 de la loi du 13 brumaire an 7.)

(5) *Sont à sa charge.* Cependant les frais de l'enregistrement fait avant l'échéance, ne sont à la charge du débiteur, qu'autant qu'il a refusé de se libérer après l'échéance ou l'exigibilité de la dette. (Loi du 3 septembre 1807, art. 2, *Bul.*, n°. 2741.) *Voir* aussi l'art. 193 du Code de Procédure.

(6) *Le créancier ne peut être forcé de la recevoir. Quid*, s'il y consent? Il en résulte le contrat appellé *datio in solutum*; contrat qui a beaucoup d'affinité avec le contrat de vente. Pour en connaître les différences, *voyez* au 3e. Vol. la note(4) de la page 65.

Quid, dans ce cas, si le créancier est évincé de la chose qu'il a consenti à recevoir en payement? L'ancienne obligation revit, mais seulement en ce qui concerne le débiteur principal seulement. Mais dans tout ce qui intéresse les tiers, elle est irrévocablement éteinte. *Voyez* au 3e. Vol. la note (6) de la page 142.

(7) *Mais après que le débiteur a été mis en demeure;* à moins, dans ce dernier cas, que le débiteur ne puisse prouver que les détériorations auroient eu également lieu chez le créancier, si la chose lui eût été livrée. (Art. 1302.)

BIU Cujas

(8) *Suivant les circonstances. Quid* si la chose est tout-à-fait périe ? Si la perte a eu lieu sans le fait et la faute du débiteur, et avant qu'il fût en demeure, il est libéré. Si c'est après la demeure, il est également libéré, s'il peut prouver, comme ci-dessus, que la perte auroit également eu lieu chez le créancier, si la chose lui eût été livrée. (Art. 1302.) Si la perte est survenue par le fait du débiteur, il doit le prix de la chose avec dommages-intérêts, s'il y a lieu. Pour la base d'après laquelle l'estimation doit être faite, *voyez* au 3e. Volume, la note (3) de la page 192.

(9) *Qui ne soit déterminée que par son espèce. Quid*, s'il s'agit de choses *generis limitati ?* Je pense que, dans ce cas, l'obligation doit être réputée alternative, et qu'en conséquence le choix est au débiteur. (Art. 1195.) (*Voir* au 3e. Vol. la note (6) de la page 62 *in fine.*)

(10) *Le débiteur n'est pas tenu de la donner de la meilleure qualité.* Le mot *espèce* se trouve répété deux fois dans l'art. 1246; mais il ne doit pas être pris dans la même acception. Il est évident que la seconde fois, il est synonyme à *qualité.*

Page 160.

(1) *Le débiteur ne peut donc forcer le créancier.* Mais le créancier peut y être forcé par la loi, *putà*, dans le cas de compensation. Lorsque les deux dettes ne sont pas égales, celui qui a la plus forte créance, est obligé d'en souffrir l'extinction, jusqu'à concurrence de la plus foible. (Art. 1290.)

Admettroit-on, dans notre droit, la décision de la loi 31, ff. *de Rebus credit.*, qui, en cas de contestation entre le créancier et le débiteur sur la quotité de la dette, permet à celui-ci d'offrir ce qu'il est d'accord de devoir, sauf à payer le surplus, dans le cas où il y sera condamné par le jugement à intervenir ? Je ne le pense pas. Une pareille disposition entraîneroit trop d'inconvéniens. Il suffiroit à un débiteur de contester une partie de la dette, pour forcer le créancier de recevoir un payement partiel. *Nec obstat* l'art. 535 du Code de *Procéd.*; car cet article permet bien à celui auquel un compte est rendu, de requérir exécutoire pour le montant de la somme dont le rendant compte s'est reconnu débiteur par la clôture dudit compte, sauf à le débattre pour le surplus; mais il ne permet pas au débiteur d'offrir le payement de la même somme : ce qui confirme le principe que le créancier peut bien consentir à recevoir un payement partiel; mais que, hors le cas de l'art. 1244, le débiteur ne peut jamais l'y forcer.

(2) *De recevoir le payement partiel.* Observez que si la dette porte intérêt, l'on ne peut forcer le créancier de recevoir le capital, même entier, si on ne lui paye les intérêts échus. (Art. 1254.)

Quid, si le débiteur, au refus du créancier, a consigné seulement partie de la dette ? Les intérêts courent toujours, même pour la partie consignée. La con-

BIU Cujas

signation étant nulle, ne produit aucun effet. *Quid*, si le créancier a consenti à recevoir un payement partiel? Le payement est valable, et la dette est éteinte pour partie, excepté dans trois cas.

1°. Si la dette est alternative, et qu'il ait été payé une partie de l'une des deux choses, même du consentement du créancier, l'effet de ce payement est suspendu jusqu'au payement définitif. Si le débiteur paye le restant de la même chose, le payement partiel a été valable dès le principe, et la dette a été éteinte pour partie. Mais s'il paye l'autre chose en entier, alors le premier payement est nul, et n'a produit aucun effet. (*L.* 26, §. 13, ff. *De Condict. indeb.*) Le créancier n'est censé avoir consenti à recevoir partie d'une chose, que parce qu'il a espéré qu'on lui payeroit le restant de la même chose. On ne peut présumer qu'il a consenti à avoir partie d'une chose, et partie d'une autre.

2°. Si la dette est indéterminée. Appliquez la même distinction.

3°. Si le créancier a consenti à recevoir une chose en payement de ce qui lui étoit dû, *putà*, d'une somme d'argent, et qu'il soit évincé de partie de la chose même, la dette revit en totalité, Il en est de même, s'il a reçu plusieurs choses en payement, et qu'il soit évincé de l'une d'elles seulement. (*L.* 46, §. 1, ff. *de Solut.*) Le créancier est censé n'avoir consenti à l'arrangement, que parce qu'il espéroit avoir la chose entière dans le premier cas, ou les avoir toutes dans le second.

(3) *D'une dette. Secùs*, s'il y en a plusieurs, pourvu qu'il en paye une en totalité. Le débiteur peut alors forcer le créancier de recevoir, et déclarer en payant, laquelle dette il prétend acquitter. *Voyez* le §. suivant. Remarquez que chaque terme d'arrérages, de loyers, etc., est regardé comme une dette séparée, que le créancier peut être forcé de recevoir séparément, pourvu toutefois que le débiteur ne paye pas les derniers termes avant les premiers. (Dumoulin, *de Divid. et individ.*, part. 2, n°. 44.)

(4) *A des intervalles modérés*. Au premier coup-d'œil, l'article 1244 paroît permettre seulement au juge d'accorder un délai pour le payement, mais non d'autoriser le débiteur à faire des payemens partiels. Mais il faut remarquer :

1°. Que l'alinéa commence par ce mot *néanmoins ;* ce qui indique qu'il va être fait exception au principe qui précède : or, ce principe est qu'on ne peut faire de payement partiel.

2°. Que l'article dit, que le juge peut accorder *des délais*, au pluriel; ce qui suppose qu'il y a plusieurs délais, et par conséquent plusieurs payemens.

Remarquez aussi, 1°. que si le débiteur a été autorisé à diviser le payement de la dette, le défaut de payement du premier terme, rend le tout exigible; les délais sont censés accordés sous la condition que les payemens se feront aux échéances indiquées : et en second lieu, que le délai accordé par le juge n'ôte pas au créancier le droit de faire tous les actes conservatoires nécessaires, qui

BIU Cujas

ne peuvent nuire au débiteur dans ses biens, tels que celui de prendre des inscriptions.

Quid, si le titre est exécutoire? Comme alors il n'est besoin, ni de demande, ni de jugement, il ne peut être accordé de délai. *Sic* jugé à Pau, le 28 novembre 1807. (SIREY, 1812; 2e. partie, pag. 380.) *Secùs*, s'il est simplement authentique.

Quid, s'il a été stipulé qu'il ne pourroit être accordé aucun délai? Je ne pense pas que cette stipulation doive avoir plus d'effet que la disposition de la loi elle-même, qui défend les payemens partiels; et d'ailleurs cette clause deviendroit de style dans tous les contrats. On oppose à cette décision la faveur du crédit. Mais il me semble que l'on a fait assez pour le crédit, en décidant, par les articles 157 et 187 du Code de Commerce, que les juges ne peuvent accorder de délai pour le payement d'une lettre-de-change, ou d'un billet à ordre.

(5) *Toutes choses demeurant en état;* c'est-à-dire que, s'il a été commencé une procédure qui soit sujette à des délais fatals, telles qu'une saisie immobilière, on ne pourra compter, dans ces délais, le temps accordé par le juge pour le payement. En conséquence, à défaut de payement à l'échéance du délai, le créancier pourra reprendre les poursuites, au point où elles en étoient, lors de la concession du délai.

(6) *Aucun motif de préférence.* (*Voyez* le titre *des priviléges et hypothèques.*)

(7) *Pour faire l'imputation;* mais toujours conformément à ce principe, que le débiteur ne peut imputer que sur la dette qu'il pourroit forcer le créancier de recevoir. Si donc, au nombre des dettes, il s'en trouve une non-échue, et dans laquelle le terme ait été apposé en faveur du créancier, le débiteur ne pourra y diriger l'imputation, sans l'aveu du créancier.

(8) *D'abord sur les intérêts.* Anciennement l'on suivoit cette règle, lorsque l'intérêt étoit conventionnel; mais lorsqu'il étoit moratoire, c'est-a-dire, lorsqu'il étoit la suite d'une demande en justice, on imputoit sur le capital les payemens dont l'imputation n'étoit faite, ni par le créancier, ni par le débiteur. (POTHIER, n°. 534.) L'article ne fait aucune distinction; et il paroît, par la discussion, qu'on n'a voulu en faire aucune.

Quid, s'il a été dit que l'imputation seroit faite sur les intérêts seulement, et que la somme payée excède ce qui est dû en intérêts échus? L'excédant sera imputé sur le capital, et non sur les intérêts à venir. (*L.* 102, §. 3, ff., *de Solut.*) Si cependant c'étoit une rente constituée, comme le remboursement partiel ne peut avoir lieu, l'excédant pourroit être répété, ou imputé sur les arrérages à venir, au choix du débiteur.

BIU Cujas

PAGE 161.

(1) *A moins qu'il n'y ait eu dol ou surprise de la part du créancier;* il n'est donc pas nécessaire qu'il y ait eu dol proprement dit, c'est-à-dire, manœuvres frauduleuses; il suffit que l'on puisse raisonnablement présumer que le créancier a pu profiter du peu de lumières du débiteur; ce qui, au surplus, se présumera facilement, si le débiteur est une personne illettrée, et que l'imputation lui cause un préjudice réel.

Quid, si la quittance est donnée à valoir sur tout ce qui est dû? L'imputation se fera conformément à l'article 1256. Mais que doit-on entendre par *ce qui est dû?* L'on entend toutes les dettes échues, excepté toutefois celles qui seroient purement naturelles (*L.* 94, §. 3, ff., *de Solut.*); et celles qui seroient litigieuses. Autrement cela devroit emporter renonciation à l'action : or, une renonciation à un droit que l'on prétend avoir, ne peut résulter que d'une déclaration expresse, ou d'un fait qui suppose évidemment le dessein de renoncer. (Argument tiré de l'article 2221.)

(2) *Sur celle que le débiteur avoit le plus d'intérêt d'acquitter.* Par conséquent, sur celle qui engendre la contrainte par corps, plutôt que sur celle qui ne l'engendre pas; sur celle qui porte intérêt, plutôt que sur celle qui n'en porte pas; plutôt sur celle qui contient une clause pénale; plutôt sur l'hypothécaire, que sur la chirographaire; plutôt sur celle que le débiteur doit en son nom, que sur celle qu'il doit comme caution (*L.* 97, ff., *de Solut.*), parce qu'à l'égard de cette dernière, il a le bénéfice de discussion; plutôt sur celle qui est garantie par un cautionnement, que sur celle pour laquelle il n'en existe pas (*L.* 4, *eod.*), parce que, dans ce cas, il s'acquitte envers deux créanciers. D'ailleurs, la caution a un recours en dommages-intérêts, que n'a pas le créancier ordinaire. S'il s'agit du prix d'un immeuble hypothéqué, l'imputation doit se faire de préférence sur la dette à laquelle l'immeuble étoit affecté; s'il étoit affecté à plusieurs dettes, sur celle dont l'hypothèque, c'est-à-dire, dans notre droit l'inscription, est la plus ancienne. (*L.* 96, §. 3, ff. *eod.*)

(3) *L'imputation se fait sur la plus ancienne.* Que doit-on entendre par ces mots? Est-ce la dette qui a été contractée la première, ou celle qui est échue depuis un plus long-temps? Il me sembleroit que cette dernière interprétation seroit la plus naturelle : elle est d'ailleurs conforme à la décision de la loi 89, §. 2, *Eodem.* D'ailleurs, il paroît qu'en général, par le mot *dette*, le Code entend ici une dette exigible; donc, par ces mots *la dette la plus ancienne*, il entend celle qui est exigible depuis plus long-temps, c'est-à-dire, la plus anciennement échue.

(4) *Et de tous les accessoires.* Par *accessoires*, on entend ici les obligations secondaires, qui ont pour objet d'assurer l'exécution de l'obligation principale, comme les cautions, les hypothèques, etc.

BIU Cujas

(5) *Par le débiteur lui-même.* Ce n'est pas que celui qui a payé, soit, dans tous les cas, dépourvu d'action contre le débiteur pour se faire rembourser ce qu'il a payé. Mais ce n'est plus l'action résultant de l'obligation primitive, qui se trouve éteinte par le payement; ce sera donc, ou l'action de mandat, si c'est par l'ordre du débiteur, ou l'action *negotiorum gestorum*, si c'est sans son ordre, que le tiers a acquitté la dette. Mais ce sera toujours une action nouvelle, simplement personnelle, et qui sera dépouillée de tous les accessoires qui pouvoient être joints à l'action primitive, tels que cautions, priviléges, hypothèques, etc.

PAGE 162.

(1) *Et qu'il se fût fait, en outre, subroger par le créancier.* C'est ce que l'on appelle *la subrogation conventionnelle*, laquelle a le même effet que la subrogation légale, ainsi que nous l'allons voir.

(2) *L'obligation du débiteur ne seroit pas éteinte.* C'est ainsi que j'ai cru devoir interpréter l'article 1236, qui, autrement, présenteroit une contradiction manifeste.

En effet, le dernier alinéa dit que l'obligation peut être acquittée par un tiers non intéressé, pourvu qu'il ne soit pas subrogé; d'où l'on doit conclure que, s'il y a subrogation, l'obligation n'est pas acquittée : et cependant, le premier alinéa dit que l'obligation peut être acquittée par toute personne intéressée, tel qu'un coobligé ou une caution : or, dans ce cas, il y a, aux termes de l'article 1251, subrogation légale. Donc le premier alinéa dit que l'obligation peut être acquittée, quoiqu'il y ait subrogation; et le deuxième alinéa dit qu'elle ne peut l'être, qu'autant qu'il n'y a pas subrogation. Mais la difficulté gît dans une équivoque, qui consiste en ce que le mot *acquittée* est pris dans deux sens différens. Dans le premier alinéa, ces mots, *l'obligation peut être acquittée*, signifient que le payement peut être fait, que le créancier peut être désintéressé; dans le second, ces mêmes mots signifient que l'obligation peut être éteinte. Or, quand il y a subrogation, il y a payement à l'égard du créancier; mais l'obligation n'est point éteinte à l'égard du débiteur, qui ne fait que changer de créancier.

(3) *Il ne s'agit point ici de cette espèce de subrogation*, dont on trouve des exemples dans les articles 1407, 1434 et 1435.

(4) *Dans tous ses droits, actions et priviléges contre le débiteur.* Il n'est pas nécessaire de répéter judaïquement toutes ces expressions; il suffit que le créancier dise qu'il subroge celui qui le paye dans tous ses droits contre le débiteur. Au reste, cette opération, quant à l'effet, est un véritable transport sans garantie de solvabilité. Il faut donc qu'il soit effectué par la remise des pièces au cessionnaire; et en outre, pour qu'il ait son effet à l'égard des tiers et du débiteur, il faut qu'il ait été signifié à ce dernier. (*Voir* ci-après, au Titre

BIU Cujas

de la Vente, chap. VI. sect. I, §. 1.) Il y a cependant cette différence entre cette opération et un véritable transport, que, quand il y a réellement transport, il est inutile qu'il soit fait mention de la subrogation. La cession d'une créance en comprend tous les accessoires, tels que cautions, priviléges et hypothèques. (Art. 1692.) Mais quand il y a payement, il n'y a subrogation, qu'autant que les parties en sont expressément convenues. Du reste, comme nous l'avons dit, les effets sont absolument les mêmes; et il faut en conséquence appliquer, à l'un et à l'autre, les articles 1690 et 1691.

Quid, si un créancier consent à céder son droit d'hypothèque ou de privilége à un autre ? C'est une espèce de subrogation qui a son effet en faveur du cessionnaire ; mais seulement jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle le cédant avoit hypothèque ou privilége.

(5) *Faite en même temps que le payement.* Le payement éteint l'obligation. On ne peut subroger à un droit qui n'existe plus. Il faut donc que la subrogation ait lieu dans la quittance même ; mais il n'est pas nécessaire qu'elle soit notariée : la loi ne l'exige pas.

(6) *Soient passés devant notaires.* C'est pour prévenir la fraude ; autrement, rien ne constateroit que l'emprunt n'est pas postérieur au payement, et que, par conséquent, les deniers empruntés ont réellement servi à payer le créancier. Au reste, je pense que la loi n'exige ici l'intervention du notaire, que pour rendre l'acte authentique. Si donc l'authenticité existe d'ailleurs ; *putà*, si la somme a été déposée à la caisse des dépôts et consignations, et que l'origine des deniers soit constatée par la quittance du caissier, je pense que la subrogation aura également lieu.

PAGE 163.

(1) *Que la somme a été empruntée pour faire le payement.* C'est pour constater que le créancier subrogé n'a consenti à prêter, que sous la condition qu'il seroit subrogé.

(2) *Que le payement a été fait des deniers provenant de l'emprunt.* C'est pour constater que les deniers empruntés ont réellement servi à faire le payement. Il seroit possible que le débiteur eût emprunté la même somme à plusieurs personnes, avec promesse à toutes, de les subroger. Comment reconnoître celle dont les deniers ont réellement servi à payer le créancier, s'il n'existe pas de déclaration à cet égard dans la quittance ? L'on voit, d'après cela, qu'à moins que le prêteur ne soit certain de la bonne foi du débiteur, il fera très-bien de verser les fonds directement entre les mains du créancier : autrement, le débiteur, négligent ou de mauvaise foi, pourroit, ou ne pas faire mention dans la quittance de l'origine des deniers, ou les déclarer provenus d'une autre personne.

Mais remarquez 1°. que, pour que la subrogation en une hypothèque puisse

BIU Cujas

ainsi se faire par la seule volonté du débiteur, il faut que l'objet hypothéqué soit encore dans sa main. S'il l'a vendu, la subrogation ne peut plus avoir lieu de cette manière. C'est la disposition de la loi 2, ff. *de Pignerat. Act.*, fondée sur ce que la subrogation a bien lieu en l'ancienne hypothèque, mais seulement en vertu d'un nouveau consentement du débiteur : or, ce dernier ne peut consentir une hypothèque sur un bien dont il n'est plus propriétaire. Cette raison n'étant pas susceptible d'être appliquée à la subrogation légale, et à la subrogation conventionnelle de la part du créancier, je pense qu'elles ont lieu dans tous les cas où elles sont autorisées par la loi, quand même l'immeuble hypothéqué seroit sorti antérieurement des mains du débiteur.

2°. Que la subrogation faite par le débiteur, diffère de celle qui est faite par le créancier, en ce que, par celle-ci, le subrogé succède absolument à tous les droits du créancier ; au lieu que, par la première, il ne succède qu'aux droits qu'il est susceptible d'acquérir à l'époque à laquelle l'emprunt a eu lieu. Si donc l'emprunt a été fait à une époque où l'intérêt de l'argent ne pouvoit excéder cinq pour cent, par exemple, et qu'il ait servi à rembourser une somme prêtée à onze pour cent, le prêteur ne pourra cependant, nonobstant toute subrogation, réclamer que l'intérêt de cinq pour cent.

3°. Que le créancier qui subroge, est garant de l'existence de tous les droits dans lesquels il subroge. Si donc il a subrogé généralement dans tous ses droits, il lui suffit de garantir l'existence de la créance. Mais s'il a subrogé en ses droits, priviléges et hypothèques, et qu'il soit jugé que la créance n'est ni hypothécaire, ni privilégiée, il n'est pas douteux qu'il ne soit sujet à la garantie. Mais quand la subrogation a lieu par le fait du débiteur seul, le créancier n'est sujet à aucune garantie ; tout au plus, y auroit-il lieu contre lui à l'action dite *Condictio indebiti*, s'il étoit prouvé que la dette n'existoit pas, et si le payement avoit été fait par erreur.

(4) *Elle peut avoir intérêt.* Il faut donc que celui qui paye, ait intérêt que la dette soit acquittée, pour que la subrogation légale ait lieu. Il faut de plus que ce soit un intérêt pécuniaire. L'interêt d'affection ne suffiroit pas. Cependant, en matière commerciale, la subrogation légale a lieu au profit de celui qui paye une lettre-de-change, par intervention, et sans aucun intérêt personnel. (*Code de Comm.* art. 159.) C'est une disposition particulière introduite en faveur du commerce, et pour épargner au débiteur le désagrément d'un compte de retour et les suites d'un protêt.

(5) *Le créancier :* quel qu'il soit, hypothécaire ou chirographaire. Il y a même motif, même intérêt.

(6) *Celui qui lui est préférable. Quid*, si c'est un créancier antérieur qui paye un créancier postérieur? Il peut avoir intérêt, pour empêcher ce créancier de faire des poursuites qui, devant être acquittées sur la valeur du bien, diminueroient d'autant son gage. Cela est très-vrai : aussi, l'on ne voit pas pour-

BIU Cujas

quoi la subrogation n'est accordée ici qu'au créancier postérieur. Il me semble que l'on pourroit bien, par analogie, l'accorder au créancier antérieur, toutes les fois qu'il seroit prouvé qu'il a pu avoir intérêt à payer le créancier postérieur.

(7) *A raison de ses priviléges ou hypothèques.* Quel est l'intérêt de ce créancier? Il peut en avoir plusieurs. Première espèce : Je suis créancier de Pierre de dix mille francs avec hypothèque sur une maison qui vaut vingt mille francs. Je suis primé sur cette même maison par Paul, créancier de pareille somme de dix mille francs. J'ai grandemenr intérêt à ce que le prix de la maison n'éprouve aucune dimintion, puisqu'alors ce seroit sur moi que les fonds manqueroient. D'un autre côté, Paul qui est sûr d'être payé, et qui conséquemment n'a pas intérêt de ménager les frais, veut exproprier la maison. Les frais d'expropriation sont bien à la charge de l'acquéreur : mais comme il ne manque pas de les faire entrer dans le calcul du prix qu'il veut donner, il est vrai de dire qu'ils diminuent toujours le prix de la maison ; j'ai donc intérêt d'écarter Paul, afin de me rendre maître des poursuites, et de ne faire que celles que je jugerai convenables.

Seconde espèce : Nous sommes quatre créanciers hypothécaires. Je suis le dernier en ordre d'inscription, et il est à craindre que, si l'ordre se fait, les frais d'ordre qui doivent être payés par privilége, ne fassent manquer les fonds pour me payer intégralement. D'un autre côté, aux termes de l'article 775 du Code de Procédure, l'ordre sur aliénation volontaire ne peut être provoqué, qu'autant qu'il y a plus de trois créanciers. En conséquence, je paye un créancier antérieur, et, par-là, j'évite les frais de l'ordre.

(8) *Au payement.* Il faut donc qu'il ait payé pour acquérir la subrogation. *Quid*, si le créancier a accepté une délégation sur l'acquéreur, avec terme et délai? Jugé en Cassation le 14 juillet 1813 (Sirey, 1814; 1re. partie, pag. 38), que la subrogation n'a toujours lieu que du jour du payement. Mais observez qu'il s'agissoit d'une délégation imparfaite. Je pense que l'on auroit dû décider autrement, si la délégation eût été parfaite, puisque l'effet de cette délégation est de libérer le débiteur.

(9) *Auxquels cet immeuble est hypothéqué.* Mais qu'a-t-il besoin de la subrogation, s'il ne paye que le prix de son acquisition? Je réponds qu'il faut supposer qu'il n'a pas purgé. Car, s'il a purgé, et qu'il n'y ait pas eu de surenchère, il ne doit que le prix de son acquisition; et lorsqu'il l'a payé aux créanciers venant en ordre utile, il ne peut plus être inquiété. Mais s'il n'a pas purgé, il est, comme détenteur, tenu de toutes les créances auxquelles l'immeuble est hypothéqué. En vain allégueroit-il qu'il a payé le prix de son acquisition à des créanciers antérieurs, un créancier postérieur n'auroit pas moins le droit de l'obliger à payer ou à délaisser; mais s'il délaisse, et que l'immeuble soit vendu, il peut, au moyen de la subrogation, exercer sur le prix de la vente

BIU Cujas

les droits des créanciers qu'il a payés, et primer, par là, les créanciers postérieurs.

Mais *quid*, si, pour éviter le délaissement, il paye au-delà du prix de son acquisition, sera-t-il subrogé, pour l'excédant, soit sur le prix de l'immeuble même, s'il est vendu postérieurement à la requête d'autres créanciers, soit sur les autres immeubles, sur lesquels les créanciers qu'il a payés pourroient avoir hypothèque? La raison de douter se tire de ce que le n°. 2 de l'article 1251 paroît ne lui accorder la subrogation, que pour le prix de son acquisition. Néanmoins, je pense qu'il doit être subrogé pour la totalité, sinon en vertu du n°. 2, au moins en vertu du n°. 3 du même article, qui accorde la subrogation légale à ceux qui étant tenus pour d'autres, ou avec d'autres, au payement de la dette, ont intérêt de l'acquitter. Or, dans l'espèce, l'acquéreur étoit tenu pour et avec le débiteur principal, de toutes les dettes qu'il a payées. Il avoit intérêt de les acquitter, afin de pouvoir conserver l'immeuble. Il doit donc être subrogé.

Mais ne peut-il pas résulter de cette disposition, l'inconvénient que voici? Le propriétaire de deux immeubles les hypothèque tous deux à la même créance; il les vend ensuite tous deux, mais à différentes époques. Le créancier poursuit l'un d'eux hypothécairement, et obtient par là le payement de tout ce qui lui est dû. Mais si celui qui a payé, est subrogé aux droits du créancier contre l'autre acquéreur, et qu'il se fasse rembourser par lui, celui-ci qui, d'après les mêmes principes, aura été également subrogé, aura son recours contre le premier; et il en résultera un circuit interminable d'actions. D'ailleurs, supposons que la dette est de vingt mille francs, que l'un des immeubles a été vendu à *Primus* dix mille francs, et l'autre à *Secundus* quinze mille francs, et que les deux acquéreurs croyant tous deux leur immeuble libre, ont payé tous deux leur prix au vendeur. Le créancier se présente, poursuit *Secundus* par l'action hypothécaire, et touche de lui ses vingt mille francs. Si nous donnons à *Secundus* un recours contre *Primus*, celui-ci ne pourra-t-il pas opposer la règle *eum quem de evictione*, puisqu'en payant, il acquerra lui-même, par la subrogation, un recours contre *Secundus*? Mais, d'un autre côté, si l'on n'accordoit pas le recours, il s'ensuivroit 1°. que le créancier seroit le maître de gratifier celui des deux acquéreurs qu'il voudroit choisir, en ne le poursuivant pas; et 2°. qu'il seroit également le maître de gratifier, aux dépens de *Secundus*, les créanciers ayant hypothèque sur l'immeuble vendu à *Primus*. Car si nous supposons que *Secundus* n'a pas de recours contre *Primus*, il en résultera que le prix entier de l'immeuble qu'il a acquis, sera le gage des créanciers primés par celui que *Secundus* a payé, et qui, au moyen dudit payement, se trouvent les premiers en hypothèque. Pour éviter ces inconvéniens, je pense que l'on devroit, dans ce cas, considérer les deux acquéreurs entre eux, comme étant, sous quelques rapports, des codébiteurs solidaires, et en conséquence leur faire supporter la dette commune, à proportion de leur intérêt respectif. Ainsi, l'on dira dans

BIU Cujas

l'espèce : La valeur des deux immeubles est de vingt-cinq mille francs ; la dette est de vingt mille francs, et par conséquent des quatre cinquièmes de la valeur desdits immeubles. Chaque acquéreur doit donc être tenu pour les quatre cinquièmes de son prix. *Secundus*, d'après ce calcul, n'étant tenu que pour douze mille francs, aura un recours pour huit mille francs contre *Primus* qui, de cette manière, se trouvera n'en point avoir contre *Secundus*.

Remarquez que, dans le système hypothécaire actuel, celui qui est subrogé aux droits d'un créancier hypothécaire, doit veiller à ce qu'il ne consente pas la radiation de son inscription. Car il a été jugé, et avec raison, à Paris, le 29 août 1811 (Sirey, 1812, 2e. part., page 21), que, dans ce cas, si le conservateur raye en vertu d'un pareil consentement, l'hypothèque est éteinte, nonobstant toute subrogation. D'un autre côté, à chaque moment, le créancier primitif peut, par un concert frauduleux avec le débiteur, consentir la radiation. Il est vrai que le subrogé auroit son recours contre lui ; mais ce recours peut être rendu inutile par son insolvabilité. Je ne vois d'autre moyen de prévenir cet inconvénient, que de faire signifier, ou de remettre au conservateur, la quittance du créancier, contenant subrogation. Il en sera fait mention en marge de l'inscription ; et, à compter de ce moment, la radiation ne pourra avoir lieu que du consentement du subrogé.

(10) *Dont il est tenu pour d'autres, ou avec d'autres. Pour d'autres*, comme une caution ; *avec d'autres*, comme un débiteur solidaire. Dans l'ancien droit, la subrogation n'avoit lieu que quand elle avoit été demandée ; et d'un autre côté, quand la demande étoit faite, le créancier ne pouvoit refuser la subrogation. C'étoit un détour absolument inutile, et que le Code a bien fait de supprimer, en accordant la subrogation de plein droit.

(11) *Pour ce qui lui reste dû sur sa créance. Secùs*, pour les autres créances qui pourroient lui être dues. *Exemple :* Pierre est créancier de Paul, 1°. de trois mille francs, avec hypothèque du 1er. janvier 1808, et sous le cautionnement de Jean ; 2°. de deux mille francs, avec hypothèque du 1er. décembre 1809. Jean paye, comme caution, la dette de trois mille francs, et par là acquiert la subrogation légale. Sera-t-il préféré à Pierre, qui reste créancier de deux mille francs ? Oui, sans doute. Ce sont deux créances absolument distinctes, qui ont chacune leur hypothèque particulière. D'ailleurs, ne pourroit-il pas se faire que Paul eût d'autres créanciers, dont les hypothèques fussent postérieures à la première hypothèque de Pierre, et antérieures à la seconde ? Certainement ils seroient primés par Jean, comme subrogé. D'un autre côté, ils primeroient la seconde créance de Pierre. Ne seroit-il pas absurde d'après cela, que Jean primât des créanciers antérieurs à Pierre, et qu'il ne primât pas Pierre lui-même ?

Observez, au surplus, que le bénéfice résultant de l'article 1252 est personnel au créancier ou à ses héritiers, mais qu'il n'auroit pas lieu au profit

BIU Cujas

de celui qui acquitteroit le restant de la créance, quand même il seroit subrogé. *Exemple :*

Pierre doit six mille francs à Paul; il emprunte trois mille francs à Jacques, pour faire à Paul un payement partiel. La subrogation a lieu. Néanmoins l'article décide que Paul sera préféré à Jacques, pour les trois mille francs restans. Ensuite Pierre emprunte trois autres mille francs à Guillaume, pour solder Paul; et la subrogation a également lieu. Si cette subrogation s'étendoit jusqu'au privilége résultant de l'article 1252, il s'ensuivroit que Guillaume seroit préféré à Jacques, ce qui ne seroit pas juste; car si l'un paroissoit être préféré à l'autre, ce seroit plutôt Jacques, qui a prêté le premier. Mais, comme à eux deux, ils représentent Paul, il n'y aura pas de préférence, et ils seront payés par concurrence.

Mais *quid*, si, après avoir reçu les 3000 francs de Jacques, Paul subrogeoit lui même un tiers dans ses droits; ce tiers seroit-il préféré à Jacques, ou viendroit-il en concurrence avec lui? Je pense qu'il faut distinguer : Si Paul avoit vendu sa créance à un tiers; comme il est censé la vendre avec tous les droits qui en résultent, je pense que l'acquéreur sera préféré à Jacques, comme le vendeur l'eût été : mais s'il a reçu son payement d'un tiers, et qu'au moyen de ce payement, il l'ait subrogé, je pense que cette subrogation ne doit pas avoir plus d'effet que celle qui auroit été faite par le débiteur, et qu'en conséquence le subrogé viendra en concours avec Jacques. La raison de différence peut se tirer de ce que, dans le cas de vente, le créancier a intérêt que le payement de la dette soit assuré le plus possible, puisque le prix de la vente sera d'autant plus considérable, que le payement sera plus certain. Or, cet intérêt n'existe pas dans le second cas, puisque nous supposons que le créancier a reçu son payement tout simplement, ni plus ni moins. Jugé dans ce sens, par la Cour de Paris, le 13 mai 1815. (Sirey, 1816; 2e. partie, page 338.)

Quid, dans l'espèce suivante? Pierre achète de Paul un héritage pour le prix de 100000 fr. : il paye une partie du prix à des créanciers du vendeur; et pour faire ce payement, il emprunte diverses sommes, et remplit à l'égard des prêteurs toutes les formalités nécessaires pour leur acquérir la subrogation. L'héritage est revendu pour un prix inférieur à 100000 fr. Il s'élève alors une question de préférence, dont voici l'objet : Ceux qui ont prêté des deniers pour payer les créanciers du vendeur, et qui ont été subrogés par l'acquéreur, prétendront devoir être préférés au vendeur même, parce qu'au moyen de la subrogation, ils exercent les droits de ses créanciers, auxquels il ne peut prétendre être préféré. Le vendeur réclame de son côté la préférence pour la portion du prix qui n'est pas acquittée; *quid juris*? Le vendeur doit être préféré. Remarquez en effet que le débiteur peut bien subroger le prêteur; mais seulement aux droits du créancier de lui débiteur. Or ici, les créanciers payés n'étoient pas les créanciers du débiteur subrogeant, mais bien de son créancier,

BIU Cujas

c'est-à-dire, du vendeur. Ils ne paroissent donc dans l'affaire, que comme les représentans, les ayant-cause du vendeur lui-même. C'est en l'acquit, et en vertu des délégations du vendeur, que les payemens ont été faits. C'est donc le vendeur qui est réellement et effectivement payé; c'est donc en ses droits seulement que les prêteurs ont pu être subrogés; et comme il n'est pas entièrement payé, nul doute qu'il ne puisse invoquer la disposition de l'art. 1252.

(12) *Une ancienne qui est éteinte.* Mais il suffit qu'elle soit naturelle, pour qu'elle puisse servir de base à la novation. *Sic* jugé, avec raison, en Cassation, le 15 février 1815. (*Bulletin*, n°. 14.)

(13) *Capables de contracter*, et de disposer de l'objet dont il s'agit. Ainsi, un mineur émancipé est capable de faire novation de l'obligation de son fermier, de celui qui lui doit les arrérages d'une rente. Il en seroit de même d'une femme séparée de biens.

Page 164.

(1) *Est conditionnelle*, et que la condition soit suspensive; *secùs*, si elle est résolutoire, comme il sera dit dans la note (4) ci-après.

(2) *La novation n'a lieu que par l'accomplissement de la condition* (*L.* 8, §. 1, et *L.* 14, ff. *de Novat.*), parce que ce n'est que de ce moment qu'il existe une nouvelle obligation. Or, il est de l'essence de la novation, qu'il y ait deux obligations dont l'une soit substituée à l'autre. Le créancier n'est censé alors avoir consenti à la novation, que dans le cas où la seconde obligation existeroit. *Secùs*, s'il résulte des termes de la convention, que l'intention des parties a été que la première obligation fût, dans tous les cas, remplacée par la seconde; comme si le créancier a dit qu'il consentoit à ce que telle chose, qui lui étoit due purement et simplement, lui fût due sous condition. Cela rentre dans le cas de la loi 8, Cod., *de Novat.*

Il n'y a pas davantage de novation, si la seconde obligation est nulle dans son principe: la première continue d'exister. Mais il faut qu'elle soit nulle sous tous les rapports, tant naturels que civils. Si elle étoit seulement naturelle, cela suffiroit, pour qu'il y eût novation. (*L.* 1, §. 1, ff. *de Novat.*)

Nous disons, *nulle dans son principe.* Car si elle étoit valable, la novation n'existeroit pas moins, quand elle viendroit à être rescindée, pour une cause postérieure au contrat. (Argument tiré de l'art. 2038.)

(3) *Qui doit recevoir pour lui.* (*Voyez* ci-dessus, note (1) de la page 122.)

(4) *Résulte clairement de l'acte.* Cela rentre donc entièrement dans le domaine du juge. (*Voir*, au surplus à ce sujet Basnage, *des Hypothèques*, partie 1re., chap. 17; Menochius, *de Præsumptionibus*, *lib.* 3., *præsumpt.* 134, n°. 39 et suivans.) Basnage indique comme une preuve suffisante de novation, le cas où les deux obligations sont incompatibles entre elles, de manière que la seconde ne puisse exister avec la première; comme si vous avez consenti à

BIU Cujas

me laisser à titre de prêt, une somme que vous m'aviez remise à titre de dépôt, ou *vice versâ*.

La constitution en rente d'un capital exigible emporteroit-elle novation ? Je pense qu'oui, puisque ce n'est plus la même chose qui est dans l'obligation. Avant la constitution, l'objet de l'obligation étoit le capital même ; après la constitution, le capital n'est plus dans l'obligation ; il est seulement *in facultate solutionis ;* il n'y a donc plus dans l'obligation que les arrérages. Or, certainement, le changement dans l'objet de l'obligation entraîne le changement de l'obligation même, et par conséquent novation. Cependant, je ne dois pas dissimuler que la question étoit fort controversée anciennement. Basnage, *des Hypothèques*, part. 1re. chap. 17, décide qu'il n'y a pas de novation, dans le sens que les hypothèques de la première dette, passent de plein droit à la nouvelle ; et *ibid.*, part. 2, chap. 7, il décide qu'il y a novation, dans le sens que les cautions sont libérées. Je pense que s'il y a novation, elle doit exister avec toutes ses conséquences, et qu'actuellement dans le cas proposé, les hypothèques ne subsisteroient qu'autant que la réserve en auroit été faite, conformément à l'art. 1278, et que, par la même raison, la caution ne seroit pas obligée à la seconde dette, à moins qu'il n'y eût, de sa part, nouvel engagement. L'article 2039 du Code, porte que la simple prorogation du terme accordé par le créancier, ne décharge point la caution. Or, dans l'espèce, ce n'est pas une simple prorogation, c'est une aliénation du capital. Il y a donc extinction de l'obligation. (*Voir* un arrêt de Cassation, du 7 décembre 1814 ; (Sirey, 1815 ; 1re. partie, page 97) ; et un autre de la Cour de Paris, du 11 mars, 1816 ; *ibid.* 1817, 2e. partie, page 1.)

Cependant, ne pourroit-on pas opposer à cette décision, que, dans le droit actuel, et d'après l'art. 1912, le capital peut devenir exigible par la suspension du payement des arrérages pendant deux ans, et que, par conséquent, comme il est incertain si ce cas n'arrivera pas, l'on ne peut pas fonder absolument la novation sur le seul changement de l'objet de l'obligation. Mais l'on peut répondre qu'il s'git ici d'une condition résolutoire, qui n'empêche pas l'acte d'être parfait dans son principe. Donc, il y a eu novation. Donc la première obligation a été éteinte, avec tous ses accessoires. Maintenant, le cas du remboursement forcé arrivant, cette obligation peut-elle revivre ? Oui ; mais seulement à l'égard du débiteur, mais non à l'égard des tiers, tels que cautions, créanciers hypothécaires, etc. (Argument tiré de l'art. 1299.)

Quid, si le créancier, qui a consenti à la constitution de rente, a déclaré en même temps qu'il n'entendoit pas faire novation ? La novation n'en existe pas moins. Il n'en est pas de ce cas, comme de celui où la novation ne résulteroit que de l'intention présumée des parties ; car alors, une intention présumée est détruite par une intention contraire et expresse : mais ici elle résulte du fait même de l'aliénation du capital, qui emporte nécessairement extinction

BIU Cujas

de la première obligation. « Or, comme dit POTHIER, une protestation ne « peut empêcher l'effet nécessaire d'un acte. » Tout au plus pourroit-on en conclure que les parties ont voulu affecter à la seconde obligation les hypothèques de la première, comme cela est permis par l'article 1278. Mais les cautions et les codébiteurs seront libérés irrévocablement.

(5) *Sans intervention d'aucune nouvelle personne.* Par exemple, si le vendeur d'un héritage consent à recevoir des billets de l'acquéreur, en payement du prix, dont il donne quittance pure et simple. C'est ainsi qu'on a jugé avec raison à Paris, le 7 décembre 1814 (SIREY, 1816; 2°. partie, page 91), que le créancier, porteur d'un titre emportant hypothèque, et qui avoit reçu, à la place, de son débiteur, de simples billets, avoit opéré novation

PAGE 165.

(1) *Qui décharge en conséquence l'ancien débiteur.* C'est *l'expromissor* des Romains. C'est, au surplus, cette décharge de l'ancien débiteur, qui constitue la novation. Si le débiteur n'étoit pas déchargé, alors le nouvel obligé seroit regardé seulement comme sa caution, *fidejussor*, ou son codébiteur, *adpromissor*, suivant la nature de l'engagement.

(2) *C'est ce qu'on appelle délégation.* Observez qu'il ne peut être reçu, au trésor public, aucune signification de transport, cession, ou délégation, de pensions à la charge de l'Etat. (Arrêté du 7 thermidor an 10, *Bull.*, n°. 1867.)

(3) *Envers lequel Pierre s'oblige.* Ceci suppose l'intervention du délégué. Cette intervention est-elle toujours nécessaire pour la libération du délégant? Non; car, dans l'espèce, Paul peut céder à Jacques, en payement de ce qu'il lui doit, la créance qu'il a sur Pierre, et ce, sans le consentement de ce dernier. Seulement Jacques sera tenu, afin d'être saisi de la créance à l'égard des tiers, et de Pierre lui-même, de faire signifier la cession à ce dernier. (Art. 1690.) Dans ce cas, si Jacques a consenti à prendre pour comptant, la créance sur Pierre, Paul sera également libéré; mais ce ne sera pas par l'effet d'une novation, mais bien par l'effet du contrat appelé *datio in solutum.* Il y a cette différence 1°. que, s'il y avoit novation, comme nous le disons dans le texte, l'obligation primitive de Pierre envers Paul, seroit entièrement éteinte avec tous ses accessoires; et il ne resteroit plus que la nouvelle obligation contractée par Pierre, envers Jacques. Ici, au contraire, cette obligation primitive subsiste avec tous ses accessoires. Seulement Jacques en devient propriétaire au moyen de la cession qui lui en est faite par Paul. 2°. Dans le cas de la novation, s'il arrivoit que Pierre ne fût pas réellement débiteur de Paul, il n'en seroit pas moins obligé envers Jacques, comme il seroit démontré dans la note suivante, et Paul n'en seroit pas moins libéré envers Jacques lui-même, sauf le recours de Pierre contre lui. Or, rien de tout cela n'auroit lieu dans le cas du contrat de dation en payement. 3°. Enfin, dans le

BIU Cujas

cas de la novation, Pierre que nous supposons avoir consenti à la novation sans réserve, ne pourroit plus opposer à Jacques la compensation des créances qu'il auroit contre Paul. (Art. 1298.) *Secùs* dans le cas de la dation en payement.

Mais remarquez que, si le délégué ne peut opposer au délégataire les exceptions qu'il auroit pu opposer au déléguant, il peut au moins lui opposer toutes celles que le déléguant lui-même pourroit lui opposer, et auxquelles ce dernier ne seroit pas censé avoir renoncé par la délégation. (*L.* 7, §. 1, ff. *de doli mali et metûs except.*)

(4) *Et il ne reste que le nouvel engagement de Pierre envers Jacques. Quid*, si, dans cette espèce, Pierre n'étoit pas réellement débiteur de Paul, mais qu'il crût seulement l'être ? Cela est égal; la délégation n'en est pas moins valable. (*L.* 12, ff. *de Novat.*) Il n'est pas nécessaire d'être débiteur de quelqu'un, pour se charger de sa dette. D'ailleurs, le créancier qui, sur la foi de la délégation, a déchargé le premier débiteur, ne doit pas souffrir de l'erreur du délégué; mais celui-ci aura une action contre Paul, pour le forcer de le libérer de son obligation, s'il n'a pas encore payé; ou, dans le cas contraire, de lui restituer ce qu'il a payé.

Quid, si, dans l'espèce, la délégation avoit été faite par Paul à Jacques, non pas à titre de payement, mais *donationis causâ* ? La loi 7 précitée, et la loi 2, §. 4, ff. *de Donat.*, décident que, dans ce cas, le délégué, qui se croyoit débiteur du déléguant, et qui ne l'est pas, peut se dispenser de payer le délégataire. La raison de différence avec le cas précédent, consiste en ce qu'ici le délégataire *certat de lucro captando*. On doit donc lui préférer le délégué *qui certat de damno vitando*. Dans l'espèce précédente au contraire, *uterque certabat de damno vitando* : et l'on doit alors préférer le délégataire auquel on ne peut rien reprocher, au délégué qui s'est obligé comme débiteur d'un individu, auquel, dans la réalité, il ne devoit rien. D'ailleurs, dans ce cas, le délégataire a dû compter sur l'obligation du délégué; ce qui a pu l'empêcher de prendre les précautions convenables à l'égard du déléguant. Enfin, il est certain que, dans ce cas, le délégué qui auroit payé, auroit un recours en garantie contre le déléguant. Or, il est de principe général, en matière de donation, que le donateur n'est pas tenu de la garantie.

(5) *Qu'il ait manifesté l'intention évidente*. L'article dit : *à moins qu'il n'ait expressément déclaré*. Mais, j'ai pensé que cela devoit s'entendre dans le sens de l'article 1273; c'est-à-dire, qu'il suffisoit que la volonté de faire novation, résultât clairement de l'acte.

(6) *A moins que l'acte n'en contienne la réserve expresse*. Mais, dira-t-on, quand le créancier s'est réservé son recours contre le déléguant, il ne l'a pas libéré; il n'y a donc pas novation. Je réponds que cette réserve n'empêche point qu'il n'y ait novation; car le créancier ne peut plus agir contre le déléguant en vertu de la première obligation, ni faire valoir les priviléges

BIU Cujas

et hypothèques qui y étoient attachés. Il n'a, en cas de non-payement de la part du délégué, que la simple action personnelle, *mandati contraria*, pour se faire indemniser du préjudice que lui cause l'insolvabilité du délégué, c'est-à-dire, pour se faire rembourser le montant de sa créance.

(7) *En faillite ouverte, ou tombé en déconfiture.* Il y a déconfiture, lorsque le débiteur ne possède pas assez de biens pour payer ce qu'il doit. Il y a faillite, lorsqu'il a manqué à ses engagemens, quand même il auroit assez de bien pour payer. D'ailleurs le mot de *faillite* s'applique plus particulièrement aux négocians.

Une créance sur un débiteur en faillite ou en déconfiture, étant une créance à-peu-près nulle, ou au moins fort douteuse, on peut dire que le créancier n'a pas reçu le prix de la libération qu'il a accordée à l'ancien débiteur, et qu'il est conséquemment dans le cas d'un vendeur qui peut faire résilier la vente, à défaut de payement du prix (*voyez* cependant au 3e. vol. la note (7) de la page 82); mais cela n'empêcheroit pas que la première obligation ne fût éteinte à l'égard des tiers, c'est-à-dire, que le créancier pourroit, conformément aux articles 1299 et 2038, faire valoir tous les droits résultant de cette obligation, contre le débiteur seulement, mais non contre les accessoires de la dette.

(8) *A moins qu'il n'y en ait réserve expresse.* Mais si la seconde obligation contient quelque chose de plus que la première, l'ancienne hypothèque n'a lieu, pour l'excédant, que du jour de l'inscription qui sera prise en vertu de la seconde obligation, si l'acte qui la contient, est revêtu des formes nécessaires pour emporter hypothèque; autrement, il est évident que ce seroit préjudicier aux créanciers intermédiaires. Ceci peut s'appliquer au cas où une obligation ne portant pas intérêt, seroit changée en une autre qui en produiroit.

(9) *Sur les biens du nouveau débiteur.* Lorsqu'il y a un nouveau débiteur, ou l'ancien n'est pas libéré, et alors il n'y a pas novation; ou il est libéré, et alors il est évident, 1°. qu'on ne peut transférer sur les biens du nouveau débiteur, les hypothèques et priviléges qui existoient sur les biens de l'ancien; 2°. qu'on n'aura même d'hypothèque sur les biens du nouveau débiteur, qu'autant qu'elle aura été expressément stipulée; et 3°. enfin que, même dans ce cas, cette hypothèque n'aura de rang que du jour de l'inscription qui sera prise en vertu de l'acte passé avec ce nouveau débiteur.

Remarquez que l'article 1278 dit que, dans le cas où la novation s'opère par la substitution d'un nouveau débiteur, les priviléges de la première créance ne passent pas sur les biens du nouveau débiteur. Mais le créancier pourroit-il, sans le consentement de l'ancien débiteur, réserver les priviléges et hypothèques qu'il avoit sur ses biens? On a prétendu qu'il le pouvoit: on s'est fondé sur ce que le créancier, ayant contre le débiteur deux actions, l'une personnelle résultant de l'obligation, et l'autre réelle résultant de la constitution d'hypothèque, peut bien faire remise de l'une, et réserver l'autre. En consentant à la

BIU Cujas

novation, il fait, à la vérité, remise de l'action personnelle; mais rien n'empêche qu'il ne se réserve l'action réelle. Mais l'on peut répondre, d'abord, qu'il n'est pas exact de dire que le créancier a, dans l'espèce, deux actions contre le débiteur. On n'a pas, à proprement parler, d'action réelle contre son débiteur, à raison de l'obligation qu'il a personnellement contractée. L'action réelle ou hypothécaire n'existe et n'a d'effet, qu'à l'égard des tiers-acquéreurs, ou créanciers hypothécaires postérieurs. En second lieu, l'hypothèque, comme on le verra par la suite, est un contrat purement accessoire, et qui, par conséquent, ne peut exister sans une obligation principale, à laquelle il se rattache. Or, il répugne que l'accessoire existe, quand le principal est détruit. Enfin, l'article 1280 paroît fortement appuyer cette opinion, puisqu'il décide qu'en cas de novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les hypothèques et priviléges *ne peuvent* être réservés sur les biens des codébiteurs libérés par la novation. Donc, *à pari*, quand il n'existe qu'un débiteur, et qu'il est libéré de l'obligation personnelle, les priviléges et hypothèques ne peuvent être réservés sur ses biens.

L'on a prétendu trouver une contradiction entre cet article 1280, et l'article 1251; et ce, d'après le raisonnement suivant. *Exemple : Primus* et *Secundus* sont mes débiteurs solidaires, et m'ont donné chacun une hypothèque. J'ai consenti à faire novation avec *Primus*. *Secundus* est donc libéré envers moi. Mais comme *Primus* se trouve par là avoir acquitté la dette de *Secundus*, il a acquis la subrogation en vertu du n°. 3 de l'article 1251; et s'il n'acquitte pas la nouvelle obligation qu'il a contractée envers moi, je pourrai exercer ses droits, et par conséquent l'action hypothécaire qu'il a sur les biens de *Secundus*. Je me trouve donc, par le fait, placé dans la même situation, que si mon hypothèque sur les biens de *Secundus* avoit été réservée. Je réponds que ma position est bien différente, parce qu'il y a effectivement une grande différence entre un droit qu'on exerce de son chef, et celui que l'on exerce du chef de son débiteur. Dans le premier cas, le bénéfice du droit appartient en entier et exclusivement à celui qui l'exerce; dans le second, il appartient à la masse des créanciers, et se partage par contribution entre eux : dans le premier cas, celui à qui appartient le droit, ne peut en être privé sans son fait ou sa volonté : dans le second, il peut en être privé par le fait du débiteur, qui peut y renoncer par suite d'arrangemens faits, sans fraude, avec la personne contre laquelle il doit être exercé. Il y a donc une différence essentielle entre les deux cas; ce qui fait évanouir toute apparence de contradiction entre les deux articles.

PAGE 166.

(1) *Ayant le libre exercice de ses droits.* La remise d'une dette étant une aliénation, *diminutio patrimonii*, elle n'est valable qu'autant que le créancier est capable de disposer de la chose qui est l'objet de l'obligation; et comme

BIU Cujas

c'est une aliénation à titre gratuit, il faut en outre que le débiteur soit capable de recevoir de celui qui fait la remise; en un mot, c'est une véritable donation, sinon quant à la forme, au moins quant au fonds. L'on appliquera donc toutes les règles relatives à la nullité et à la réduction des donations (argument tiré de l'article 1973); sauf toutefois le cas où la remise a lieu *ex necessitate, putà*, en cas de faillite, et par suite d'un concordat. Car alors elle perd tout caractère de libéralité. Cependant, même dans ce cas, si elle avoit été faite à un successible, elle seroit sujette à rapport. (*Voyez*, ci-dessus, la note (2) de la page 40.)

La simple volonté du créancier suffit-elle pour la remise expresse? Non: c'est, comme nous venons de le dire, une espèce de donation. Il faut donc l'acceptation, au moins tacite, du débiteur. (Art. 1121.) Jusqu'à ce que cette acceptation ait lieu, la remise peut être révoquée par le créancier. Mais est-il nécessaire que cette acceptation soit connue du créancier? Je ne le pense pas. L'article 1121 exige seulement, en cas de donation indirecte, que le donataire ait déclaré vouloir en profiter; mais il n'exige pas que cette déclaration soit notifiée au disposant. *Nec obstat* l'article 932, relatif aux donations entre-vifs, qui étant, comme on l'a vu, des actes solemnels, exigent des formes particulières et rigoureuses.

(2) *Telle est.* J'ai employé cette expression, pour faire voir que ce qui suit ne doit être pris qu'à titre d'exemple, et non pour exclure tous les autres faits desquels on peut induire la remise tacite; faits dont l'importance, et les effets sont entièrement remis à l'arbitrage du juge, qui se décidera d'après l'article 1353. (*Voir* un exemple dans la loi 26, ff. *de Probationibus.*) De même la cancellation du titre pourroit faire présumer la remise ou le payement, sauf la preuve contraire. (*L.* 24, ff. *eod.*)

La quittance d'un terme, fait-elle présumer la remise ou le payement des précédens? (*Voyez* au 3^e^. Vol., la note (5) de la page 96.)

(3) *Si le titre est sous signature privée.* Je pense qu'il en seroit de même, s'il étoit notarié, mais en brevet.

(4) *La remise volontaire.* Il faut donc, comme cela est évident, que la remise soit volontaire de la part du créancier, pour qu'elle puisse faire preuve de la libération. Mais qui devra prouver? Sera-ce au débiteur à prouver qu'elle a été volontaire, ou au créancier à prouver qu'elle ne l'a pas été? Comme le crime ne se présume pas, je pense que l'existence du titre entre les mains du débiteur, forme une présomption, qui rejette sur le créancier la charge de prouver. *Nec obstat* que c'est paroître l'obliger à prouver un fait négatif; car, toutes les fois qu'un fait négatif peut se prouver par un fait positif, la preuve en est admissible; comme on prouve qu'on n'étoit pas en tel endroit, tel jour, à telle heure, en prouvant qu'au même jour, et à la même heure, on étoit dans tel autre endroit. Or ici, le créancier peut prouver qu'il a perdu le titre,

BIU Cujas

ou qu'il lui a été volé ou extorqué, ou que le débiteur s'est trouvé par sa position, ou par l'effet de telle ou telle circonstance, à portée de s'en emparer facilement.

(5) *De la libération*, en général; c'est-à-dire, soit de la remise, soit même du payement. Remarquez que, dans ce cas, le créancier ne sera pas admis à la preuve contraire; c'est-à-dire, qu'il peut bien être admis à prouver que la remise n'a pas été volontaire : mais s'il ne peut faire cette preuve, il ne sera pas admis à prouver qu'en faisant la remise du titre, il n'a pas eu l'intention de remettre la dette.

(6) *Qu'autant que le créancier n'est pas en état de faire la preuve contraire.* Pourquoi cette différence avec le cas précédent ? C'est que le titre étant en minute, il est au pouvoir du créancier de se procurer une seconde grosse. On peut donc présumer qu'il n'a remis la première, que parce qu'il savoit avoir la possibilité de s'en procurer une seconde. La même présomption n'existe pas, quand le titre est en brevet, ou sous signature privée.

(7) *Mais ne suffit pas pour faire présumer la remise de la dette.* La remise de la dette, au contraire, emporte le droit de se faire restituer le gage. Mais il faut que cette remise soit constante ; car le fait que le gage est resté entre les mains du créancier, s'oppose à toute présomption de remise en faveur du débiteur.

Page 167.

(1) *Ni les autres cautions.* C'est-à-dire, qu'elle n'éteint pas la dette à leur égard; mais en cas d'insolvabilité du débiteur, elle libère les autres cautions pour la part de celui à qui la remise a été faite. Autrement la remise lui deviendroit inutile, puisqu'il seroit toujours obligé de payer sa part, tant par l'effet du bénéfice de division dont il est question dans l'article 2026, que par l'effet de l'action en recours que les cautions ont les unes contre les autres, d'après l'article 2033.

(2) *La remise personnelle.* La remise est *personnelle*, quand, sur plusieurs personnes obligées pour la même dette, le créancier en libère une en particulier, en se réservant ses droits contre les autres. Elle est *réelle*, quand le créancier fait un acte duquel résulte l'extinction de la dette. L'effet de cette dernière espèce de remise étant qu'il n'existe plus d'obligation, elle libère tous les obligés.

(3) *La remise profite à tous ceux qui ont intérêt.* (Argument tiré de l'article 1365.)

(4) *Dont l'obligation est une, et la même pour tous.* Nous avons vu que, dans l'obligation solidaire, chacun des débiteurs s'engage à payer ce que doit son codébiteur. Donc, quand celui-ci ne doit plus rien, l'autre est présumé également libéré, à moins de déclaration expresse au contraire. Il en est de même dans le cautionnement, à l'égard de la caution; c'est-à-dire, que la

BIU Cujas

caution s'engage à payer ce que doit le débiteur principal. Aussi voyons-nous que la remise faite au débiteur, libère la caution. Mais le débiteur principal s'est engagé à payer ce qu'il doit lui-même, et non ce que doit la caution. En conséquence, l'obligation de la caution peut être remise, sans qu'il en résulte remise de l'obligation principale.

(5) *Expressément.* Je ne pense pas qu'il faille entendre cela d'une manière stricte; mais dans le sens qu'il faut que l'on puisse induire du mode employé par le créancier pour faire la remise, qu'il a entendu ne gratifier que celui avec lequel il traitoit; *putà*, s'il a dit qu'il lui faisoit remise pour sa part. (Argument tiré de l'art. 1210.)

(6) *Déduction faite de la part.* Que doit-on entendre par ce mot *la part?* Est-ce la part virile? est-ce celle pour laquelle le débiteur a intérêt dans la dette? Ce qui est bien différent. Car il est possible, comme nous le voyons dans l'article 1216, que l'affaire ne concerne que l'un des coobligés; et alors sa part dans l'intérêt, c'est toute la dette. D'abord, pour que la question ait lieu, il faut supposer que le créancier est instruit que la part virile du débiteur auquel il fait la remise, est différente de celle qu'il a dans l'intérêt. Car autrement il est bien sûr qu'il faudroit entendre la part virile. Mais supposé que cette différence lui soit connue, je pense qu'il faut entendre sa part dans l'intérêt. En effet, nous avons vu précédemment qu'en général l'extinction de la dette à l'égard de l'un des codébiteurs, libère également tous les autres. Cependant on a excepté le cas où le créancier a déclaré qu'il entendoit libérer seulement celui auquel il a fait la remise. Mais, d'un autre côté, il faut que cette libération ait son effet, et en même temps qu'elle ne préjudicie pas aux autres codébiteurs: or, si par ces mots *la part*, on entendoit toujours la part virile, il pourroit en résulter, ou que le débiteur auquel la remise a été faite, ne seroit point libéré, ou que cette remise préjudicieroit aux autres codébiteurs. Supposons, en effet, que la dette dont il s'agit, ne concerne que l'intérêt d'un seul des débiteurs: dans ce cas, les autres codébiteurs sont regardés comme ses cautions, aux termes de l'article 1216; et celui d'entr'eux qui a payé la dette, peut le poursuivre pour la totalité. Si nous supposons maintenant que c'est précisément le débiteur, seul intéressé dans la dette, auquel la remise a été faite, qu'arriveroit-il, dans l'hypothèse, que le mot *part* devroit être entendu d'une part virile? C'est que, s'il y a, par exemple, en tout, quatre débiteurs, le créancier pourra demander à celui des trois autres qu'il voudra choisir, les trois quarts de la dette; ce payement une fois fait, ou l'on accordera au débiteur qui aura payé, son recours pour la totalité de ce qu'il a payé, contre celui auquel la remise a été faite, conformément à l'article 1216, et il se trouvera alors que ce dernier n'aura pas été libéré; ou on lui refusera ce même recours, et il se trouveroit alors que la remise lui préjudicieroit. Donc, pour concilier le droit des codébiteurs avec l'effet que doit avoir la libération du débiteur

BIU Cujas

déchargé, il faut entendre ce mot, *part*, comme s'il y avoit *intérêt;* d'où il suivra que, si la dette ne concernoit que le débiteur déchargé, les autres seroient totalement libérés.

On oppose à cette décision que le créancier, en se réservant ses droits contre les autres codébiteurs, fait suffisamment connoître qu'il n'entend accorder la remise que pour la part virile du débiteur libéré. Mais l'on peut répondre qu'il en est de ce cas, comme de celui où l'héritier, qui fait un acte emportant nécessairement acceptation, déclare cependant qu'il n'entend pas accepter. Il n'est pas moins censé acceptant, parce que toute déclaration ou protestation contraire à la nature d'un acte, est nécessairement nulle.

(7) *Qu'elle ne libère toutes les cautions.* Il faudroit cependant excepter le cas où la remise faite au débiteur principal auroit été forcée, *putà*, dans le cas d'un concordat. (L. 58. §. 1. ff. *mandati*.) Car précisément on ne prend de caution que dans la prévoyance du cas où le débiteur deviendroit insolvable.

(8) *Après l'extinction du principal.* Et d'ailleurs, si elle ne profitoit pas aux cautions, il se trouveroit par le fait qu'elle ne profiteroit pas au débiteur principal, qui pourroit être poursuivi en remboursement de la dette par la caution qui l'auroit payée.

(9) *Débitrices l'une envers l'autre.* Le cas qui donne lieu le plus fréquemment à la compensation, est lorsque le débiteur devient héritier du créancier de son créancier, *et vice versâ*, lorsque le créancier devient héritier du débiteur de son débiteur.

Page 168.

(1) *Dont le prix fût réglé par des mercuriales.* Les mercuriales sont des registres tenus par les autorités compétentes, et qui constatent le cours des denrées dans les différens marchés.

(2) *Liquides. Quid*, si cette qualité de liquides est contestée, c'est-à-dire, si celui auquel une dette est opposée en compensation, prétend, ou qu'elle n'est point due, ou que le montant n'en est point déterminé? Cela n'empêchera pas la compensation. Autrement il suffiroit d'une mauvaise chicane pour détruire l'effet de la compensation. Mais elle sera suspendue jusqu'au jugement. S'il est jugé que la créance existoit, et qu'elle étoit liquide, il en résultera que la compensation a eu lieu, et que les deux dettes ont été éteintes, du moment qu'elles ont existé toutes deux à la fois. S'il est jugé que la dette opposée n'existe pas, il est évident qu'il n'a pu y avoir compensation. S'il est jugé qu'elle n'est pas liquide, se reporter à ce qui va être dit alinéa suivant.

(3) *Le terme de grâce n'est point un obstacle à la compensation.* Le terme de grâce est accordé par le juge, dans la supposition que le débiteur ne peut actuellement payer. La compensation lui offrant un moyen facile de payer, il n'y a pas de raison de le laisser jouir du terme.

BIU Cujas

Pour la question de savoir si l'exigibilité résultant de l'art. 1188, peut rendre la dette compensable, *voyez* ci-dessus la note (7) de la page 128.

Quid, si la créance opposée en compensation, résulte d'un compte à faire? Il est certain qu'il n'y a pas compensation, puisque cette créance n'est pas liquide. Mais le demandeur en compte, pourra se faire autoriser à mettre opposition entre ses propres mains comme personne étrange; ce qui est permis par la loi, ainsi que le suppose l'art. 823 du Cod. de Procéd.; mais la compensation n'aura lieu que quand le compte aura été apuré. En conséquence, les intérêts courront jusques-là; s'il survient d'autres saisies-arrêts, il y aura lieu à contribution, etc.

(4) *A la personne même qui l'oppose.* Le mari pourroit-il opposer la compensation de ce qu'on doit à sa femme? Oui, dans trois cas:

1°. S'il y a communauté de biens; et ce, quand même il y auroit clause de réalisation, et que la créance feroit partie du mobilier réalisé par la femme. La clause de réalisation n'ôte point au mari la disposition du mobilier réalisé;

2°. S'il y a exclusion de communauté;

3°. Si les époux sont mariés sous le régime dotal, et que la somme due fasse partie des biens dotaux.

Dans tous les autres cas, la compensation ne peut avoir lieu.

Le débiteur d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, peut-il opposer la compensation de ce qui lui est dû par l'héritier? La raison de douter se tire de ce qui va être dit dans le texte relativement au tuteur, auquel le débiteur du mineur ne peut opposer la compensation de ce qui lui est dû par ledit tuteur. Or l'héritier bénéficiaire est administrateur de la succession, comme le tuteur l'est des biens du mineur. Mais la raison de décider, est que le bénéfice d'inventaire n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers et légataires de la succession. A l'égard de tous autres, l'héritier est censé propriétaire des biens de la succession. Il peut même le devenir à l'égard de tous, en faisant acte d'héritier pur et simple. Donc la compensation peut lui être opposée. Si c'est au contraire un créancier de la succession qui offre de compenser ce qui lui est dû par la succession, avec ce qu'il doit à l'héritier personnellement, celui-ci peut refuser la compensation. Car c'est précisément à l'égard des créanciers de la succession que le bénéfice d'inventaire a l'effet d'empêcher la confusion des droits de l'héritier, avec ceux de la succession. Il pourra donc exiger ce qui lui est dû, et renvoyer le créancier à se faire payer sur la succession bénéficiaire.

La succession une fois acceptée bénéficiairement, celui qui est tout-à-la-fois débiteur et créancier de la succession, peut-il compenser, lorsque la compensation ne s'est point opérée avant l'ouverture? Il faut distinguer: S'il n'y a pas de créanciers opposans, la compensation peut avoir lieu. Car alors l'héritier étant obligé de payer les créanciers à mesure qu'ils se présentent, le

BIU Cujas

créancier peut se faire payer par voie de compensation. Mais s'il y a des oppositions, la compensation ne peut avoir lieu, et le débiteur est tenu de payer, sauf à venir ensuite à contribution avec les autres créanciers, pour ce qui lui est dû. La même distinction est applicable à l'héritier bénéficiaire, tout-à-la-fois créancier et débiteur de la succession.

En seroit-il de même en cas de faillite? Non. Car alors tous les créanciers sont censés opposans. C'est ce qui constitue une différence entre l'état de faillite proprement dit, et l'état d'une succession bénéficiaire, lesquels sont d'ailleurs assimilés sous presque tous les autres rapports. *Voyez* l'art. 2146.

Le débiteur de la société peut-il compenser avec ce qui lui est dû par l'un des associés? Non. La société est un être moral, distingué de chacun des associés. *Quid* du débiteur de l'état? La compensation peut avoir lieu, si les deux dettes dépendent de la même régie. (LL. 1 et 3., Cod. *de compensat.*)

(5) *Par la personne même à qui elle est opposée.* Le créancier de la femme, et en même temps débiteur du mari, peut-il opposer à ce dernier la compensation de ce qui lui est dû par la femme? Oui, dans les cas exprimés dans la note précédente; et sauf l'exécution de l'article 1410. Cependant, s'il y avoit séparation de dettes, et que le mobilier de chacun des époux eût été constaté par un inventaire, alors les créanciers de la femme ne pouvant poursuivre leur payement sur les biens du mari (art. 1510), il est clair qu'ils ne peuvent davantage lui opposer la compensation.

(6) *Qu'il auroit acquises contre le cédant, postérieurement à la signification.* Ainsi, il peut opposer la compensation des créances qui ne sont devenues exigibles que depuis la signification de la cession, pourvu qu'elles aient été acquises auparavant. (POTHIER, n°. 596.) Autrement un débiteur de mauvaise foi, qui seroit en même temps créancier, et qui voudroit éviter la compensation, ne manqueroit pas de faire un transport de sa créance, avant que celle qui est due par lui, ne fût exigible.

(7) *Même pour les créances antérieures à son acceptation*, et même échues antérieurement; ce qui semble contrarier le principe de l'article 1290. Car, si la compensation éteint les deux créances de plein droit, du moment qu'elles sont compensables, comment le défaut de réserve de la part de l'un des débiteurs, peut-il les faire revivre? Il faut appliquer ici la distinction qui se trouve déjà établie ci-dessus dans la note (7) de la page 129. En effet, il est certain qu'ici la dette cédée est éteinte, et que, par conséquent, le cessionnaire a réellement acquis une créance qui n'existe plus. Mais comme c'est l'acceptation volontaire du cédé, et le défaut de déclaration, de sa part, de la compensation existante, qui ont induit le cessionnaire en erreur, le cédé lui doit réparation du tort que cette erreur lui occasionne; et cette réparation ne peut être que le montant de la créance même. Cette créance sera donc censée exister encore, par rapport au débiteur, non pas, à la vérité, *ipso jure*,

BIU Cujas

mais *exceptionis ope*, et à titre d'indemnité; c'est-à-dire, que quand le cessionnaire demandera son payement, si le débiteur lui oppose la compensation, le créancier emploiera contre lui ce que les Romains appeloient *replicatio doli.*

Mais, *quid* à l'égard des accessoires de la créance, *putà*, des cautions, des hypothèques? Je crois qu'ils sont libérés. Le principe invariable établi par l'art. 1290, est que la compensation éteint la dette de plein droit. Si dans l'espèce ci-dessus, on la fait revivre contre le débiteur, c'est à cause de son dol, *per replicationem doli.* Or, le dol est personnel à celui qui l'a commis, et ne peut préjudicier qu'à lui seul. En vain opposeroit-on l'intérêt du cessionnaire qui se trouve n'avoir pas les sûretés sur lesquelles il avoit compté. C'est un malheur pour lui; il se trouve dans le cas de celui auquel on auroit cédé une créance déjà payée. Sans doute, si, dans ce dernier cas, le débiteur cédé avoit accepté la cession sans faire mention du payement, le cessionnaire pourroit se faire payer une seconde fois par lui; mais certainement il n'auroit point de recours contre les cautions qui auroient été libérées par le payement: il ne pourroit se prévaloir des hypothèques qui auroient été affectées au payement de la créance. Donc, *à pari*, *etc.* Aussi, l'article 1295 ne dit-il pas en général: *la compensation ne peut plus être opposée*, mais *le débiteur* ne peut plus, etc. Cette faculté est donc refusée au débiteur seul, et non aux accessoires de la dette.

(8) *Postérieures à la saisie.* C'est-à-dire, acquises postérieurement à la saisie. Par la saisie-arrêt, le saisissant acquiert sur la créance, pour lui et pour les autres créanciers qui peuvent saisir par la suite, un droit subordonné seulement à la charge de prouver que les causes des saisies sont valables. Cette preuve une fois faite, la créance est censée lui avoir appartenu du moment de la saisie, et par conséquent n'avoir plus été compensable de ce même moment.

Quid, si la créance existoit avant la saisie, mais n'est devenue exigible que depuis? L'article paroît décider que la compensation peut toujours être opposée. *Celui*, y est-il dit, *qui étant débiteur, est devenu créancier depuis la saisie, ne peut opposer la compensation*: donc, il suffit qu'il soit devenu créancier auparavant, pour qu'il puisse l'opposer. D'ailleurs, l'opinion contraire favoriseroit la fraude. Un débiteur de mauvaise foi, qui seroit en même temps créancier de son créancier, et qui voudroit empêcher la compensation, s'entendroit avec un créancier supposé pour faire pratiquer une saisie-arrêt, et se faire payer par là le montant de sa créance; tandis que, de son côté, il se refuseroit au payement de sa propre dette.

PAGE 169.

(1) *Dont le propriétaire a été injustement dépouillé. Spoliatus ante omnia*

BIU Cujas

restituendus. Quoique la compensation s'opère de plein droit, encore faut-il qu'elle soit opposée, et le spoliateur n'y est pas recevable.

(2) *En restitution d'un dépôt.* C'est probablement d'après ce principe que le Grand-Juge a décidé, le 3 janvier 1809, que la restitution des biens d'un contumax décédé ne peut être suspendue, sous le prétexte qu'il existe des frais à acquitter. (SIREY, 1809; 2e. partie, page 44.)

Quid, si la chose déposée a péri, mais de manière que le dépositaire en soit responsable, et en doive conséquemment l'estimation, pourroit-il opposer la compensation? Appliquez ce qui va être dit dans la note suivante, du prêt à usage. Il ne faut pas, dit BRUNNEMAN, sur la loi dernière, Cod. *de Compensationibus*, n°. 10, que le dépositaire puisse, par sa faute ou son dol, acquérir le droit de compenser. Le Code Prussien a la même disposition, *de la Compensation*, n°. 364 (1re. part. Tit. XVI, sect. VI).

Remarquez que la disposition qui déclare la compensation non applicable au dépôt, a lieu tant en faveur du déposant, que contre lui. *En faveur du déposant :* On ne peut lui opposer la compensation, lorsqu'il réclame le dépôt. *Contre lui :* S'il doit au dépositaire une somme portant intérêt, il ne peut prétendre que la compensation a eu lieu, et que conséquemment les intérêts ont cessé du moment du dépôt, mais seulement du jour qu'il a déclaré consentir à la compensation.

Quid, si le dépositaire, qui se trouve en même temps créancier du déposant, cède sa créance à un tiers, celui-ci pourroit-il, après la signification de la cession, saisir et arrêter le dépôt entre les mains du dépositaire? La négative a été jugée à Aix le 24 février 1818 (SIREY, 1818; 2e. partie, page 256); et avec raison : d'abord, parce que le cédant n'a pu transmettre plus de droit qu'il n'en avoit lui-même; et, en second lieu, parce que rien ne seroit plus facile alors que d'éluder la prohibition de la loi, par une cession simulée.

(3) *Ou d'un prêt à usage.* Je conçois qu'on ait pu mettre en question de savoir, si l'on pouvoit admettre la compensation contre la demande en restitution d'un dépôt. Ce contrat s'applique aux choses fongibles, comme aux choses non-fongibles, souvent même à des sommes d'argent, qui, de toutes les choses, sont les plus compensables. Mais je ne vois pas comment la même question a pu s'élever à l'égard du prêt à usage. Ce contrat ne s'applique qu'aux corps certains, qui ne sont, dans aucun cas, susceptibles de compensation; à moins que l'on ne dise que l'on a prévu le cas où la chose prêtée étant périe par la faute du commodataire, il est obligé d'en rembourser la valeur en argent. On auroit pu prétendre que, dans ce cas, la dette étoit compensable; et l'article 1293 décide la négative. (*Voir*, au 3e. vol., la note (8) de la page 190.) Le commodat est un service de pure amitié; le dépôt est un acte de confiance. On n'a pas voulu que le dépositaire ou le commodataire pussent en profiter pour se faire payer d'une créance.

BIU Cujas

(4) *Déclarés insaisissables par la loi.* (*Voyez*, ci-dessus, la note (1) de la page 156.) Mais ces objets peuvent être compensés dans tous les cas où ils peuvent être saisis. Ainsi, je pense que les arrérages échus d'une pension alimentaire pourroient être compensés avec des fournitures d'alimens. Mais il n'en seroit pas de même des intérêts à échoir : ce seroit aller contre la destination des alimens, et contre le but que s'est proposé le Législateur en y attachant le caractère d'insaisissabilité, que de faciliter au créancier les moyens de les dissiper à l'avenir.

(5) *S'éteignent réciproquement.* En conséquence, si l'une d'elles, ou toutes deux, produisent des intérêts, ils cessent de courir du moment que la compensation a pu s'opérer ; mais comme les intérêts se payent avant le principal, ils se compensent également les premiers. Ainsi, je suis votre créancier de trois mille francs sans intérêt. Je succède à une personne qui vous doit trois mille francs portant intérêt, et une année d'intérêt de ladite somme, à cinq pour cent, = cent cinquante francs. Cette dernière somme se compense d'abord. Je ne suis donc plus votre créancier que de deux mille huit cent cinquante francs, qui compenseront pareille somme à prendre dans votre créance. Je resterai donc, en définitif, votre débiteur, d'une somme, en principal, de cent cinquante francs, qui continuera de porter intérêt.

De ce que la compensation a lieu de plein droit, et arrête le cours des intérêts, il résulte que si, entre personnes qui se doivent réciproquement, tels que des cohéritiers, des associés, il y a des sommes qui produisent intérêt, les comptes doivent se faire par époques d'exigibilité des créances, afin de diminuer d'autant les intérêts, à mesure qu'une créance se trouve éteinte, en tout ou en partie, par la compensation.

Peut-on renoncer à la compensation ? Quand elle est acquise, l'affirmative n'est pas douteuse ; *putà*, si l'on paye la dette éteinte par la compensation. C'est même dans cette hypothèse qu'est rédigé l'article 1299. Il y a également renonciation tacite à la compensation dans le fait du débiteur qui accepte purement et simplement la cession faite par le créancier (article 1295) ; mais, dans ces différens cas, la compensation a toujours son effet à l'égard des accessoires de la dette. Il y a plus de difficulté dans la question de savoir si l'on peut renoncer d'avance à la compensation. Il me semble que, si une dette avoit été contractée, si une somme d'argent avoit été prêtée, par exemple, sous la condition expresse qu'elle ne seroit pas compensée, il seroit difficile au débiteur d'éluder l'effet de cette convention ; car, puisqu'une dette peut, par sa nature, être non-compensable, pourquoi ne pourroit-elle pas l'être également par le consentement des parties ? (Voyez la note (7) ci-après.)

(6) *Pouvant opposer la compensation.* De ce que la loi paroît exiger ici que la compensation soit opposée, il ne faut pas en conclure qu'il y a contradiction avec la disposition qui prononce qu'elle a lieu de plein droit ; car il faut

BIU Cujas

bien que, pour décider qu'il y a lieu à compensation, le juge sache qu'il existe une autre dette qui a éteint la première. Le payement éteint bien certainement la dette de plein droit ; et cependant il faut bien, s'il existe un titre entre les mains du demandeur, que le juge soit instruit du payement, pour qu'il puisse débouter le demandeur. Mais cela n'empêche pas que le payement, ou l'existence des deux dettes compensables, une fois prouvée, l'extinction aura lieu de plein droit, du jour du payement, ou du jour que la seconde dette est devenue exigible.

Quand la compensation peut-elle être opposée ? En tout état de cause, et même après un jugement passé en force de chose jugée. *Nec obstat* que la chose jugée *pro veritate habetur* : car ce principe ne seroit applicable qu'autant que la compensation auroit été opposée, et rejetée par le juge. Mais, dans l'espèce, on suppose que le défendeur n'en a pas parlé. (L. 2, Cod. *de Compensat.*)

(7) *Par erreur de droit.* On appelle *erreur de droit*, celle qui résulte de l'ignorance des dispositions de la loi. Cette erreur n'excuse pas, parce que personne ne doit ignorer la loi. (Cependant voyez ci-dessus, la note (5) de la page 118.) L'erreur de fait est celle qui consiste dans l'ignorance d'un fait. Elle excuse ordinairement, parce qu'on peut aisément et probablement ignorer un fait. (L. 9, ff. *de juris et facti ignorantiâ.*)

Il y auroit erreur de droit dans l'espèce, si celui qui pouvoit opposer la compensation, ne l'a pas fait, ou parce qu'il ne savoit pas que la compensation étoit autorisée par la loi, ou parce qu'il croyoit faussement être dans un cas d'exception.

Il y auroit erreur de fait, s'il ne savoit pas qu'il étoit créancier de son créancier ; *putà*, s'il l'étoit devenu en succédant à une personne dont il ignoroit le décès.

Il pourroit arriver qu'il n'y eût pas d'erreur, et que cependant la première dette continuât de subsister, même à l'égard des tiers ; *putà*, si la seconde avoit été contractée sous la condition expresse qu'elle ne pourroit être compensée avec une créance déjà existante. En effet, les tiers ne pourroient se plaindre, puisqu'on peut leur dire que, si la condition n'eût pas été consentie, la dette n'eût pas été contractée, et que, par conséquent, il n'eût pu être question de compensation.

(8) *L'action* dite *condictio indebiti*, c'est-à-dire l'action pour se faire rendre la chose qui a été payée sans être due.

(9) *Au préjudice des tiers.* C'est la distinction que nous avons déjà posée dans la note (7) de la page précédente. Il conserve donc, contre le débiteur, tous les droits résultant de l'ancienne créance ; par exemple, s'il a un titre authentique ou même exécutoire, il pourra s'en aider dans les poursuites à exercer contre lui, etc.

(10) *Avec la dette exigible, dont il est créancier.* A moins, cependant, que le terme de la créance non exigible n'ait été apposé en faveur du créancier. Car alors, comme on ne pourroit le forcer de recevoir le payement avant l'échéance,

BIU Cujas

on ne pourroit de même le forcer de compenser. Cela peut être important dans quelques circonstances. Ainsi, une personne a pris, à intérêt, de l'argent appartenant à un mineur, et a promis de ne rembourser qu'à sa majorité. Cette même personne devient créancière du mineur, d'une somme exigible, qui ne porte pas intérêt. Craignant de ne point trouver un emploi avantageux de cette somme, et préférant éteindre une dette qu'elle trouve onéreuse, elle offre de compenser avec ce qu'elle doit au mineur. Le tuteur peut refuser la compensation, surtout s'il craint de ne pas rencontrer un placement sûr et utile pour le fonds du mineur; il est probable, dans l'espèce, que le terme a été stipulé en faveur du créancier.

C'est d'après ce principe que, dans la lettre-de-change, la compensation ne peut avoir lieu qu'à l'échéance de la lettre, quand même l'accepteur, qui seroit en même temps créancier d'une dette exigible, offriroit de compenser. Dans la lettre-de-change, le terme est censé stipulé, autant en faveur du créancier que du débiteur. (Voyez mes *Institutes commerciales*, 2e. vol., note (2) de la page 110.)

Quid, si les deux créances sont de choses fongibles de la même nature, mais dont l'une soit indéterminée? Le créancier de la chose indéterminée ne peut pas opposer la compensation; mais elle peut lui être opposée. *Espèce*:

Vous me devez six pièces de vin en général. Je vous dois six pièces de vin de Bourgogne. Je ne peux pas vous opposer la compensation, parce que je ne puis vous forcer de me payer avec du vin de Bourgogne, plutôt qu'avec tout autre. Mais vous pouvez me l'opposer, parce que, ayant le droit de me payer avec tel vin que vous voudrez, vous pouvez me payer avec du vin de Bourgogne, comme avec tout autre.

De même, lorsque la dette est pure et simple d'un côté, et alternative de l'autre, la compensation est facultative de la part du débiteur sous l'alternative, et n'aura lieu que du jour qu'il aura déclaré vouloir payer la chose semblable à celle qui lui est due.

Peut-on opposer en compensation une dette prescrite? Il faut distinguer: Si à l'époque où la compensation a pu et dû s'opérer, la prescription n'étoit pas acquise, il est certain que la compensation peut être opposée ensuite, à quelque époque que ce soit. Mais si la dette étoit déjà prescrite à cette époque, il est évident que la prescription, quand elle est opposée, étant un moyen d'éteindre les obligations, et une dette éteinte ne pouvant être admise en compensation, il ne pourroit y avoir lieu à compensation, qu'autant que le débiteur de la dette prescrite n'opposeroit pas la prescription.

Quid, si l'une des deux dettes est fondée sur un titre privé, et l'autre sur un titre authentique, ou même exécutoire? Il y a lieu à la compensation. La différence du titre ne préjudicie en rien à l'existence, ni à l'exigibilité des créances.

BIU Cujas

Quid, si l'un des deux titres est attaqué, *putà*, par la dénégation, s'il s'agit d'un acte privé; ou par l'inscription de faux, s'il s'agit d'un acte authentique? Il n'y aura pas lieu à la compensation *de plano*; mais celui dont le titre est contesté, pourra mettre opposition, entre ses propres mains, au payement de la créance; et si, en définitif, le titre est jugé valable, la compensation sera censée s'être opérée dès le principe.

Peut-il y avoir lieu à compensation en matière de rente perpétuelle? Voyez au 3e vol. la note (5) de la page 194.

Peut-on offrir en compensation à un créancier, ce qu'il doit lui-même à une autre personne que celle qui oppose la compensation, bien entendu avec le consentement de cette dernière? Papinien est d'avis de la négative. (*L.* 18, §. 1, ff. *de Compensat.*) Barbeyrac soutient l'affirmative. Pothier distingue: il adopte l'avis de Barbeyrac, lorsque la créance opposée en compensation est égale ou supérieure à l'autre dette, et celui de Papinien, quand elle est inférieure. Il se fonde sur ce que, dans ce dernier cas, il se trouve, par le fait, que le créancier ne reçoit qu'un payement partiel; qu'il peut être contraint de recevoir un pareil payement, quand il est débiteur de son créancier; mais qu'il ne seroit pas juste de lui imposer la même obligation, quand il est débiteur d'une autre personne. Il me semble que la distinction de Pothier n'est pas admissible; et qu'il faut reconnoître qu'il y a lieu, ou qu'il n'y a pas lieu à la compensation: dans le premier cas, elle doit avoir lieu même pour partie; dans le second, elle ne doit pas être admise, même pour le tout. En définitif, l'avis de Barbeyrac me paroît préférable. Car on est forcé de convenir que, si le débiteur achetoit les droits du créancier de son créancier, il pourroit, sans nul doute, après la signification du transport, opposer la compensation. Or, quelle différence peut-il y avoir dans le droit, et quant à la question proposée, entre ce cas, et celui où il vient opposer la compensation, du consentement de ce créancier? Il y a plus, c'est qu'il pourroit, à la rigueur, se passer de ce consentement. Car il peut, s'il veut, payer ce créancier, même malgré lui; et en supposant qu'il ne puisse être subrogé à ses droits, il acquerra au moins, contre le débiteur pour qui il a payé, l'action *negotiorum gestorum*, pour se faire rembourser ce qu'il a payé: et le bénéfice de cette action, qui est égal au montant de la dette, ne devient-il pas dans sa main une créance compensable? Qui donc l'empêcheroit, si ce créancier consent à la compensation, de se faire délivrer par lui une quittance qui le rendra créancier direct de son créancier?

Page 170.

(1) *Qu'en offrant de faire raison des frais de remise.* Ainsi, vous me devez mille francs payables à Paris: je vous dois mille francs payables à Lyon.

BIU Cujas

Je puis demander la compensation, en offrant de vous tenir compte de ce qu'il en coûteroit pour faire parvenir cette somme à Lyon.

(2) *Qu'elle est dans l'intention de le faire.* Par conséquent, ce n'est que du moment de cette déclaration, que la dette est éteinte; que les intérêts, s'il y en a, cesseront de courir.

(3) *Toutes de nature à être compensées*, et toutes existantes au moment où la compensation a dû s'opérer; car, s'il n'en existoit qu'une alors, c'est celle-là, quelle qu'elle soit, qui a été éteinte par la compensation. *Espèce :* Je vous dois mille francs, sans intérêt; je succède à une personne à laquelle vous devez mille francs, aussi sans intérêt. Après que les deux créances sont devenues exigibles, je suis devenu votre débiteur d'une nouvelle somme de mille francs avec intérêt. Quoique j'aie intérêt d'imputer la compensation sur cette dernière somme, plutôt que sur la première, il n'y aura cependant pas lieu à l'imputation; car, du moment que les deux premières créances sont devenues exigibles, la compensation s'est opérée de plein droit, et a eu tout son effet. Ma première dette a donc été éteinte, et la seconde continue toujours d'exister.

(4) *D'une même dette.* J'ai ajouté ces mots, pour distinguer la confusion, de la compensation, dans laquelle la même personne est tout-à-la fois créancière et débitrice, mais pour des dettes différentes.

(5) *Dès que ces deux qualités se réunissent dans la même personne;* par exemple, lorsque la même personne devient héritière tout-à-la-fois du créancier et du débiteur, ou lorsque le créancier devient héritier pur et simple de son débiteur, *et vice versâ.*

Nous disons *héritier pur et simple;* car nous avons vu qu'un des effets du bénéfice d'inventaire est d'empêcher la confusion.

PAGE 171.

(1) *Qui s'opéreroit dans la personne de la caution :* Dans le cas où le créancier deviendroit héritier de la caution, *et vice versâ. Quid,* si au contraire les deux qualités de débiteur principal et de caution se réunissent dans la même personne? *Ex subtilitate juris*, c'est l'obligation de la caution qui disparoît. (*L.* 14, ff. *de Fidejussoribus.*) Mais chez nous, cette question n'a pas d'intérêt; car l'article 2035 décide que, dans ce cas, si la caution en avoit elle-même donné une, ce que l'on appelle *certificateur de caution*, le créancier conserve contre cette dernière les même droits et actions, que si l'obligation de la première caution subsistoit encore. En seroit-il de même des hypothèques données par la caution? Je pense qu'oui; car les Romains qui décidoient que la confusion, dans ce cas, anéantissoit l'obligation du certificateur, décidoient en même temps qu'elle laissoit subsister l'hypothèque donnée

BIU Cujas

par la caution (*L.* 38 §. *fin.*, ff. *de Solut.*); à plus forte raison chez nous, où l'obligation du certificateur subsiste, l'hypothèque doit-elle être maintenue.

(2) *Dans la personne d'un des codébiteurs.* Si, par exemple, il a succédé au créancier, ou si le créancier lui a succédé. Il y a dans le texte, *dans la personne du créancier;* mais il est évident que c'est une erreur de rédaction.

(3) *Que pour sa part et portion dans la dette.* Ainsi l'action solidaire subsiste pour le reste de la dette, contre les autres codébiteurs.

(4) *Que dans la même proportion.* Si, par exemple, le créancier devient héritier du débiteur pour un quart, la confusion n'aura lieu que pour un quart de la créance, et il pourra exiger les trois autres quarts de ses cohéritiers ou des autres débiteurs, si toutefois la dette est divisible. Si elle est indivisible, il pourra l'exiger en entier, sauf à tenir compte de la valeur de la portion pour laquelle la confusion s'est opérée. (Argument tiré de l'art. 1224.)

Quid, si la dette est solidaire, et que l'un des codébiteurs soit insolvable? Je pense que sa part doit être supportée par les autres, ainsi que par le créancier du chef du débiteur auquel il a succédé. (Argument tiré de l'art. 1215.) La confusion est un fait absolument étranger aux autres codébiteurs, qui ne peut leur nuire, ni leur profiter.

Quid, si celui qui a cautionné un débiteur, envers deux créanciers, succède à l'un des créanciers? Il demeure obligé, comme caution envers l'autre, mais seulement pour la part que ce dernier a dans l'obligation; car pour la part du défunt, comme ce dernier auroit eu une action, en raison de son intérêt dans la créance, contre l'autre créancier qui auroit reçu la dette entière, il est évident, d'après la règle, *eum quem de evictione, etc.*, qu'il ne peut être poursuivi pour cette part. Remarquez aussi que, dans ce cas, la caution a action contre le débiteur, du chef du créancier auquel elle a succédé.

Quid, si l'un de deux débiteurs solidaires succède à l'autre? Il n'y a pas confusion, parce que, dit la loi 5, ff. *de Fidejussoribus*, les deux obligations *sunt ejusdem potestatis.* Il pourra donc être assigné, soit de son chef, soit du chef du défunt; ce qui n'est pas indifférent, dans le cas par exemple, où l'un des deux débiteurs pourroit opposer une exception personnelle. Il en est de même, si l'un des cofidéjusseurs succède à l'autre. Et enfin, si l'un de deux créanciers solidaires succède à l'autre, il n'y a pas davantage de confusion, et celui qui reste, peut former la demande, soit de son chef, soit du chef du défunt; ce qui peut n'être pas non plus indifférent, dans le cas où l'un d'eux, par exemple, pourroit être repoussé par une exception personnelle.

Observez, en terminant, qu'il n'y a qu'un titre irrévocable qui puisse opérer une confusion irrévocable, ainsi que nous l'avons établi ci-dessus, note (12) de la page 25; et en conséquence, toutes les fois que la résolution du titre s'opère, comme disent les auteurs, *ex causâ antiquâ*, la créance revit avec

BIU Cujas

tous ses accessoires. (*Voir*, sur ce point, un arrêt de Cassation, du 24 mars 1817; *Bulletin*, n°. 23 : *voir* également, au 3e. Vol., la note (6) de la p. 142.)

(5) *L'extinction de l'obligation de la livrer.* Remarquez que ce n'est que cette obligation de livrer, qui est éteinte. Si la convention a produit quelqu'autre obligation corrélative à celle de livrer, elle continue d'exister. Ainsi, dans la vente, si la chose périt sans la faute du vendeur, avant la livraison, et avant qu'il soit en demeure, il est déchargé de l'obligation de la livrer; mais l'acheteur n'en doit pas moins le prix. Cette disposition existoit même dans l'ancien droit, où le contrat de vente ne transféroit pas la propriété. Mais cela étoit ainsi, parce que, disoit-on avec raison, *venditor erat debitor speciei certæ, cujus interitu liberabatur.* A plus forte raison en doit-il être de même, actuellement que la vente transfère la propriété par elle-même; car ce que doit l'acheteur, est le prix de la propriété qui lui a été réellement transférée.

(6) *En général.* Nous avons vu, en effet, ci-dessus (note (2) de la page 132), que ce mode d'extinction pouvoit s'appliquer aux obligations indéterminées, mais d'un genre moins étendu, ou, comme disent les auteurs, *generis limitati.*

(7) *De corps certain et déterminé.* Il peut y avoir quelquefois de la difficulté à décider si l'objet de l'obligation est déterminé ou non : cela rentre alors dans la question de l'assignat limitatif et de l'assignat démonstratif, qui est traitée ci-dessus note (10) de la page 88, *in fine.*

Observez que la disposition de l'article 1302 n'est applicable qu'au cas où l'obligation est parfaite sous tous les rapports : en conséquence elle n'a pas lieu;

1°. A l'égard de l'obligation contractée sous une condition suspensive, si la chose est périe avant l'événement de la condition. (Article 1182.)

2°. A l'égard des marchandises vendues au poids, au compte, ou à la mesure, si la perte a eu lieu avant que la chose ait été pesée, comptée, ou mesurée. (Article 1186.)

3°. A l'égard de la vente faite à l'essai : elle est censée faite sous une condition suspensive. (Article 1588.)

4°. A l'égard des denrées que l'on est dans l'usage de goûter, avant d'en faire l'achat : il n'y a de vente que du moment que l'acheteur les a agréées. (Art. 1587.)

(8) *Par son fait.* J'ai ajouté ces mots, parce que le fait du débiteur suffit pour le rendre responsable : *Nemo potest proprio facto se ab obligatione liberare.* Au surplus, cette distinction ne peut avoir lieu, qu'autant que le débiteur ne connoît pas l'existence de l'obligation qui lui est imposée. Car, autrement, tout fait de sa part seroit faute : mais si, par exemple, un héritier vend ou donne une chose qu'il croyoit avoir appartenu au défunt, et qui lui avoit été seulement prêtée, ou une chose qui a été léguée par un testament dont il n'a connu l'existence que postérieurement, il n'est pas en faute, parce

BIU Cujas

qu'il a cru disposer de sa chose. Mais néanmoins, comme c'est par son fait qu'il s'est mis dans l'impossibilité de la livrer, il sera tenu d'en payer la valeur. (Art. 1042, et *L.* 91, §. 2, ff., *de verborum Obligat.*)

Quid, si la chose a péri par le fait ou la faute de la caution? Le débiteur principal est déchargé. (*L.* 88, ff.; *de verb. Obligat.*, et *L.* 19, ff. *de Dolo malo.*) Mais si c'est par le fait ou la faute du débiteur, la caution n'est pas libérée. (*L.* 58, §. 1, ff., *de Fidejussoribus.*) La raison de différence est, que la caution est obligée pour le débiteur, mais non le débiteur pour la caution.

Quid, si la chose a péri par le fait ou la faute d'un codébiteur solidaire? Les autres sont tenus du prix, mais non des dommages-intérêts, ainsi qu'il est dit dans le texte, page 136, et note (2) de ladite page.

Quid, si c'est par le fait ou la faute d'un codébiteur non solidaire? Les autres sont tout-à-fait libérés; et le débiteur par le fait duquel la perte est arrivée, est seul tenu du prix total, et des dommages-intérêts.

Quid, si la chose a péri par la faute d'un des héritiers du débiteur? Les autres sont libérés. (*L.* 48, §. 1, ff. *de Legatis*, 1°.) (*Voyez* ci-dessus la note (6) de la page 94.)

Remarquez qu'en général, en cas de perte de la chose, la présomption est qu'elle a péri par la faute du débiteur, et que, s'il prétend que la perte est arrivée par cas fortuit, c'est à lui à le prouver. C'est une conséquence du principe que, l'existence de l'obligation une fois prouvée, c'est à celui qui la prétend éteinte, à prouver l'extinction. Mais, le cas fortuit une fois prouvé, si le créancier prétend qu'il a eu lieu par la faute du débiteur, c'est à lui à le prouver à son tour. (Art. 1808.)

(9) *Mais elle change d'objet.* J'ai préféré cette rédaction, plutôt que de dire que l'obligation de livrer la chose se convertit en celle d'en payer la valeur. Car on auroit pu conclure de-là qu'il y a changement d'obligation; ce qui n'est pas, puisque les débiteurs solidaires et les cautions sont toujours tenus, et qu'ils seroient déchargés, si l'ancienne obligation avoit cessé d'exister, c'est-à-dire, s'il y avoit eu novation.

(10) *D'en payer le prix.* Pour connoître sur quelles bases l'on doit procéder dans ce cas à l'estimation de la chose (*voyez* au 3e. vol. la note (3) de la page 192.

(11) *S'il y a lieu.* Nous disons *s'il y a lieu*, parce qu'il est possible que l'inexécution de l'obligation n'ait causé aucun préjudice au créancier, qui ne peut alors prétendre de dommages-intérêts.

PAGE 172.

(1) *Si elle lui eût été livrée.* Dans ce cas, la demeure du débiteur n'a causé aucun préjudice au créancier. Mais il faut bien prendre garde que, pour peu

BIU Cujas

qu'il soit présumable que la chose n'eût pas péri entre les mains du créancier, le débiteur est tenu; *putà*, si l'on peut, d'après les circonstances, supposer que le créancier l'eût vendue avant la perte. (*L.* 15, §. 3, ff. *de Rei Vindicat.*)

(2) *Il soit tenu [illegible], faire la cession au créancier.* Une chose mise en dépôt a été volée au déposi[illegible]re. Ce dernier a rendu plainte en son nom, et par suite il a obtenu des condamnations contre le voleur. Il doit céder au déposant tous les droits et actions résultant de ce jugement.

Il en est de même de tous les accessoires de la chose, qui peuvent exister encore dans la main du débiteur. Il doit les restituer au créancier. *Nec obstat* la loi 2, ff. *de Peculio legato.* Car il est évident qu'il s'agit, dans cette loi, du cas où la chose principale est périe avant que l'obligation fût née; *putà*, si la chose léguée est périe avant la mort du testateur. Nous avons vu que, dans ce cas, l'accessoire même n'étoit pas dû. Car l'accessoire n'a pas été légué nommément; il n'est dû qu'accessoirement à la chose principale. Donc il n'est plus dû, quand la chose principale a cessé de l'être. Mais si la chose principale a péri depuis la naissance de l'obligation, alors l'accessoire a commencé à être dû; et il ne peut cesser de l'être, qu'autant qu'il cesse lui-même d'exister.

(3) *De quelque manière que la chose volée ait péri*, même par cas fortuit, et cela *odio furum.*

(4) *Pour la faire prononcer.* Telles étoient les obli[illegible]tions contraires aux bonnes mœurs, les obligations passées par les femmes mariées non autorisées, les obligations usuraires, et enfin les obligations entachées de ce qu'on appeloit les nullités d'ordonnance, c'est-à-dire, des nullités prononcées expressément par la loi.

(5) *Au lieu que, si elle n'étoit que rescindable:* comme dans le cas de minorité, dol, violence, ou lésion.

(6) *Des lettres de rescision*, qui se délivroient, sans connoissance de cause, au nom du Roi, dans les chancelleries établies près les cours souveraines. C'étoit aux juges, à qui elles étoient adressées, à examiner si la cause de rescision étoit juste, et, dans le cas de l'affirmative, à les entériner, c'est-à-dire, à en ordonner l'exécution. L'on voit, d'après cela, que tout dépendoit de la sentence du juge, et que l'obtention des lettres étoit de pure formalité. Mais l'on pensoit que, lorsqu'un contrat étoit valable en lui-même, il n'y avoit que le Souverain, en sa qualité de législateur, ou de magistrat suprême, qui pût en prononcer la rescision.

(7) *Se sert indifféremment de ces deux expressions.* Cependant le mot de *nullité* s'applique plus particulièrement aux obligations nulles dans l'intérêt public, à celles à l'égard desquelles les formalités requises n'ont pas été observées, et à celles qui sont consenties par des personnes auxquelles il est impossible de supposer une volonté quelconque, tels qu'un enfant en bas-âge, un interdit.

BIU Cujas

Quant à l'effet, l'on peut dire qu'il y a cette différence que, dans le cas de nullité, le contrat doit être annullé, par cela seul qu'il y a nullité, et sans que celui qui demande l'annullation, soit obligé de prouver autre chose, sinon qu'il y a nullité. Au contraire, lorsqu'il y a lieu seulement à rescision, il faut que celui qui la demande, prouve que l'acte lui a été préjudiciable.

PAGE 173.

(1) *Principalement.* Je dis *principalement*, parce que ces motifs ont aussi des rapports, mais seulement indirects, avec l'ordre public.

(2) *Par tous ceux qui ont intérêt.* Il faut cependant excepter le cas où il s'agit de cause illicite, *ex unâ tantùm parte.* Celui *ex cujus parte turpitudo versatur*, ne peut demander la nullité, parce qu'il faudroit qu'il alléguât sa propre turpitude. De même, si *turpitudo versatur ex utráque parte*, la nullité ne peut être demandée par aucune des parties contractantes. Mais aussi, l'exécution ne peut être poursuivie par aucune.

(3) *Le cas échéant;* c'est-à-dire que, si une convention pareille est alléguée dans une cause, et que la nullité n'en soit demandée ni opposée par aucune des parties, elle peut l'être par le ministère public, d'office, et dans l'intérêt de la loi.

(4) *Ne peuvent être couvertes.* Mais dans ce cas, quelle est la durée de l'action? L'article 1304 ne distingue pas si l'action en nullité provient de telle ou telle cause. Il en fixe pour tous les cas la durée à dix ans; cela tient au système général du Code, qui veut assurer, autant que possible, la perpétuité des transactions; et d'ailleurs si, aux termes du Code pénal, l'action, même civile, résultant d'un crime, est prescrite par dix ans, à plus forte raison, l'action en nullité d'une obligation qui a une cause illicite, doit-elle être prescrite par le même délai. Mais l'exception n'en est pas moins perpétuelle. (*Voir* ci-après, note (6) de la page 176.)

PAGE 174.

(1) *Ou cause illicite.* Voyez la note (2) de la page précédente. La nullité pour cause illicite est relative, lorsque *turpitudo versatur ex unâ tantùm parte.*

(2) *Défaut des formalités requises pour la validité de l'acte.* Cependant cette cause pourroit être regardée comme absolue, dans le sens qu'elle peut être invoquée par tous ceux à qui l'acte est opposé. Mais elle est relative dans le sens qu'elle peut être couverte par la ratification des parties, sauf ce qui est dit à l'égard des donations entre-vifs, nulles dans la forme, et qui, aux termes des articles 1339 et 1340, ne peuvent être ratifiées valablement que par les héritiers du donateur, et non par le donateur lui-même.

(3) *A tourné au profit de celui qui demande la rescision.* Pour savoir

BIU Cujas

quand l'incapable est censé avoir profité, *voyez* ci-dessus la note (11) de la page 155.

(4) *Qui a contracté sans être autorisée.* On tenoit anciennement que, dans ce cas, la nullité étoit absolue, et pouvoit être demandée, même par ceux qui avoient traité avec la femme non autorisée. Cela étoit peut-être plus conforme à la rigueur des principes sur lesquels est fondée la puissance maritale, et que nous avons développés dans le premier volume, note (11) de la page 75, et même à ceux que le Code a suivis. Nous voyons, en effet, que l'article 1388 déclare nulles toutes les conventions matrimoniales qui dérogeroient à la puissance maritale; et cette nullité seroit, sans contredit, une nullité absolue. Or, si le Code déclare nulle, et de nullité absolue, la seule convention qui permet d'enfreindre la puissance maritale, même avant que cette convention ait été suivie d'aucune exécution; l'on ne voit pas comment le même principe ne seroit pas applicable aux actes particuliers que la femme peut faire au mépris de cette même puissance. L'on peut dire cependant, pour justifier la disposition du Code, que celui qui traite avec une femme mariée et non autorisée, lui facilite les moyens de violer l'obéissance qu'elle doit à son mari, et qu'il doit être conséquemment non-recevable à demander lui-même la nullité de l'obligation, d'après la maxime : *nemo ex delicto suo debet consequi actionem.*

(5) *Et par les héritiers de celui-ci.* Mais, dans ce cas, le droit de demander la rescision de l'acte, varie, soit à raison des personnes qui l'exercent, soit à raison des circonstances dans lesquelles il est exercé. Ainsi, pendant le mariage, le mari peut attaquer l'acte, quand même il ne lui préjudicieroit en aucune manière, et seulement dans l'intérêt de la puissance maritale qui a été violée. Après la dissolution du mariage, le mari ou ses héritiers ne peuvent demander la rescision, qu'autant que l'acte leur préjudicie. De là il résulte que, si la nullité a été prononcée pendant le mariage, quoique sur la demande du mari seul, l'acte est annullé *omni modo*, et à l'égard de tous. Mais si l'acte n'a été annullé qu'après le mariage, sur la demande du mari ou de ses héritiers, le jugement ne profite qu'à ceux qui y ont été parties.

Quant à la femme ou à ses héritiers, ils ont droit de demander la rescision, par cela seul que l'autorisation n'a pas eu lieu, tant qu'ils sont dans le délai fixé par l'article 1304.

Page 175.

(1) *Par cela seul qu'elle est postérieure à son interdiction.* Il en faut dire autant de celui à qui il a été donné un conseil, pour les actes qu'il ne peut faire sans l'assistance de ce conseil. Mais cependant il peut toujours être poursuivi en vertu de ces actes, *si et quatenùs locupletior factus est.* Il en est de même de l'interdit.

Quid des contrats passés dans l'ivresse? Le Code ne s'est pas expliqué à ce

BIU Cujas

sujet. *Stricto jure*, l'ivresse étant ordinairement la suite d'une faute de la part de l'homme ivre, il ne devroit pas avoir le droit d'en exciper, pour demander la rescision de l'obligation qu'il a contractée. Mais, comme d'un autre côté, il y a probablement dol de la part celui qui a traité avec un homme dans cet état, et que ce dol est plus condamnable que l'ivresse de l'autre partie, il y auroit injustice à accorder une action efficace à celui qui l'a commis. D'ailleurs, en les supposant également coupables, *in pari causâ melior est conditio possidentis*; et par conséquent, l'action du créancier doit pouvoir être repoussée par l'exception tirée de l'ivresse.

(2) *Ils lui seroient devenus désavantageux par la suite.* Par exemple : Un mineur a acheté une maison : le marché étoit avantageux; depuis, cette maison a été consumée par un incendie; il ne pourra faire rescinder le contrat de vente.

(3) *Simplement comme mineur.* Le Code n'a pas déterminé l'âge auquel un mineur est capable d'agir, au moins dans son intérêt. Chez les Romains le mineur *infans* étoit censé incapable d'agir; et il étoit *infans* jusqu'à sept ans. Le Code Prussien a adopté les mêmes dispositions. Chez nous, cela seroit laissé, sans doute, à l'arbitrage du juge.

(4) *Qui puisse donner lieu à la rescision en sa faveur. Quid*, s'il a été vendu un immeuble appartenant à un mineur, sans observer les formalités requises pour ces sortes d'actes, mais à un prix avantageux ? Il peut toujours demander la rescision; d'abord, parce qu'il y a violation de la loi prohibitive. *Le tuteur ne peut*, dit l'article 457. (*Voir* au premier volume, la note (6) de la page 61.) D'ailleurs, il y a lésion pour le mineur, par cela seul qu'il a été vendu un de ses immeubles sans nécessité; il vaut mieux, pour lui, avoir des fonds, que de l'argent, qui peut être dissipé par le tuteur. (*LL.* 2 et 11, Cod. *de Prædiis et aliis rebus minorum, etc.*) Le mineur pourra donc toujours revendiquer, sans être tenu même de rendre le prix, à moins que l'acquéreur ne prouve qu'il en a profité. (*Voyez* ci-dessus la note (11) de la page 155.)

Quid, à l'égard des fruits? Si l'acquéreur savoit que le bien appartenoit à un mineur, il doit rendre tous les fruits : sinon, l'on appliquera les règles relatives aux possesseurs de bonne foi. (*L.* 2, Cod., *Si quis ignorans.*)

Observez que, dans ces différens cas, le tuteur même qui a vendu, mais sans les formalités requises, peut demander, au nom de son mineur, la nullité de la vente, sans qu'on puisse lui opposer la règle *eum quem de evictione*, etc. En effet, cette règle n'est applicable qu'au cas où l'acte est attaqué par celui-là même qui est obligé d'en garantir l'exécution. Or, ici, s'il y avoit quelqu'un obligé de garantir, ce seroit le tuteur en son propre et privé nom; et quand il agit au nom de son mineur, c'est le mineur lui-même qui est censé agir par son organe. Maintenant l'acquéreur évincé pourroit-il demander des dommages-intérêts au tuteur? La question peut-être douteuse, si le tuteur a vendu l'immeuble comme bien de

BIU Cujas

mineur, et qu'il n'ait pas garanti la vente personnellement; et ce, par argument de l'article 1599. L'acquéreur doit, aussi bien que le tuteur, connoître la loi qui défend de vendre les immeubles des mineurs sans l'observation de certaines formalités. Il n'y a donc pas de raison de lui accorder l'action en dommages-intérêts; tout au plus pourra-t-il exiger la restitution du prix.

(5) *Contre toutes sortes d'actes.* L'article dit, *contre toutes sortes de conventions.* J'ai substitué le mot *actes*, qui est plus général, parce qu'en effet le mineur n'est pas restitué seulement contre les conventions, mais encore contre tous les autres actes qui peuvent lui préjudicier; *putà*, contre une quittance, s'il n'a pas profité des deniers; contre un titre récognitif, si l'acte primitif étoit susceptible d'être contesté, etc. Mais remarquez que le mineur ne peut demander à être restitué, de son chef, que contre les actes passés par lui, et non contre ceux passés par ses auteurs, quand même la lésion proviendroit d'un fait arrivé pendant sa minorité. C'est ainsi que le mineur n'est pas restitué contre la déchéance d'une faculté de réméré stipulée par son auteur (art. 1663), et qu'en général toutes les prescriptions conventionnelles commencées contre les majeurs, courent contre leurs héritiers mineurs, sauf leur recours contre qui de droit.

Le mineur seroit-il restitué contre un mineur? Oui: *putà*, si un mineur a emprunté de l'argent à un mineur, et l'a dissipé. (*L.* 11, §. 6, et *L.* 34, ff. *de Minoribus.*) La qualité du créancier ne doit pas détériorer la condition du débiteur. Et d'ailleurs, ils sont *in pari causâ;* et dès-lors, *melior est conditio rei quàm actoris.*

Mais *quid*, si un mineur a vendu, sans formalités, un de ses immeubles à un autre mineur, et qu'il ait reçu et dissipé le prix de la vente; pourra-t-il se faire restituer l'immeuble, sans rendre le prix? Je pense qu'oui. Mais si l'immeuble est dégradé, il n'aura point d'indemnité à réclamer. Il reprend son bien, pour ce qui reste, et dans l'état où il se trouve.

L'on pensoit anciennement, d'après la Novelle 115, chap. 3, §. 13, que le mineur, au dessus de dix-huit ans, ne pouvoit se faire restituer contre les obligations, par lui contractées, pour la rançon d'un de ses ascendans. L'on jugeroit probablement de même encore aujourd'hui, quel que soit l'âge du mineur, et sauf les cas d'excès ou de fraude.

(6) *Pour que la rescision doive être prononcée;* et ce, sans qu'elle soit obligée de prouver la lésion. Le seul fait que la puissance maritale a été violée, donne lieu à la rescision en sa faveur. (*Voyez* la note (5) de la page précéd.)

(7) *De son délit ou de son quasi-délit.* Le délit et le quasi-délit sont, en général, des faits illicites qui nuisent à autrui. Mais il y a cette différence, que le délit est commis avec intention de nuire, et que le quasi-délit résulte d'une faute ou imprudence, mais sans aucune intention criminelle.

Le mineur ne peut se faire restituer contre les obligations résultant de son

BIU Cujas

délit ou de son quasi-délit. Mais si en transigeant sur les dommages-intérêts qui en résultent, il prétend avoir été lésé, il pourra se pourvoir contre la transaction, si elle n'a pas été accompagnée des formalités requises par l'article 467.

Aux termes de l'article 66 du Code Pénal, lorsque l'accusé a moins de seize ans, les juges ou les jurés ont d'abord à décider s'il a agi avec discernement. Dans le cas de la négative, il doit être acquitté, et, suivant les circonstances, remis à ses parens, ou conduit dans une maison de correction, pour y être élevé et détenu pendant tel nombre d'années que le jugement déterminera, et qui, toutefois, ne peut excéder l'époque ou il aura accompli sa vingtième année.

S'il est décidé qu'il a agi avec discernement, il y a lieu à appliquer les peines portées par le Code, mais réduites ainsi qu'il suit:

S'il a encouru la peine de mort, des travaux forcés à perpétuité, ou de la déportation, il sera condamné à la peine de dix à vingt ans d'emprisonnement dans une maison de correction. S'il a encouru la peine des travaux forcés à temps, ou de la réclusion, il sera condamné à être renfermé dans une maison de correction pour un temps égal au tiers au moins, et à la moitié au plus, de celui auquel il auroit pu être condamné à l'une de ces peines.

Dans tous ces cas, il pourra être mis, par l'arrêt ou le jugement, sous la surveillance de la haute-police, pendant cinq ans au moins, et dix ans au plus.

S'il a encouru la peine du carcan ou du bannissement, il sera condamné à être enfermé, d'un an à cinq ans, dans une maison de correction. (Art. 67.)

Dans aucun des cas prévus par l'article précédent, le condamné ne subira l'exposition publique. (Art. 68.)

Si le coupable n'a encouru qu'une peine correctionnelle, il pourra être condamné à telle peine correctionnelle qui sera jugée convenable, pourvu qu'elle soit au-dessous de la moitié de celle qu'il auroit subie, s'il avoit eu seize ans. (Art. 69.)

Quid, à l'égard des délits ou quasi-délits commis par une femme mariée? Sa qualité ne change rien quant à la peine corporelle; mais seulement pour ce qui concerne les poursuites pécuniaires, telles que les amendes et les réparations civiles. (*Voyez* ci-après, au Titre *du Contrat de Mariage*.)

(8) *La simple déclaration.* Il faut qu'il n'y ait qu'une simple déclaration; si elle étoit accompagnée de circonstances telles, que l'on pût présumer que l'autre partie a été induite en erreur, ce seroit un dol qui empêcheroit la restitution; *putà*, si le mineur a présenté un faux acte de naissance.

(9) *Pour empêcher la restitution.* Autrement, les personnes qui traitent avec les mineurs, trouveroient toujours le moyen de les priver du bénéfice de la restitution, en exigeant d'eux qu'ils déclarent qu'ils sont majeurs.

BIU Cujas

PAGE 176.

(1) *De dix ans.* Mais remarquez que ce délai n'a lieu que dans le cas où l'acte est attaqué par l'action personnelle en nullité ou en rescision. *Secùs*, si c'est par toute autre action, *putà*, par une action réelle ou en revendication. L'on appliqueroit alors le délai de la prescription établie pour l'action dont il s'agit. C'est ainsi qu'on a jugé avec raison en Cassation le 8 décembre 1813 (SIREY, 1814; 1re. partie, page 213), que, si le bien d'un mineur a été vendu comme étant le bien d'un autre, il y avoit lieu à appliquer les règles de la prescription de 10, 20, ou 30 ans, suivant qu'il y avoit présence ou absence, bonne ou mauvaise foi, et sauf les suspensions et interruptions de droit.

S'il y avoit faculté de rachat, le délai de 10 ans courroit-il pendant celui du réméré? Oui. (Argument tiré de l'article 1676.)

Si l'obligation est conditionnelle, les dix ans courront-ils de la majorité, ou de l'événement de la condition, si cet événement est postérieur à la majorité? Je pense que c'est du jour de l'événement de la condition. A quoi bon obliger de faire un procès, qui peut n'avoir pas d'objet?

(2) *A fixer un délai plus court.* (*Voyez* les Titres *du Mariage* et *de la Vente.*)

(3) *A été en état d'agir. Quid* à l'égard de ses héritiers? Il faut distinguer s'ils sont majeurs ou mineurs. Dans le premier cas, si leur auteur est mort après que le délai a commencé à courir, ils ont, pour réclamer, le même temps qu'il avoit encore au moment de sa mort. S'il est mort avant que le délai fût commencé, ils ont dix ans à compter du jour de son décès. S'ils sont mineurs, ils auront les mêmes délais, mais qui ne commenceront à courir que du jour de leur majorité. (*L.* 19, ff. *de Minoribus.*)

La restitution du mineur profite-t-elle aux majeurs? Oui, mais seulement *in individuis.* (Argument tiré des articles 709 et 710.) Si donc un droit de passage a été concédé, sans les formalités requises, sur un fonds appartenant en commun à un mineur et à des majeurs, la restitution du mineur profitera aux majeurs. Mais s'il s'agit de la vente d'un fonds commun, la vente ne sera rescindée que pour la part du mineur. (*L.* 47, §. 1, ff. *de Minoribus.*)

(4) *Que du jour où la violence a cessé. Quid*, si c'étoit une femme qui demandât la rescision, et qui prétendît que la violence a été exercée par son mari? Le délai ne courroit que du jour de la dissolution du mariage. (Argument tiré de l'article 2256, n°. 2.)

(5) *Du jour de la dissolution du mariage.* L'on conçoit que, quand la rescision est demandée par la femme ou ses héritiers, le délai ne doive courir que du jour de la dissolution du mariage; car ce n'est que de ce moment qu'ils peuvent ratifier valablement. Mais l'on ne voit pas pourquoi, cette cause de nullité n'étant maintenant que relative, le délai ne court pas contre le mari,

BIU Cujas

du jour qu'il a eu connoissance de l'acte. Cependant cette disposition peut être justifiée. En effet, il faut supposer que l'exécution n'a pas été poursuivie contre le mari; autrement, ou il a exécuté l'acte, et alors l'exécution vaut ratification; et l'acte sera inattaquable, même de la part de la femme ou de ses héritiers : ou il a opposé la nullité, et alors il a bien fallu juger ; et le tout est terminé au moment de la dissolution du mariage. Cela posé, ne peut-on pas donner deux raisons pour que le délai ne courre, même à l'égard du mari, que du jour de la dissolution du mariage?

D'abord, on peut présumer que le mari n'a pas voulu intenter, pendant le mariage, un procès désagréable pour sa femme.

En second lieu, dès que l'exécution de l'acte n'a pas été poursuivie pendant le mariage, le mari n'a pas eu d'intérêt, et n'avoit donc pas besoin de former la demande en rescision.

(6) *De la main-levée de l'interdiction, ou de la révocation du conseil.* On a objecté contre cette disposition, que les actions résultant des contrats, ne se prescrivent que par trente ans. Or, si l'on ne donne à l'interdit que dix ans pour réclamer, il s'ensuivra qu'au bout de onze ans par exemple, un individu se trouvera forcé d'exécuter un acte qu'il aura passé pendant son interdiction, et dont il est possible, à raison du dérangement de son esprit, qu'il n'ait pas eu la moindre connoissance. Je crois qu'il est facile de répondre à cette objection, en distinguant, avec les lois Romaines, entre l'action et l'exception de nullité. L'action peut être temporaire, et l'exception perpétuelle : *Quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, dit Godefroy, sur la loi 5, Cod. *de Exceptionibus*. Ainsi, par le droit des Pandectes, l'action de dol étoit annale, et cependant l'exception du dol étoit perpétuelle. *Non, sicut de dolo actio certo tempore finitur, ità etiàm exceptio eodem tempore danda est. Nam hœc perpetuò competit* (*L.* 5, §. 6, ff. *de Doli mali, et metûs Exceptione*); et la même loi donne la raison de la différence : *Cum actor quidem in suâ potestate habeat, quandò utatur suo jure : is autem cum quo agitur, non habeat potestatem, quandò conveniatur.* La même disposition a lieu en matière de violence. (*L.* 5, Cod. *de Except.*)

Or l'article 1304 ne renferme rien de contraire à ce système, puisqu'il ne limite que la durée de l'action, et qu'il se tait entièrement sur l'exception. Si nous supposons maintenant l'exception perpétuelle comme chez les Romains, l'objection ci-dessus va disparoître. En effet, qu'est-ce que l'action en nullité ou en rescision? C'est en général une action révocatoire qui tend à faire rentrer dans la main d'une personne, ce qui en est sorti par suite de la convention dont la nullité est demandée. Cette action n'est donc réellement nécessaire que quand la convention a été exécutée, et qu'il en est résulté un préjudice pour celui dans l'intérêt duquel la nullité est établie. Tant que l'exécution n'a pas eu lieu, l'action n'est pas nécessaire, et l'exception suffit : *Nemo invitus agere*

BIU Cujas

cogitur. (*L. unic.*, Cod. *ut nemo invitus.*) Appliquons ces principes à une espèce. Un interdit a vendu une maison, et l'a livrée. Il est impossible qu'après la main-levée de son interdiction, il ne soit pas instruit, au bout de très-peu de temps, de la convention qui a eu lieu, et de la livraison qui en a été la suite. Eh bien alors, il a dix ans, à compter du jour de la main-levée, pour faire annuller la vente, et pour revendiquer la maison. Mais si la maison n'est pas livrée, il n'a pas besoin d'agir. Il attendra que l'acquéreur l'assigne en délivrance; et alors, en quelque temps que ce soit, il opposera l'exception. Avec cette interprétation, le sens de l'article 1304 paroît très-raisonnable, et conforme aux principes. (*Voir* Rousseaud de La Combe, *verbo* Exception, n°. 2.)

Remarquez que nous avons dit que l'action en rescision étoit, *en général*, une action révocatoire, parce qu'il est loisible à celui qui a droit de la former, de l'intenter, même avant que l'acte ait été exécuté, s'il a intérêt, *putà*, s'il est obligé de prouver la lésion, et qu'il craigne que les preuves ne dépérissent. Mais alors il doit l'intenter dans les dix ans.

Quid, dans le cas du défaut d'objet ou de cause, de cause fausse, ou de cause illicite? Il faut distinguer:

S'il s'agit du défaut d'objet, l'action ne dure que dix ans, à compter du jour où la chose devoit être livrée; mais l'exception est perpétuelle. *Exemple*: vous m'avez vendu une maison qui étoit brûlée au moment de la vente: ou je vous ai payé le prix, ou non. Si je vous ai payé; comme pour me le faire restituer, je suis obligé de demander la nullité de la vente, je n'ai que dix ans pour intenter l'action, à compter de l'époque à laquelle la livraison devoit être faite, parce que c'est de ce moment que j'ai dû connoître que la maison n'existoit pas. Mais si je n'ai pas payé, à quelqu'époque que vous me demandiez le prix, je pourrai opposer la nullité du contrat. *Voir* un arrêt de Rennes, du 28 juillet 1811. (Sirey, 1813; 2e. partie, page 98.)

S'il n'y a pas de cause, je pense qu'il faut distinguer: Comme le défaut d'expression de la cause ne rend pas l'obligation nulle, sauf au créancier à prouver qu'il en existe une, je pense que l'exécution de l'obligation doit faire présumer qu'il existe une cause véritable, et qu'en conséquence l'action révocatoire, ou en nullité, n'est pas recevable. Mais s'il n'y a pas eu d'exécution, alors l'exception tirée du défaut de cause peut être opposée, sauf au créancier à prouver comme dessus.

Si l'on prétend que la cause est fausse, je pense qu'il faut encore distinguer: Si la fausseté étoit connue du débiteur lorsqu'il a exécuté la convention, l'on appliquera la décision donnée pour le cas précédent: *secùs*, s'il ne l'a connue qu'après l'exécution; et, dans ce cas, les dix ans courront du jour que la fausseté aura été connue: ce cas doit être assimilé à celui de l'erreur. Mais qui devra prouver? Je pense que c'est au débiteur à prouver la fausseté de la cause; mais que, cette preuve faite, c'est au créancier, qui excipe de l'exécution, à prouver

BIU Cujas

que la fausseté de la cause étoit connue du débiteur à l'époque de ladite exécution.

Quelques personnes avoient prétendu que, comme dans ces différens cas, le contrat manquoit d'une des choses qui lui sont essentielles, sans lesquelles il ne peut subsister, alors il y avoit lieu à l'action dite *condictio indebiti*, action qui devoit durer trente ans. Mais l'on peut répondre que, dans tous les cas, le contrat est, à la vérité, nul; mais que nous ne connoissons point, en général, de nullité de droit; qu'il faut qu'elles soient prononcées, et par conséquent demandées; que l'article 1304 ne distingue point entre les cas de nullité et ceux de rescision; qu'il n'accorde, en général, et pour tous les cas, que le délai de dix ans; que le consentement est aussi essentiel au contrat, que la cause ou l'objet; et que, cependant, l'article 1304 ne donne que dix ans pour intenter l'action en nullité résultant du défaut de consentement, puisque cet article s'applique formellement au cas d'erreur, et que, dans le cas d'erreur, il n'y a pas de consentement. (L. 116, §. 2, ff. *de Regulis juris.*) D'ailleurs, comme nous l'avons dit, la fausseté de la cause ne peut être que le résultat de l'erreur. Or, pourquoi le délai seroit-il plus long, lorsque l'erreur s'applique à la cause, que lorsqu'elle s'applique à tout autre objet? Concluons donc que la disposition de l'article 1304 doit être appliquée à tous les cas de nullité ou de rescision, quelle qu'en soit la cause, et que l'action, quand elle a lieu, ne peut durer plus de dix ans. Au reste, rappelons-nous toujours que l'esprit général du Code est d'assurer, autant que possible, la tranquillité des possesseurs. C'est même là le principal motif qui a fait ranger sur la même ligne les cas de nullité et ceux de rescision, que l'on distinguoit autrefois. Or, le système que je combats, seroit entièrement opposé à cette intention bien prononcée du Législateur.

Si la cause est illicite, il faut encore distinguer: S'il y a turpitude *ex utrâque parte; putà*, si quelqu'un a promis de l'argent à un autre pour qu'il commît un crime, il n'y a pas d'action pour faire exécuter le contrat; mais s'il a été exécuté, il n'y a pas davantage d'action en nullité. Aucun des deux ne peut être reçu à alléguer sa propre turpitude. D'ailleurs, *sunt in pari causâ, et tunc melior est conditio possidentis.* Mais s'il y a turpitude d'un côté seulement, *putà*, si un dépositaire a exigé une chose ou une promesse du déposant pour lui rendre le dépôt, il y a action pendant dix ans (note (4) de la page 173), lesquels courent du jour du contrat; mais l'exception est perpétuelle.

Certainement le principe que l'exception est perpétuelle, quoique l'action soit temporaire, paroît fondé sur la saine raison. Il a en sa faveur les dispositions des lois Romaines; et il n'y a rien dans le Code qui y soit contraire. Il a cependant trouvé quelques contradicteurs, qui ont prétendu que le §. 6 de la loi 5, ff. *de doli mali et metûs except.*, n'étoit applicable qu'au cas de dol, et non aux autres causes de restitution, quoique certainement le

BIU Cujas

motif de cette disposition soit général et applicable à tous les cas. *Le demandeur*, y est-il dit, *peut user de son droit*, c'est-à-dire, *exercer son action quand il veut; on a donc pu lui fixer un terme. Mais l'exception ne pouvant être opposée que par le défendeur, et celui-ci n'étant pas le maître de se faire assigner quand il veut, elle a dû être perpétuelle, et durer autant que l'action.*

Les personnes qui veulent que, hors le cas du dol, la durée de l'exception soit la même que celle de l'action, s'appuient à cet égard sur deux lois Romaines : la première est la loi 8, §. 13, ff. *de inoff. Testamento*, où il est dit que, si le fils déshérité est en possession de l'hérédité, que l'héritier institué revendique la succession, et que le fils, pour se dispenser de la restituer, intente la querelle d'inofficiosité, il doit agir comme il feroit, s'il ne possédoit pas; *quemadmodùm ageret, si non possideret, sed peteret.* Or, s'il ne possédoit pas, il n'auroit que cinq ans pour intenter la querelle par voie d'action. (L. 8, §. 17, et L. 9, *Eod.*) Or, ici il procède par voie d'exception; donc il n'a également que cinq ans, soit qu'il procède par voie d'action ou par voie d'exception. Mais l'on peut répondre que ces mots, *quemadmodùm ageret, etc.* ne se rapportent nullement au délai dans lequel l'action doit être intentée, mais à la manière dont elle doit l'être, et aux cas dans lesquels elle peut l'être, etc.; interprétation qui se rapproche même davantage de la signification du mot *quemadmodùm, etc.*, qui se rapporte bien moins au temps qu'à la manière dont une chose doit être faite : et ce qui appuie encore davantage cette opinion, c'est que, aux termes de la loi 36, §. 2, Cod. *de inoff. Test.*, les cinq ans ne couroient que du jour que l'héritier institué avoit accepté la succession; et cela ne pouvoit être fondé que sur ce qu'on pensoit que, s'il n'acceptoit pas, l'héritier légitime pouvoit se mettre en possession de l'hérédité, sans avoir besoin d'intenter la querelle.

La seconde loi paroît avoir une application plus directe. C'est la loi 9, §. 4, ff., *de Jurejurando*, ainsi conçue : *Si minor viginti quinque annis detulerit (jusjurandum), et hoc ipso captum se dicat, adversùs exceptionem jurisjurandi replicari debebit, ut* Pomponius *ait. Ego autem puto hanc replicationem non semper esse dandam; sed plerumque ipsum Prætorem debere cognoscere an captus sit, et sic in integrum restituere. Non enim utique, qui minor est, statim et circumscriptum se docuit. Prætered, exceptio ista, sive cognitio, statutum tempus post annum vicesimum quintum non debet egredi.*

L'on conclut de cette dernière phrase que le mineur n'a, pour opposer l'exception de minorité, que le même délai qu'il auroit pour demander la restitution directement et par voie d'action. Mais je ne crois pas que ce soit la conséquence que l'on doive tirer de cette loi : et pour mieux en faire comprendre le sens, il est nécessaire d'en faire l'espèce.

BIU Cujas

Une personne prétendoit avoir un droit à exercer contre un mineur. Elle assigne le mineur qui lui défère le serment. Elle jure que la chose lui est due ; en conséquence, le mineur la paye. Devenu majeur, il redemande ce qu'il a payé, par l'action dite *condictio indebiti*. On lui oppose l'exception du serment. Il répond qu'il a été lésé en déférant le serment. Le Jurisconsulte décide que le Préteur examinera s'il a été effectivement lésé ; et, dans le cas de l'affirmative, lui accordera la restitution en entier. Mais, ajoute-t-il, tout cela doit être fait dans le délai accordé pour la restitution. Mais qui ne voit qu'on ne peut rien conclure de cette loi contre notre système ? En effet, ici le mineur est demandeur ; et ce qui le prouve, c'est qu'on lui donne ce que les Romains appeloient *replicatio*, qui étoit la réponse du demandeur à l'exception proposée par le défendeur. Or, la répétition faite par le mineur de ce qu'il avoit payé en minorité, étoit une espèce de demande en restitution contre ce qui avoit été fait : il n'est donc pas étonnant que le Jurisconsulte décide qu'elle devoit être formée dans le délai accordé pour la restitution.

(7) *De l'effet du jugement.* Devant quel tribunal l'action doit-elle être portée ? S'il s'agit d'un meuble, il n'est pas douteux que ce ne soit au tribunal du domicile du défendeur. S'il s'agit d'un immeuble, je pense que le demandeur a le choix de porter la demande, soit devant ce même tribunal, soit devant celui de la situation de l'objet : c'est alors une espèce d'action mixte.

(8) *N'avoit pas existé.* Cependant, quant au droit de mutation, il faut distinguer : Le droit perçu régulièrement n'est jamais restituable, quels que soient les événemens ultérieurs. (Article 60 de la loi du 21 frimaire, an 7.) Quant au droit de mutation, à raison du retour de la chose à son ancien propriétaire, il n'est perçu qu'un droit fixe, lorsque la rescision est prononcée par un jugement, et pour cause de nullité radicale, c'est-à-dire, d'une nullité qui remonte à l'origine et à la source du contrat. (*Ibid.*, article 68, §. 3, n°. 7.) Cependant si la rescision d'une vente est prononcée pour défaut de payement du prix, cause qui remonte à l'origine du contrat, puisque le défaut de payement du prix est toujours censé condition résolutoire tacite dans le contrat de vente, le droit proportionnel est dû, si l'acquéreur est entré en jouissance. (Loi du 27 ventose an 9, article 12.) On a craint qu'on ne prît ce détour pour cacher une revente. Mais remarquez que ces distinctions n'ont lieu que relativement à la Régie, et dans l'intérêt du fisc : à l'égard des tiers, la rescision ou la résolution du contrat, *ex causâ antiquâ et inexistenti contractui*, a toujours le même effet qu'à l'égard des parties ; (argument tiré des articles 1681, 2125 et 2182), et sauf le droit résultant de l'art. 1167.

PAGE 177.

(1) *Résulteroit d'un défaut de formalité ;* si toutefois il ne s'agit pas de formalités qui soient requises pour la solennité de l'acte. Telles sont les forma-

BIU Cujas

lités des donations, dont le défaut ne peut être réparé par aucune ratification de la part du donateur. (Article 1339.) *Secùs*, de la part de ses héritiers, après son décès. (Article 1340.)

(2) *Pour lequel la nullité ou la rescision pouvoit être demandée.* On veut que celui qui ratifie, connoisse le moyen de rescision qui pouvoit être employé. *Secùs*, quand il exécute. Le simple fait de l'exécution suffit. La raison de différence est, que l'exécution coûte toujours quelque chose à celui qui exécute. Il est obligé pour cela de diminuer son patrimoine. On présume, en conséquence, qu'il ne s'y portera qu'en connoissance de cause. Mais une simple ratification ne coûte rien pour le moment. On peut penser qu'il l'a faite avec beaucoup plus de légèreté.

(3) *Ou de l'exécution volontaire de l'obligation.* Quels sont les actes d'exécution qui emportent ratification? Ce sont, en général, tous ceux que la partie pouvoit se dispenser de faire, sans nuire à ses intérêts, ou sans se rendre responsable. Ainsi, un mineur a emprunté de l'argent; devenu majeur, il en rembourse une partie, sans protestation ni réserve, et se fait donner une quittance à compte. Il y a ratification. Ou bien il a vendu une maison; et à sa majorité, il reçoit une partie du prix. Il y a encore ratification. Rien ne l'obligeoit de payer un à-compte dans le premier cas, ou d'en recevoir un dans le second. Mais il a accepté une succession en minorité: devenu majeur, il continue la gestion des affaires de cette succession; cela n'emportera point ratification, parce que, s'il ne l'eût pas fait, il auroit pu, même après qu'il auroit été restitué contre l'acceptation, être responsable envers ceux qui avoient droit de recueillir l'hérédité à son défaut. (L. 3, §. 2, ff., *de Minoribus.*) Il en seroit autrement, s'il avoit disposé, en majorité, des biens de la succession: rien ne l'obligeoit à vendre. Si cependant il s'agissoit d'objets d'une conservation difficile ou dispendieuse, et qu'il se fût fait autoriser à les vendre, cela n'emporteroit point ratification. (Argument tiré de l'article 796.)

Cependant un arrêt de Lyon, du 5 avril 1813, paroît avoir jugé le contraire; et le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté le 27 octobre 1814 (Sirey, 1815; 1re. partie, page 293): mais il y avoit, dans l'espèce, deux motifs particuliers qui ont pu déterminer les juges. D'abord, il s'agissoit d'un partage attaqué pour cause de lésion; et il est bien certain que l'action peut, dans ce cas, être intentée, même par ceux qui ont reçu leur part. En second lieu, il s'agissoit aussi d'un droit de réserve ou de légitime; et l'on tient que toute renonciation à ce droit doit être expresse.

Remarquez que la ratification tacite peut profiter, même à ceux qui n'ont point été parties dans l'acte d'où résulte la ratification. C'est ainsi que la loi 10, ff. *de Rebus eorum, etc.*, décide que, si l'immeuble d'un mineur a été vendu sans les formalités requises, et que, dans le compte qui lui est rendu par son tuteur à sa majorité, le prix en ait été porté en recette, l'approbation pure et

BIU Cujas

simple de ce compte le rend non-recevable à revendiquer l'immeuble contre l'acquéreur, quoique ce dernier n'ait pas été partie dans le compte.

Peut-on ratifier, expressément ou tacitement, une obligation sans cause? Je pense qu'il faut distinguer: Si la ratification tacite résulte de l'exécution donnée en connoissance de cause, elle est valable, parce que celui qui exécute dans ce cas, *donasse præsumitur.* (*L.* 1, §. 1, et *L.* 50, ff. *de Condict. indebit.*) Mais si c'est une ratification ordinaire, même faite sciemment, je pense qu'elle est nulle, comme faite également sans cause, à moins qu'elle n'énonce l'intention de donner, de la part de celui qui a ratifié, et qu'elle n'ait été passée dans les formes requises pour les dispositions à titre gratuit. (*Voir* à ce sujet, dans SIREY, 1812, 1re. partie, page 233, deux arrêts, l'un de la Cour de Paris, du 3 août 1811, et l'autre de la Cour de Cassation, du 9 juin 1812, mais qui ont été rendus dans des circonstances particulières.)

(4) *Dans l'intérêt duquel la nullité est établie. Quid*, à l'égard des actes faits par une femme mariée, non autorisée? Je pense qu'il faut distinguer: Si l'acte a été ratifié par le mari, durant le mariage, le vice est entièrement couvert, et l'acte ne peut plus être attaqué par qui que ce soit; mais si la ratification n'a été donnée que par les héritiers du mari, ou par le mari lui-même après la dissolution du mariage, il est évident que, comme ils ne pouvoient attaquer l'acte que sous le rapport du préjudice qui en résultoit pour eux, de même ils ne peuvent le ratifier que dans leur intérêt, et ils ne peuvent préjudicier au droit que la femme ou ses héritiers ont acquis de le faire annuller. (*Voir* ci-dessus, la note (5) de la page 174.)

Quant à la ratification de la femme, il est clair que celle qu'elle pourroit donner pendant le mariage, sans être autorisée, ne produiroit aucun effet. Quant à celle qui seroit donnée, soit par ses héritiers, soit par elle-même, après la dissolution du mariage, elle n'opéreroit qu'à l'égard et dans l'intérêt de ceux qui auroient ratifié, et ne pourroit préjudicier au droit du mari ou de ses héritiers.

(5) *Après le décès de ce dernier.* Nous avons déjà fait observer qu'en général, et sauf quelques cas expressément déterminés par la loi, les consentemens donnés par des héritiers, pendant la vie de leur auteur, aux arrangemens faits par ce dernier, étoient toujours présumés arrachés par la crainte, *ne pejus faciat*, et par conséquent regardés comme nuls; d'ailleurs, ce sont en quelque sorte des pactes sur une succession future.

(6) *Qu'elles ne peuvent préjudicier au droit des tiers.* Cette dernière disposition a donné lieu à la question suivante:

Un mineur, non autorisé, emprunte de l'argent, et, pour sûreté de l'emprunt, il hypothèque une maison qui lui appartient. Le créancier prend inscription. Devenu majeur, le débiteur hypothèque la même maison à un second créancier qui prend également inscription; il ratifie ensuite l'emprunt qu'il

BIU Cujas

a fait et l'hypothèque qu'il a consentie en minorité. Quel sera le créancier préféré? Il paroîtroit, au premier coup-d'œil, que ce devroit être le second, puisqu'il semble résulter de l'article 1338, que la ratification faite depuis la majorité n'a pas pu lui préjudicier; et cela paraît avoir été ainsi jugé par la Cour de Nancy, le 1^er^. mai 1812. (SIREY, 1813; 2^e^. partie, page 50.) Cependant il faut remarquer, 1°. que l'article 1338 suppose que l'acte ratifié pouvoit être attaqué, puisqu'il dit que la ratification emporte renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvoit opposer contre cet acte : il suppose donc qu'il existoit des moyens pour le faire annuller, moyens qui ont été détruits par la ratification. 2°. Que la ratification n'est pas le seul moyen d'empêcher la rescision d'un acte passé avec un mineur. Car, comme nous l'avons vu, si le créancier peut prouver que l'acte a été avantageux au mineur, il pourra en poursuivre l'exécution, quoique le mineur n'ait pas ratifié. D'après cela, je distinguerois, avec BASNAGE, *Traité des Hypothèques*, chapitre III : Si l'acte étoit rescindable, la ratification ne pourra préjudicier au droit des tiers, intéressés à le faire rescinder, et qui pourront, en conséquence, proposer contre cet acte tous les moyens et exceptions que le mineur eût pu proposer lui-même, s'il n'eût pas ratifié; mais si l'acte n'étoit pas rescindable dans l'intérêt du mineur, il ne l'est pas davantage dans l'intérêt des tiers, même de ses créanciers. La ratification n'a eu d'autre effet que de dispenser celui qui a traité avec le mineur, de l'obligation de prouver que que l'acte a été avantageux à ce dernier. Il sera toujours obligé de faire cette preuve à l'égard des tiers; mais s'il parvient à la faire, il en résultera que le mineur, même avant d'avoir ratifié, n'auroit pu demander la nullité de l'acte, et que, par conséquent, les tiers, quels qu'ils soient, ne le peuvent davantage. Ainsi jugé par arrêt du Parlement de Paris, rapporté au Journal du Palais, en date du 23 Juillet 1667. On a même jugé en la même Cour, le 20 août 1689, que si, de deux contrats passés en minorité, et emportant tous deux hypothèque, le mineur a ratifié expressément le second, immédiatement après sa majorité, et a laissé seulement passer les dix ans accordés par la loi pour attaquer le premier; celui-ci doit être préféré. (BASNAGE, *des Hypothèques*, partie 1^re^. chapitre III.)

Ainsi ces termes de l'article 1338, *sans préjudice néanmoins du droit des tiers*, doivent être entendus dans le sens, que la ratification faite par l'incapable, devenu capable, emporte renonciation, de la part de celui qui ratifie, aux moyens et exceptions qu'il auroit pu opposer contre cet acte; mais qu'elle n'ôte pas aux tiers, qui ont intérêt, le droit de proposer contre l'acte ratifié tous les moyens de rescision dont il étoit susceptible. Donc, dans l'espèce proposée, le premier créancier sera tenu, nonobstant toute ratification, de prouver que l'emprunt a été avantageux au mineur, qu'il en a profité, etc. Mais s'il fait cette preuve, il sera préféré, sans difficulté, au second

BIU Cujas

créancier. D'ailleurs, un exemple va faire sentir combien la doctrine contraire seroit inique. Supposons qu'avec les deniers provenant de l'emprunt dont il s'agit, le mineur ait acheté une maison qui se trouve encore dans ses biens, au moment où s'engage la question de priorité : ne seroit-il pas souverainement injuste que les créanciers, dont le gage se trouve augmenté de la valeur de cette maison, eussent le droit de contester l'hypothèque de celui, sans les fonds duquel cette même maison ne se trouveroit pas dans les biens de leur débiteur ?

Quid, dans le cas suivant ? Une femme mariée a contracté deux obligations hypothécaires : la première sans autorisation, et la seconde avec autorisation ; le mari ratifie ensuite la première, laquelle sera préférée ? Je pense qu'il faut distinguer : Si la première obligation étoit telle que l'exécution pût en être poursuivie, même indépendamment de l'autorisation ; *putà*, si les époux sont communs en bien, et s'il est prouvé que l'obligation a tourné au profit de la communauté, je pense qu'elle doit être préférée. *Secùs*, dans le cas contraire. C'est toujours d'après le même principe. La première obligation, dans le premier cas, n'avoit pas besoin de la ratification pour être valable. *Secùs*, dans le second.

Nous discuterons, au Titre *des Hypothèques*, l'objection que l'on pourroit tirer, contre ces décisions, de la disposition des articles 2124 et 2126.

Quid, dans l'espèce suivante ? Une personne qui n'est point mon mandataire, mais se portant fort pour moi, hypothèque une maison qui m'appartient : le créancier s'inscrit. J'hypothèque la même maison à un second créancier qui s'inscrit postérieurement ; ensuite je ratifie le premier acte : quel sera le créancier préféré ? Basnage, *loco citato*, et Pothier, *de l'Hypothèque*, chapitre I^er^., décident avec raison que ce doit être le second. La différence de ce cas avec celui du mineur, c'est que le contrat du mineur n'étoit pas nul ; il étoit seulement rescindable, si le mineur prouvoit la lésion : donc, s'il n'y avoit pas de lésion, l'acte ne pouvoit être rescindé. Il étoit donc valable. Mais ici, l'acte constitutif de l'hypothèque n'étoit pas seulement rescindable avant la ratification ; il étoit nul. Le second créancier avoit donc bien certainement la priorité. Le débiteur a-t-il pu, par un acte qu'il étoit entièrement le maître de faire ou de ne pas faire, le priver d'un droit qui lui étoit acquis ? Non, sans doute. Donc, etc. *Nec obstat* la maxime : *Rati habitio mandato æquiparatur*. Car cela n'est vrai qu'à l'égard des parties, et de celui qui a ratifié ; mais non au préjudice des tiers. La ratification équivaut au mandat, dans le sens que celui qui ratifie, n'a pas besoin de passer un second acte pareil au premier. Ainsi, dans l'espèce, celui pour qui on s'est porté fort, ne sera pas obligé de passer au créancier un acte constitutif d'hypothèque. Mais elle n'équivaut pas au mandat, dans le sens qu'elle puisse, au préjudice des tiers, faire remonter l'effet de l'acte ratifié, au jour où il

BIU Cujas

a été passé. Cela est si vrai, que, si l'acte devoit être fait dans un délai fatal, et que la ratification n'ait eu lieu qu'après le délai, l'acte, quoique passé avant l'expiration du délai, seroit nul. Cela est décidé formellement par la loi 24, ff. *Ratam rem haberi.* Ainsi, dans notre droit, le désaveu d'un enfant doit être fait dans un délai fatal. Si nous supposons qu'une personne se portant fort pour le mari, a fait, dans le délai, un acte extrajudiciaire contenant le désaveu, cet acte sera certainement nul, et le mari déchu du désaveu, s'il n'a pas ratifié avant l'expiration du délai. Donc, etc.

C'est d'après ces principes qu'un arrêt du Parlement de Paris du 28 février 1726, rapporté par POULLAIN DU PARC, *Principes du Droit Français*, liv. 3, chap. 18, §. 13, a jugé qu'un frère ayant stipulé, par le contrat de mariage de sa sœur, une donation de biens présens et futurs, au nom et comme se portant fort pour une autre sœur, dont il n'avoit point de procuration, cette donation, quoique ratifiée depuis par la donatrice, mais après le mariage, étoit inutile; et le motif de la décision a été que la donation faite par un tiers, sans procuration de la donatrice, étant nulle, il n'y avoit de titre de donation que par l'acte de ratification; et comme cet acte étoit postérieur au mariage, c'est-à-dire, à l'époque où la donation devoit être faite, pour être valable, il en résultoit qu'il étoit également nul, et qu'il n'avoit pu conséquemment produire aucun effet.

PAGE 178.

(1) *Dans le lieu.* Voyez, pour le ressort des notaires, la loi du 25 ventose an 11 (*Bulletin*, n°. 2440), art. 5 et 6; et un *Avis du Conseil-d'Etat*, approuvé le 7 fructidor an 12. (*Bulletin*, n°. 197.)

(2) *Où l'acte a été rédigé.* Le procès-verbal de conciliation, passé devant le juge-de-paix, doit-il être regardé comme un acte authentique? Cela ne peut faire de doute. Le juge-de-paix est un officier public ayant droit d'instrumenter dans son ressort; et lorsqu'un acte de sa compétence est passé devant lui avec les solennités requises, il réunit certainement tous les caractères nécessaires pour donner l'authenticité. D'ailleurs, l'art. 200 du Code de Procédure, n°. 1, met sur la même ligne les signatures apposées aux actes devant notaires, et celles qui sont apposées aux actes passés devant les juges et leurs greffiers.

On oppose à cette décision l'article 54 du même Code, portant que les conventions des parties, insérées au procès-verbal de conciliation, ont force *d'obligation privée* seulement. Mais il faut remarquer que cette disposition détermine bien la nature de l'obligation qui résulte de ce procès-verbal, mais nullement la nature du titre, c'est-à-dire, du procès-verbal lui-même. Elle est, au surplus, fondée, sur ce qu'on n'a pas voulu dépouiller les notaires du droit exclusif de recevoir certains actes qui n'ont de valeur que quand ils sont passés devant eux, tels que les donations, les contrats de mariage, les constitutions

BIU Cujas

d'hypothèque. Ainsi, ces actes ne pourroient être faits dans le procès-verbal de conciliation : ce procès-verbal ne pourroit être rendu exécutoire. Mais voilà tout : l'acte n'en est pas moins authentique, et n'en fait pas moins foi jusqu'à inscription de faux.

Observez que les actes des notaires doivent être légalisés, savoir : ceux des notaires à la résidence des Cours royales, lorsqu'on veut s'en servir hors de leur ressort ; et ceux des autres notaires, quand on veut s'en servir hors du département.

La légalisation est un certificat délivré par l'autorité compétente, et constatant que l'officier qui a reçu l'acte dont il s'agit, est revêtu d'une fonction qui lui donne le droit de le recevoir.

La légalisation des actes notariés doit être faite par le Président du tribunal de première instance de la résidence du notaire, ou du lieu où est délivré l'acte ou l'expédition. (*Loi* déjà citée, *du* 25 *ventose an* 11, art. 28.)

(3) *Incapable ; putà*, s'il est interdit ou suspendu. Observez qu'il a été jugé en Cassation le 25 novembre 1813 (Sirey, 1814 ; 1re. partie ; p. 76), que l'incapacité n'a lieu dans ce cas, que du moment que le jugement d'interdiction ou de suspension a été signifié à l'officier interdit ou suspendu.

(4) *Ou incompétent.* Le notaire est incompétent, quand il instrumente hors du ressort qui lui est attribué.

(5) *Ou si les solennités requises n'ont pas été observées.* Voyez, à ce sujet, les articles 8 et suivans de la même loi.

(6) *S'il est signé des parties.* Par conséquent, il ne sera utile que pour les actes qui peuvent être faits sous signature privée. Si c'est un acte de donation, d'hypothèque, ou un contrat de mariage, il sera entièrement nul, puisque ces sortes d'actes ne peuvent être faits sous seing-privé.

Quid, s'il s'agit d'une convention qui exige un écrit double ? (Art. 1325.) Le double n'est exigé que pour donner à chaque partie le moyen de faire exécuter la convention, ainsi que nous le verrons plus bas, note (6) de la page 181. Ici, l'acte, quoiqu'irrégulier, n'a pas moins été mis au nombre des minutes du notaire, et par conséquent placé dans un dépôt public, où il étoit à la disposition de toutes les parties. Il doit donc valoir, quoique non fait double. Cela a été décidé ainsi dans la discussion ; et il a été jugé dans ce sens à Turin, le 7 février 1809. (*Journ. de la Jurispr. du Code Civil*, tom. XIV, pag. 60) ; et à Paris le 13 avril 1813. (Sirey, 1814 ; 2e. partie. p. 255.) *Nota.* L'on suppose que l'acte n'est pas en brevet ; parce qu'en effet on ne passe jamais de cette manière les actes qui contiennent des conventions synallagmatiques parfaites.

Remarquez que la signature de toutes les parties n'est requise, pour donner à l'acte force d'écriture privée, que quand la convention qu'il renferme est synallagmatique parfaite ; car, si elle étoit unilatérale, ou seulement synallagmatique imparfaite, il suffiroit que l'acte fût signé par la partie qui est obli-

BIU Cujas

gée, dans le premier cas, et par celle qui est obligée principalement, dans le second. Je pense du moins que c'est ainsi qu'il faut entendre l'art. 68 de la loi sur le notariat. Comment penser en effet que le Législateur ait eu l'intention d'annuller, par exemple, un acte de dépôt, revêtu de la signature du dépositaire seulement, parce qu'il auroit été passé devant un notaire incompétent, tandis qu'il seroit valable, s'il étoit sous seing-privé. (*Voyez* ci-après la note (5) de la page 181.)

Nota. On a jugé en Cassation le 24 janvier 1814, que la vente d'un immeuble, devant notaire, à la requête du propriétaire, doit toujours être regardée comme une vente volontaire, quoiqu'elle ait été faite à la chaleur des enchères, et que, par conséquent, le procès-verbal d'adjudication est nul, s'il n'est pas signé de l'adjudicataire sachant signer. (SIREY, 1814; 1re. partie, page 157.)

(7) *Sinon il est entièrement nul. Quid*, s'il y a d'une part, plusieurs obligés solidaires, et que tous n'aient pas signé? l'on a jugé en Cassation le 27 mars 1812 (SIREY, 1812; 1re. partie, p. 369), que l'acte étoit nul pour le tout; et je crois cette décision fondée. En effet, d'abord, celui qui a signé ne peut être tenu solidairement. Car il peut dire qu'il n'a consenti à être tenu de cette manière, que parce qu'il a espéré avoir un recours contre ses coobligés; recours dont il est privé par le défaut de leur signature. D'un autre côté, s'il étoit tenu seul et pour sa part seulement, le créancier pourroit dire avec raison qu'il n'a consenti à l'obligation, qu'à cause de la solidarité. Cependant, si par le fait le créancier se trouvoit dans une position à avoir intérêt d'avoir action au moins contre un des débiteurs, *putà*, s'il s'agissoit d'un prêt d'argent, je pense qu'il pourra agir contre ceux qui ont signé, chacun pour leur part.

Quid, si l'obligation est de payer une somme d'argent; que l'acte soit signé desparties, mais qu'il n'y ait pas *le bon ou approuvé* exigé par l'art. 1326? Je pense que l'acte est nul: il n'a pas le caractère qui peut le dispenser de la formalité *du bon ou de l'approuvé*.

(8) *Sauf les dommages-intérêts contre l'officier public.* (Loi du 25 ventose, art. 68.)

PAGE 179.

(1) *Tant qu'il n'est pas attaqué par la voie de l'inscription de faux.* Voyez cependant le Décret du 17 mars 1808, concernant les juifs, ci-après, note (7).

Mais remarquez que l'acte authentique n'a ce caractère qu'à l'égard des faits dont la constatation peut entrer dans l'office du notaire, c'est-à-dire, de ceux qui sont censés s'être passés et avoir été terminés en sa présence. Telle est la présence des parties, leur déclaration, la numération des espèces; et non à l'égard des faits qui exigent *tractum temporis*, et qui, pour être certifiés, ont besoin d'un autre témoignage que de celui des sens. Tel est le fait que les

BIU Cujas

parties sont saines d'esprit. Le notaire peut bien déclarer que les parties lui ont paru telles, mais non qu'elles le sont en effet. En conséquence, nonobstant toute énonciation sur ce point, la preuve contraire peut être admise, sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'inscription de faux.

Remarquez aussi qu'il n'est pas nécessaire de s'inscrire en faux, lorsque l'on veut prouver seulement la simulation des faits attestés par le notaire ; *putà*, si dans le cas où la numération des espèces est constatée, l'on prétend que la numération n'a été que fictive ; par exemple, que les écus appartenoient à celui à qui ils ont été comptés, ou qu'il les a rendus postérieurement. Dans ce cas, on n'attaque pas la foi due à l'acte.

(2) *Si c'est en faux principal.* Le faux principal est une poursuite criminelle qui a lieu contre la personne prévenue d'avoir falsifié un acte, à l'effet de la faire punir comme faussaire, et, par suite, de faire rejeter la pièce falsifiée. (*Voyez le Code d'Instr. Crim.*, art. 448 à 464.)

(3) *L'exécution de l'acte*, seulement. Car s'il y a une instance déjà liée, les juges pourront prononcer, s'ils estiment que le procès peut être jugé indépendamment de la pièce arguée de faux. (*Code de Procéd.*, art. 250.)

(4) *Par la mise en accusation.* La simple inscription ne suffit pas, parce que les débiteurs de mauvaise foi pourroient profiter de ce moyen pour retarder l'exécution des obligations qu'ils auroient souscrites. Mais lorsqu'il y a mise en accusation, alors le faux devient probable, et il est juste de suspendre l'exécution.

(5) *Si c'est en faux incident*, civil. L'inscription en faux incident civil est celle qui a lieu incidemment à une affaire civile, à l'effet de faire juger fausse une pièce de laquelle la partie adverse a déclaré vouloir tirer avantage, de ce interpellée. Cette poursuite a lieu devant les tribunaux civils, attendu qu'elle n'a pour but que de faire le procès à la pièce, et non à la personne. En conséquence, comme il n'y a point de mise en accusation, on n'a pu fixer précisément le point où l'exécution de l'acte seroit suspendue. (Pour la procédure à suivre sur le faux incident civil, voyez le *Code de Procéd.*, article 214 à 251.)

(6) *Si c'est une contre-lettre.* La contre-lettre est un acte destiné à rester secret, et par lequel on déroge à un autre acte public et ostensible.

(7) *Elle n'a aucun effet à l'égard des tiers.* Mais elle a tout son effet entre les parties qui l'ont signée. Dérogation à l'article 40 de la loi du 22 frimaire an 7, qui déclaroit entièrement nulle toute contre-lettre dérogeant à un acte public, ou à un acte, même privé, mais précédemment enregistré.

Nota. Le décret du 17 mars 1808, *Bulletin*, n°. 3210, porte (art. 4 et 13), que le payement d'aucune lettre-de-change, billet à ordre, obligation ou promesse, souscrit par un Français non commerçant, au profit d'un Juif, ne pourra être exigé, à moins que le porteur ne prouve que la valeur en a été

BIU Cujas

fournie entière et sans fraude. Mais il a été jugé en Cassation, les 16 février et 2 août 1813, que cette preuve pouvoit résulter de l'acte même, s'il est notarié, et s'il constate la numération. (*Bulletin*, 1813; nos. 19 et 85.) Par conséquent, l'acte authentique, même souscrit par un Juif, et qui constate la numération, fait foi de cette numération jusqu'à inscription de faux. Au surplus la disposition de ce décret n'a point été appliquée aux Juifs établis à Bordeaux, et dans les départemens de la Gironde et des Landes (art. 19 du même décret), ni aux Juifs de la capitale (décision du 26 avril 1808, et décret du 26 décembre 1813; *Bulletin*, 1813, n°. 10,004), ni à ceux du département des Basses-Pyrénées (décret du 22 juillet 1808, *Bulletin*, n°. 3779), des départemens de l'Aude, du Doubs, de la Haute-Garonne, de l'Hérault, de Seine-et-Oise, des Vosges, du Gard, et des Bouches-du-Rhône. (Décret du 11 avril 1810, *Bulletin*, n°. 5337.) (*Voyez* au 3e. Vol. les notes (5) de la page 154; (4) de la page 193; et (1) de la page 209.)

Observez que cette disposition n'est point personnelle au débiteur, mais qu'elle peut être invoquée par les autres créanciers, en vertu de l'article 1166. *Sic* jugé à Colmar, le 22 avril 1813. (Sirey, 1815; 2e. partie, page 125.)

Nota. Quelques personnes ont prétendu que tous ces décrets relatifs aux Juifs, sont abrogés par l'article 1er. de la Charte Constitutionnelle, qui déclare que tous les Français, sans distinction, sont égaux devant la loi.

(8) *Ait un rapport direct à la disposition.* On appelle en général *disposition* ou *dispositif*, dans un acte, l'opération que les parties ont eue principalement en vue; et *énonciation*, ce qui pourroit être retranché, sans nuire au dispositif et sans altérer la substance de l'acte. Ainsi, dans un contrat de vente d'une maison, la disposition est la vente ou la translation de propriété de la maison; mais l'origine de la propriété dans la main du vendeur, est une énonciation.

L'on voit par l'article 1320, que, sous le rapport de la foi due à l'acte, le Code distingue deux espèces d'énonciations, suivant qu'elles ont, ou n'ont pas, trait direct à la disposition. Quant à la manière de les distinguer, je pense qu'on peut regarder comme ayant trait direct, et conséquemment comme faisant foi, les énonciations que les parties avoient intérêt de contester, si elles eussent été fausses. Ainsi, l'article 2263 du Code autorise le créancier d'une rente à se faire passer, tous les vingt-huit ans, un titre nouvel de cette rente. Dans un titre de ce genre, il est dit que Pierre, par exemple, se reconnoît débiteur envers Paul, d'une rente de trois cents francs, dont les arrérages ont été payés jusqu'à ce jour. La reconnoissance de la rente est ici le dispositif, puisque l'acte n'a pas d'autre objet. Quant à cette phrase, *dont les arrérages ont été payés jusqu'à ce jour*, elle est purement énonciative; car on pourroit la supprimer sans altérer la substance de l'acte. Cependant elle fera foi entre les parties, et vaudra quittance de tous les arrérages échus jusqu'au

BIU Cujas

jour de l'acte. La raison en est, que Paul, qui avoit certainement intérêt de la contester, si elle eût été fausse, est censé en avoir reconnu la vérité, en signant l'acte sans aucune réserve. Mais dans cette espèce : vous me vendez une maison, et vous déclarez, dans le contrat, que cette maison vous est venue de la succession de Jacques : il est évident que cette déclaration est encore une simple énonciation; mais elle ne fera pas foi comme la précédente. Car s'il est formé contre moi, par un héritier de Jacques, une demande en revendication de cette maison, comme faisant partie de la succession de Jacques, et qu'il allègue en preuve de ce fait, la déclaration portée dans mon contrat d'acquisition, cette preuve ne sera pas suffisante, parce que je n'avois pas intérêt de coutester la déclaration faite à cet égard par mon vendeur. On ne peut donc regarder mon silence comme un acquiescement. Mais si la demande étoit formée contre le vendeur lui-même, sa déclaration pourroit être regardée comme un commencement de preuve par écrit, ou comme une présomption qui, aidée d'autres indices, pourroit déterminer l'opinion du tribunal.

(9) *Ou tacitement.* Lorsque, par exemple, celui qui est poursuivi en payement d'un billet, demande terme et délai pour payer, il est censé reconnoître la vérité du billet.

Page 180.

(1) *Peut se contenter de la désavouer.* Il n'a pas besoin de s'inscrire en faux. Observez que, si celui qui est assigné en reconnoissance d'écriture, ne dénie pas la signature, tous les frais relatifs à la reconnoissance ou à la vérification, même ceux d'enregistrement, sont à la charge du demandeur. (*Cod. de Procéd.*, art. 193.) Mais il faut remarquer sur cet article :

1°. Qu'il faut supposer que l'assignation en reconnoissance a eu lieu avant l'échéance de la dette; autrement, les frais, et notamment ceux d'enregistrement, doivent être à la charge du défendeur;

2°. Qu'en supposant même que l'assignation en reconnoissance ait eu lieu avant l'échéance, les frais de l'enregistrement ne doivent être à la charge du demandeur, qu'autant que le billet sera acquitté à l'échéance; autrement, il eût toujours fallu faire enregistrer.

Nota. On a jugé à Pau, le 8 août 1808, que la quittance sous seing-privé, donnée par un aveugle, ne pouvoit être opposée à ses héritiers. (*Journal de la Jurisp. du Code Civil*, tom. XVII, pag. 375.) La décision d'une pareille question doit dépendre beaucoup des circonstances.

(2) *Et poursuivie à sa requête.* (*Voyez* les articles 193 et 213 du Code de Procédure.)

(3) *Volontaire.* Mais pour que l'acte acquière pleine foi par la reconnoissance volontaire, il faut que cette reconnoissance volontaire elle-même soit

BIU Cujas

authentique; autrement, elle pourroit être déniée, comme l'acte lui-même, *et sic in infinitum.*

(4) *A l'égard des tiers.* C'est-à-dire, des personnes autres que les parties ou leurs héritiers; cependant ces derniers pourroient, suivant les circonstances, être regardés comme des tiers, *putà*, si l'acte entamoit leur réserve légale. (Arrêt de Paris, du 11 mai 1816, rapporté par SIREY, 1817; 2e. partie, page 10.)

(5) *Que du jour où ils ont acquis une date certaine.* Cette disposition est fondée sur ce qu'il seroit très-facile d'antidater un acte sous seing-privé, et, par-là, de préjudicier aux tiers.

(6) *Tels que procès-verbaux de scellé.* Mais, pourra-t on dire, il n'est pas d'usage de relater la substance des actes dans les procès-verbaux de scellé. Cela est vrai; mais enfin, cela n'est pas impossible: et d'ailleurs, quand même il n'en seroit pas parlé dans le procès-verbal, si l'inventaire relate la substance de l'acte, et constate en même temps qu'il a été trouvé sous le scellé, il doit avoir date certaine à compter du jour de l'apposition.

(7) *Actes de dépôt, ou autres.* Lorsqu'aucune de ces circonstances ne se rencontre, l'acte sous seing-privé est censé avoir la date du jour où il est représenté.

(8) *Qu'elles ne savent ou ne peuvent signer.* (Loi du 25 ventose an 11, art. 14.)

(9) *Généralement.* Nous verrons, en effet, dans le paragraphe suivant, qu'il y a des cas dans lesquels les écrits non signés peuvent faire foi.

(10) *Est de payer.* A quelque titre que ce soit: c'est ainsi qu'il a été jugé en Cassation, le 12 janvier 1814 (SIREY, 1814; 1re. partie, page 33), que la disposition de l'article 1326 étoit applicable au dépôt d'une somme d'argent. Mais l'on a jugé à Paris, le 13 mai 1816 (*Ibid.*, 1817; 2e. partie, page 48), qu'elle ne s'appliquoit pas à un cautionnement: cependant c'est bien une promesse de payer.

PAGE 181.

(1) *La somme ou la quantité de la chose.* Ainsi, la simple approbation de l'écriture ne suffit pas: il faut le *bon* ou *approuvé*, comme l'exige l'article 1326; sinon, l'acte est nul. On a voulu prévenir les surprises qui pourroient être faites à certaines personnes, qui seroient assez faciles pour signer un écrit sans le lire. Mais remarquez que c'est l'acte seulement qui est nul; la convention qu'il renferme, ne l'est pas. Elle pourra donc être prouvée de toute autre manière légale. On a même jugé à Turin, le 20 avril 1808, que le billet signé, mais non approuvé, formoit un commencement de preuve par écrit, suffisant pour faire admettre la preuve testimoniale. (*Journ. de la Jurispr. du Code Civ.*, tome XIII, page 44.) Le contraire a été jugé à Bruxelles, le 13 août

BIU Cujas

1811. (SIREY, 1812; 2e. part., pag. 277.) Peut-être, en pareil cas, la décision doit-elle dépendre des circonstances de la cause; mais je pense qu'en point de droit, la décision de Bruxelles doit être préférée. La disposition de l'article 1326 est fondée sur ce qu'on présume que la signature est le résultat de l'erreur ou de la surprise; et alors il est impossible d'y voir ce que la loi exige pour constituer le commencement de preuve par écrit. (*Voir*, à ce sujet, un arrêt de Cassation, du 3 novembre 1812, rapporté dans SIREY, 1813; 1re. part., page 35.)

Quid, si le billet est signé de plusieurs, et écrit de la main d'un seul? Il est valable pour la part de ce dernier, et nul pour les autres, s'ils n'ont pas mis le *bon* ou *approuvé*. *Sic* jugé à Bruxelles, le 23 juillet 1811 (*Journ. de la Jurispr. du Code Civ.*, tom. XVII, page 383), et à Paris le 16 mai 1812. (SIREY, 1812; 2e. partie, p. 318.)

Quid s'il sont solidaires? L'acte n'est valable qu'à l'égard de ceux qui ont mis le *bon* ou *approuvé*, et chacun pour leur part, sans que le créancier puisse invoquer la solidarité : car, autrement, ceux qui auroient mis le *bon* se trouveroient lésés, puisqu'il seroient obligés de payer le tout, sans pouvoir exercer de recours contre les autres. Et d'ailleurs, le créancier doit s'imputer de n'avoir pas exigé le *bon* ou *approuvé* de tous les signataires de l'acte. (Voir ci-dessus la note (7) de la page 178.)

Nota. Un arrêt de Cassation, du 8 août 1815 (*Bulletin*, n°. 52), a cassé un arrêt de Paris, qui avait jugé que, lorsque le billet est écrit en entier par le mari, la seule signature de la femme suffit pour rendre l'acte valable à l'égard de cette dernière.

(2) *A moins de preuve contraire.* Cette preuve peut-elle se faire par témoins? Oui, suivant les circonstances. Elle peut, d'ailleurs, résulter de l'acte même, *putà*, si la cause de la dette y est exprimée, et qu'il en résulte évidemment que c'est la plus forte somme qui est due.

Quid, s'il s'agit d'une quittance? Je pense que la faveur de la libération doit faire décider en sens contraire, et que, par conséquent, l'acte devra faire preuve pour la plus forte somme.

(3) *Aux marchands.* Ce mot signifie plus spécialement les détaillans. Les marchands en gros se nomment plutôt *négocians*; néanmoins, d'après les usages du commerce, la simple signature suffit à l'égard de tous les commerçans.

Quid, s'il s'agit d'un acte commercial, mais que le signataire ne soit pas marchand? L'acte a été jugé valable, par arrêt de Cassation du 25 janvier 1814 (*Bulletin*, n°. 9), et nul par arrêt de la même Cour, du 6 mai 1816. (*Bulletin*, n°. 30.) Je crois ce dernier arrêt plus conforme aux principes. Il est évident que c'est la qualité de la personne, plutôt que la nature de l'acte, qui doit déterminer la décision.

BIU Cujas

(4) *Dont la signature suffit pour la validité de l'acte.* Cette disposition est fondée sur la célérité avec laquelle se font les opérations de commerce, sur la bonne foi qui en est l'âme, et sur ce qu'il y a un grand nombre de ces personnes qui ne savent que signer leur nom, et que ce seroit les empêcher de faire aucun acte sous seing-privé, si l'on exigeoit d'eux autre chose que leur signature.

(5) *Des conventions synallagmatiques parfaites.* Ce dernier mot ne se trouve pas dans l'article 1325; mais il est évident qu'il faut l'y ajouter, et qu'une procuration, un billet de dépôt, une reconnoissance de commodat, n'ont pas besoin d'être faits doubles. De là il suit que, si le contrat, quoique synallagmatique parfait dans le principe, a cessé de l'être, *putà*, parce que l'une des parties a exécuté la convention, le double original n'est plus nécessaire. Ainsi, dans une vente, si l'acte de vente contient reconnoissance, de la part du vendeur, qu'il a reçu le prix, il suffira d'un original qui sera déposé entre les mains de l'acheteur. Quel besoin, en effet, le vendeur a-t-il d'un titre, puisqu'il n'a plus rien à réclamer? Il existe bien un arrêt de Paris, du 27 novembre 1811 (Sirey, 1812, 2e. part., pag. 61), qui paroît avoir décidé le contraire; mais comme il existoit dans la cause des circonstances suffisantes pour faire présumer la fraude, et que les motifs du premier jugement, entièrement fondés sur ces circonstances, ont été admis par la Cour royale, cet arrêt ne peut former préjugé sur la question. D'ailleurs, l'art. 1325 décide formellement que celui qui a exécuté la convention, ne peut demander la nullité de l'acte. Or, le vendeur qui reçoit le prix, exécute la convention aussi bien que l'acquéreur qui le paye. Aussi suis-je loin d'adopter la décision d'un arrêt de Colmar du 6 mars 1813, rapporté dans Sirey 1813; 2e. partie, p. 375, lequel a jugé que, dans le cas dont nous parlons, l'acte étoit nul, même comme quittance. Il faut en effet appliquer à cette question les principes que nous avons établis ci-dessus note (12) de la page 96, relativement au cas où un seul et même titre contient deux actes.

(6) *En autant d'originaux, etc.* Cela est fondé sur ce que, dans un contrat synallagmatique parfait, il ne doit pas être au pouvoir d'une partie de forcer l'autre à tenir l'engagement, tandis que celle-ci ne pourroit l'y contraindre; ce qui arriveroit, si chaque partie n'avoit pas entre ses mains un original de l'acte sous seing-privé. Supposons, en effet, trois associés, et un seul original. Il est certain que celui des associés, entre les mains duquel il sera remis, pourra forcer les deux autres d'exécuter l'engagement; et qu'au contraire, si le dépositaire de l'acte dénioit la société, les autres n'auroient aucun moyen de lui en prouver l'existence.

Le même inconvénient auroit lieu, si l'original unique étoit déposé entre les mains d'un tiers, puisqu'il dépendroit de ce tiers de favoriser une des parties, en exhibant ou supprimant l'acte de société. *Secùs*, si c'étoit entre les mains

BIU Cujas

d'un notaire, et qu'il y ait eu un acte fait avec toutes les parties, et constatant le dépôt.

(7) *La mention du nombre de ceux qui ont été faits.* Si cette mention n'existoit pas dans l'acte même, l'associé de mauvaise foi supprimeroit son original, et demanderoit la nullité de l'acte, sous le prétexte qu'il n'auroit pas été fait autant d'originaux qu'il y a d'associés.

Remarquez que la loi ne prononce pas la nullité de la convention, mais seulement celle de l'acte; c'est-à-dire, que l'on ne pourra se servir de l'acte pour prouver la convention. Mais si elle peut être prouvée de toute autre manière admise par la loi, l'exécution en devra être ordonnée. Mais, dans ce cas, l'original représenté devroit-il être regardé comme un commencement de preuve par écrit, suffisant pour faire admettre la preuve testimoniale? Je pencherois volontiers pour l'affirmative, d'après l'art. 1347; et cela paroît avoir été ainsi jugé par la Cour de Caen, le 1^er^. mai 1812. (SIREY, 1812; 2^e^. partie, pag. 327.) La Cour d'Aix paroît avoir décidé autrement par son arrêt du 23 novembre 1813. (SIREY, 1814; 2^e^. partie, p. 209.)

(8) *La convention portée dans l'acte. Quid*, si non-seulement la mention n'existe pas, mais encore si l'acte n'a pas été réellement fait double, celui qui a exécuté peut-il demander la nullité? Je ne le pense pas. L'acte qui ne contient pas la mention, et l'acte non fait double, sont *unum et idem* aux yeux de la loi, puisque tout ce qui n'est pas prouvé, est, en droit, comme s'il n'existoit pas, et que la loi veut que la preuve que l'acte a été fait double, résulte de l'acte même. D'ailleurs, l'exécution de la convention ne forme-t-elle pas contre celui qui l'a exécutée, une fin de non-recevoir qui doit l'empêcher d'en contester l'existence? Soit donc que l'on allègue que l'acte n'a pas été fait double, ou que la mention du double n'y est pas insérée, je pense que celui qui a exécuté la convention, ne peut en tirer aucun avantage. *Sic* jugé à Turin, le 12 messidor an 13 (SIREY, 1813; 2^e^. part. p. 346), et en Cassation le 15 février 1814. (*Ibid.*, 1814; 1^re^. part. p. 154.)

Quid, si les deux doubles existent, ainsi que la mention, mais avec des différences? Je pense que, dans ce cas, l'acte est nul, si toutefois les différences sont essentielles, et ne peuvent se concilier en aucune manière. C'est aussi l'avis de DUMOULIN, sur le §. 4, de la loi 1, ff. *de verborum Obligat*, n° 37. Sinon, l'acte sera valable *in minori obligatione*. (DUMOULIN. *Ibid.*)

(9) *Contre les personnes non marchandes.* Les livres tenus conformément aux articles 8, 9, 10 et 11, du Code de Commerce, peuvent être admis par le juge à faire preuve entre commerçans pour fait de commerce, et même en faveur de celui qui les a tenus. (*Ibid.*, art. 12.)

PAGE 182.

(1) *A l'une ou à l'autre des parties.* L'article 1329 dit: *Sauf ce qui sera*

BIU Cujas

dit à l'égard du serment. Cela signifie-t-il que le marchand à qui appartiennent les livres, a le droit d'exiger le serment du défendeur? Mais, d'après l'article 1360, il n'est besoin pour cela d'aucune preuve, d'aucun indice quelconque. J'ai donc pensé que ces expressions devoient être expliquées par les dispositions de l'article 1367, qui permet au juge de déférer le serment à l'une ou à l'autre des parties, lorsque la demande ou l'exception n'est pas pleinement justifiée, mais lorsqu'en même temps elle n'est pas tout-à-fait dénuée de preuves. Si donc les livres sont en règle et bien tenus, si le marchand jouit d'une bonne réputation, et si d'ailleurs la fourniture est vraisemblable, je ne vois pas pourquoi toutes ces circonstances réunies ne donneroient pas au juge le droit de déférer le serment au marchand même, s'il le juge convenable. C'est le sentiment des auteurs les plus estimés, DUMOULIN, BOICEAU, POTHIER.

(2) *Ils prouvent contre lui.* Si donc un marchand me demande le payement d'une fourniture, en vertu d'un arrêté de compte, et que je lui oppose le payement d'une somme égale, dont la mention se trouve dans son registre à une date postérieure à celle de l'arrêté, je dois être renvoyé de la demande. Il n'est pas même nécessaire que la mention soit écrite de sa main; il suffit que le registre soit dans sa possession. (Argument tiré de l'article 1332.)

(3) *Sans pouvoir diviser leur contenu.* Par exemple : en suivant l'espèce de la note ci-dessus, s'il est dit dans le registre, que le payement a été fait à compte d'autres fournitures que celles qui sont mentionnées dans l'arrêté, je serai obligé de prendre la mention telle qu'elle est, sans pouvoir la diviser; c'est-à-dire, que je ne pourrai alléguer le registre en ma faveur, en ce qu'il énonce un payement, et le rejeter, en ce qu'il donne à ce payement une autre cause que celle que je voudrois lui donner.

(4) *Pour celui qui les a écrits.* Cette disposition seroit peut-être susceptible de quelques exceptions. Ainsi, d'après l'article 1781, le maître en est cru sur son affirmation, pour la quotité des gages alloués à ses domestiques et ouvriers, et pour le montant des payemens qui leur ont été faits. Il semble, d'après cela, que, s'il étoit mort, ses registres devroient également faire foi. Remarquez qu'en général, ces sortes de questions ne s'élèvent guères qu'après la mort de ceux qui ont écrit les notes, et à l'égard de leurs héritiers.

(5) *Mais ils font foi contre lui dans deux cas :* qu'ils soient signés, ou non; il suffit qu'ils soient écrits de sa main, ou de la main de celui par qui il a coutume de les faire tenir.

(6) *La mention expresse.* Ainsi, il ne suffiroit pas qu'il fût dit : *emprunté telle somme à telle personne ;* il faut encore que le débiteur ait ajouté : *et pour lui servir de reconnoissance*, ou autre phrase équivalente. On pensoit anciennement que la mention de l'emprunt suffisoit quand elle étoit signée; que, dans le cas contraire, elle ne faisoit qu'une demi-preuve, qui avoit

BIU Cujas

besoin d'être fortifiée de quelqu'indice. Le Code n'a pas admis cette distinction : il exige, dans tous les cas, la mention additionnelle, que cela doit servir de reconnoissance au créancier. On a pensé que la note de l'emprunt pourroit avoir été mise, dans l'idée que l'auteur avoit de faire un emprunt qu'il n'a pas fait effectivement. Quoi qu'il en soit, il faut bien prendre garde que l'article 1331 fait connoître les conditions nécessaires pour que ces notes fassent preuve complète, seules et par elles-mêmes ; mais il n'interdit pas aux juges la faculté de tirer de ces notes, combinées avec d'autres indices, la preuve d'une obligation ; et ce, conformément à l'article 1353. Ne pourroit-on pas regarder une simple note d'emprunt, comme formant, dans certains cas, un commencement de preuve par écrit, suffisant pour faire admettre la preuve testimoniale, etc., etc. ?

Quid, si la note est barrée? On doit en conclure, ou que l'emprunt n'a pas eu lieu, ou qu'il a été remboursé.

(7) *En la possession du créancier :* comme un billet. Beaucoup de personnes, en payant des sommes à compte sur un billet, n'exigent pas d'autre quittance que la mention du payement sur le billet même.

(8) *Signé, ni daté*, ni même écrit par lui. On ne peut présumer qu'un créancier laisse écrire par un tiers, sur un billet, la mention d'un à-compte qu'il n'a pas reçu. C'est l'avis de Pothier, n°. 726. Cet auteur pense même que la mention de l'à-compte doit faire foi, quand même elle seroit barrée. Je crois cette décision un peu générale, et que les juges, dans ce cas, devroient se décider d'après les circonstances.

(9) *Est de nature à être double*, comme ceux dont il est question dans l'article 1325.

(10) *Dans la possession du débiteur lui-même.* Autrement, si le titre, qui devoit être dans les mains du débiteur, se trouve dans celles du créancier, on peut présumer que le débiteur le lui a remis, pour y écrire la quittance d'un à-compte qu'il devoit lui donner, et que le créancier ayant écrit la quittance, mais n'ayant pas reçu l'à-compte, n'a pas voulu remettre le titre.

(11) *Elles font foi contre le débiteur.* Si, par exemple, à la suite d'un billet de trois cents francs, le débiteur avoit écrit : *plus, je reconnois devoir cinquante francs.*

Page 183.

(1) *Qui sont dans l'usage d'employer ce genre de preuve.* Tels sont, à Paris, les boulangers.

(2) *Par l'officier public compétent.* Dans ce cas, l'original se nomme *minute.*

(3) *Leur déclaration de ne pouvoir ou savoir signer. Quid*, si la

BIU Cujas

partie a déclaré ne savoir signer, quoiqu'elle le sût effectivement? L'acte n'en sera pas moins valable, sinon *ipso jure*, au moins *per exceptionem*, ou *ratione ejus quod interest*. En effet, en supposant l'acte nul, il est certain que l'autre partie a cru signer un acte valable, et que, par conséquent, tous les engagemens qui y étoient contenus, devoient être exécutés. S'il y a nullité, elle provient du dol de celui qui a fait la fausse déclaration; il est donc tenu d'indemniser l'autre partie; et l'indemnité consiste à regarder l'acte comme valable, et à tenir en conséquence tous les engagemens qui y sont énoncés. Cette raison ne peut s'appliquer aux actes où figure une seule partie, *putà*, aux testamens; aussi avons-nous donné une décision différente pour ce cas. *Voyez* ci-dessus la note (9) de la page 81.

(4) *En général.* Nous allons voir qu'il peut être tiré des copies sur d'autres pièces que sur des originaux.

(5) *Par copie.* Les copies des actes passés devant des officiers publics, se nomment *expéditions*. La première expédition se nomme *grosse*, quand elle est en forme exécutoire, c'est-à-dire, quand elle est revêtue de la formule prescrite. (*Voyez* au 1^er^. volume, la note (2) de la page 8.)

(6) *Ne fait aucune foi par elle-même.* C'est conséquemment à ce principe que la Cour de Cassation a jugé, et avec raison, le 2 septembre 1813, que l'altération commise dans une copie dont l'original existoit, ne constituoit pas le crime de faux. (SIREY, 1813; 1^re^. partie, page 427.)

(7) *Une grosse ou première expédition.* On appeloit *grosse* en pays coutumier, ce qui étoit appelé *première expédition* en pays de droit écrit.

Remarquez que la grosse ou première expédition est toujours censée délivrée du consentement des parties. Le débiteur est toujours censé consentir à ce qu'il soit remis au créancier le titre dont il a besoin pour faire exécuter la convention. C'est pour cela qu'elle fait toujours pleine foi, tandis que la seconde copie n'a la même force, qu'autant qu'elle est délivrée de l'autorité du juge, ou du consentement exprès du débiteur. (*Voyez* la note suivante.)

(8) *A la même partie.* (Loi déjà citée, du 25 ventose an 11, article 26.) Nous avons vu, en effet, que la remise de la grosse, faite par le créancier au débiteur, formoit une présomption légale de payement. Nous avons vu également que l'existence de la grosse entre les mains du débiteur, devoit faire présumer qu'elle lui a été remise par le créancier. Or, toutes ces présomptions n'auroient plus aucune force, s'il étoit permis à chacune des parties de se faire délivrer des grosses, quand elle le jugeroit convenable. Tel est le principal motif des formalités exigées pour la délivrance d'une seconde grosse.

Observez que toutes les formalités prescrites pour la délivrance des secondes grosses des actes notariés, doivent être observées pour la délivrance des secondes expéditions exécutoires des jugemens. (*Code de Procéd.* art. 854.)

(9) *A la minute de l'acte.* Même loi du 25 ventose, art. 26.

BIU Cujas

(10) *A son défaut.* Car si l'original existe, c'est toujours à lui qu'il faut recourir, et c'est lui seul qui fait foi.

Page 184.

(1) *Mais en présence des parties.* Si toutefois elles sont capables de disposer de l'objet dont il s'agit; car, autrement, leur présence ne seroit d'aucune importance pour la foi due à l'expédition. Ainsi, la copie tirée avec l'usufruitier ne fait pas foi contre le propriétaire; celle qui est tirée avec le mineur non assisté, ne fait pas foi contre lui-même, etc. Le motif de cette décision est que, comme on l'a vu dans une précédente note, le consentement de la partie à la délivrance d'une seconde grosse, détruit toutes les présomptions qui auroient pu naître, en sa faveur, de la remise qui lui auroit été faite antérieurement de la première grosse. Or, on sent que, pour pouvoir faire un acte qui ait un pareil résultat, il faut être capable de disposer. D'ailleurs, si le titre original venoit à se perdre, cette seconde grosse le remplaceroit. Or, comment celui qui n'auroit pu passer le titre original, pourroit-il donner à une copie la force de le remplacer?

On tenoit anciennement à Paris, que celui qui n'avoit qu'une seconde grosse, n'avoit d'hypothèque que du jour de la délivrance de cette seconde grosse. C'étoit, disoit-on, pour empêcher qu'un créancier remboursé ne s'entendît avec son débiteur, pour faire revivre son hypothèque au préjudice des créanciers postérieurs. Mais il est évident qu'il y avoit contradiction dans ce système; car si c'étoit la présomption de payement qui empêchoit de colloquer le créancier à son rang, la même présomption devoit empêcher qu'il ne fût colloqué en aucune manière. Aussi paroît-il que le Parlement de Paris étoit revenu à des principes plus justes, ainsi qu'on peut l'inférer d'un arrêt du 30 août 1768, rapporté dans l'ancien Denisart, *verbo* Grosse, n°. 16.

(2) *Et sans le consentement des parties.* En général, toute personne qui est partie dans un acte, a droit de s'en faire délivrer des copies ou expéditions, tant qu'il veut, et sans le consentement de qui que ce soit. Ce sont de ces copies qu'il est principalement question ici.

Observez 1°. que tout notaire, ou dépositaire quelconque, qui refuse de délivrer expédition ou copie d'un acte, aux parties intéressées en nom direct, héritiers ou ayant-droit, doit y être condamné par corps. (*Code de Procédure*, art. 839.)

2°. Que celui qui veut se faire délivrer expédition où extrait d'un acte, dans lequel il n'a pas été partie, doit prendre la voie du compulsoire. (*Ibid.*, art. 846 à 852.)

(3) *En cas de perte de l'original*, et à défaut de grosses, ou de copies tirées du consentement des parties, ou de l'autorité du Magistrat; car celles-ci

BIU Cujas

sont toujours préférées. Ainsi, voici en résumé l'ordre dans lequel doivent être rangées les copies de titres, qui peuvent faire pleine foi :

1°. Les grosses remplacent en tout point l'original, quand il n'est point représenté.

2°. Il en est de même, à défaut de grosses, des copies tirées en présence et du consentement des parties, ou de l'autorité du Magistrat, les parties présentes ou dûment appelées.

3°. A défaut des deux premières, les copies tirées sans l'autorité du Magistrat, et sans le consentement des parties, font foi, pourvu qu'elles aient trente ans de date, et qu'elles aient été délivrées par le notaire qui a reçu l'acte.

(4) *Quand elles sont tirées depuis plus de trente ans.* Pourquoi ces copies ne font-elles foi que quand elles ont trente ans de date? POTHIER, n°. 736, donne de cette disposition une raison très-subtile, qu'il a prise dans DUMOULIN, et que nous ne répéterons pas ici, parce qu'il nous semble qu'on peut en donner une meilleure que voici :

J'ai contracté envers vous une obligation de dix mille francs. Vous vous êtes fait délivrer, suivant l'usage, une grosse ou première expédition. Depuis, vous vous en êtes fait délivrer, à mon insu, une simple expédition. Je vous rembourse, et j'exige de vous la restitution de la grosse, au bas de laquelle je vous fais mettre, et sous seing-privé, la quittance du remboursement. Je puis égarer cette grosse. Si votre expédition faisoit preuve complète, il s'ensuivroit qu'au bout de quelques années, vous pourriez exiger le payement une seconde fois. Mais quand cette expédition a trente ans de date, on ne peut présumer que le créancier se soit préparé un moyen de fraude depuis trente ans.

(5) *Mais par tout autre que l'un des officiers mentionnés ci-dessus.* POTHIER pensoit, d'après DUMOULIN, qu'après trente ans, elles devoient faire foi, comme celles dont il est question dans la note précédente.

On a jugé en Cassation, conformément à cette disposition, le 3 juin 1812, que le greffier est seul dépositaire légal des actes et procès-verbaux faits par le juge, et qu'en conséquence, les copies ou expéditions desdits actes, délivrées par autres que par lesdits greffiers, ne pouvoient servir que de commencement de preuve par écrit. (SIREY, 1813; 1re. partie, page 26.)

(6) *Les copies de copies.* Mais si la copie dont la copie est représentée, étoit elle-même une première grosse ou expédition, sa copie seroit regardée comme copie de l'original. (*Code de Procéd.*, art. 844.)

(7) *Sur les registres publics*, tels que ceux de l'enregistrement, de la conservation des hypothèques, etc.

(8) *Que de commencement de preuve par écrit*, laquelle doit être complétée par la preuve testimoniale. En effet, les dépositaires de ces registres peuvent bien attester qu'on leur a représenté un acte; mais ils ne peuvent en attester la véracité.

BIU Cujas

(9) *S'il est prouvé.* Comment se fera cette preuve? Soit par écrit, soit par témoins. C'est bien là un fait dont il étoit impossible à la partie de se procurer une preuve par écrit. (Art. 1348.)

PAGE 185.

(1) *Est spécialement relatée.* C'est ce que les auteurs appellent reconnoissance *ex certâ scientiâ*, parce qu'elle est présumée faite avec pleine connoissance du titre.

(2) *Que la substance de l'obligation :* ce qui est appelé par les auteurs, reconnoissance *in formâ communi.*

(3) *Que pour interrompre la prescription.* Aux termes de l'article 2263, après vingt-huit ans de la date du dernier titre, le débiteur d'une rente peut être contraint de fournir, à ses frais, un titre nouvel au créancier. Nous verrons, au Titre *de la Prescription*, le motif de cette disposition.

(4) *Et ne dispensent point le créancier de le rapporter.* Cette disposition, copiée dans DUMOULIN et dans POTHIER, pouvoit être très-utile en matière féodale, et lorsqu'il s'agissoit de concession de fief, ou de défendre les vassaux contre l'influence et l'usurpation des seigneurs; mais en matière ordinaire, on ne voit pas comment une simple reconnoissance, qui n'est autre chose qu'un aveu par écrit, ne feroit pas pleine foi, d'après l'article 1355. Je pense qu'il n'y a pas d'autre moyen, dans le droit actuel, de concilier la disposition de l'article 1337 avec les véritables principes, que de distinguer entre les personnes auxquelles l'acte recognitif est opposé, et de décider que la reconnoissance, de quelque manière qu'elle soit rédigée, fait foi contre celui de qui elle émane, ainsi que contre ses héritiers, parce que c'est réellement un aveu par écrit; mais qu'elle ne fait pleine foi à l'égard des tiers, que lorsqu'elle réunit les conditions exigées par l'article 1337. Cette distinction confirme l'interprétation que nous avons donnée de l'article 695. (*Voir*, au 1^er^. vol., la note (3) de la page 165.) Ainsi, un créancier a une hypothèque qui remonte à l'an 1780. Un second créancier a pareillement sur le même bien une hypothèque qui remonte à 1785. Le bien hypothéqué est vendu. Le premier créancier produit seulement un titre recognitif. Fera-t-il foi à l'égard du second créancier? Oui, si la teneur du titre primordial y est spécialement relatée. *Secùs* dans le cas contraire. (*Voir* ROUSSEAUD DE LA COMBE, *verbo* RECONNOISSANCE, n°. 4.)

(5) *Pourroit.* Cela est facultatif; la dispense n'est pas de droit.

(6) *Est entièrement nul.* Avec cette distinction, cependant, que si le titre recognitif contient plus que le titre primordial, il est nul pour l'excédant, quand même le payement ou la prestation auroit été continuée de cette manière pendant plus de trente ans. Ce n'est pas qu'on ne puisse acquérir une prestation, sans titre, par une possession continuée pendant le temps nécessaire pour la prescription; mais c'est parce que l'on suppose qu'il a existé un titre,

BIU Cujas

et qu'il est perdu. Si donc il est représenté, la présomption cesse, et la prestation doit être payée telle qu'elle est portée dans le titre primordial. C'est le cas de dire : *Melius est non habere titulum, quàm habere vitiosum.* Il en est de même si la prestation est différente, quant à la nature de la chose qui en est l'objet.

Mais si le titre recognitif, sans contenir une prestation différente, contient cependant moins que le titre primordial, et que le payement ou la prestation ait eu lieu sur ce pied pendant le temps nécessaire pour la prescription, il doit être continué sur le même pied. La raison de différence avec le cas précédent est :

1°. Que la libération est plus favorable ;

2°. Que l'on peut présumer qu'il y a eu un remboursement partiel, ou un arrangement entre les parties, et dont le titre s'est égaré ;

3°. Enfin, qu'on peut prescrire contre son titre, dans la prescription à l'effet de se libérer ; *secùs* dans la prescription à l'effet d'acquérir. (Art. 2240 et 2241.)

Mais ne peut-on pas dire que, dans le cas précédent (celui où il a été payé pendant trente ans, au-delà de ce qui est porté dans le titre primordial), le titre de possession a été interverti par le consentement qu'a donné le débiteur lui-même à la prestation plus considérable ; et cela, par argument de l'article 2238, aux termes duquel la cessation des poursuites de la part du propriétaire suffit pour intervertir le titre de la possession du fermier ou de l'usufruitier, et pour faire courir la prescription en leur faveur. Je réponds que, dans l'espèce de l'article 2238, l'on doit supposer que le fermier s'est dit propriétaire, et que c'est au moyen de cette allégation qu'il a repoussé la demande du véritable propriétaire. (*Voyez* ci-après, note (3) de la page 202.) Si donc celui-ci a, depuis ce temps, laissé passer trente ans sans réclamer, on doit présumer qu'il a reconnu la légitimité de la prétention du possesseur. Mais ici le débiteur croit payer conformément à l'ancien titre ; le créancier croit recevoir, conformément au même titre ; rien, de la part de ce dernier, n'annonce qu'il ait la prétention d'acquérir quelque chose qu'il n'avoit pas auparavant. Il n'y a donc pas cette possession civile, et à titre de propriétaire, qui est exigée pour la prescription, par l'article 2229.

(7) *De la déclaration des témoins.* Pour la manière dont on doit procéder à la preuve testimoniale, quand elle est admise, *voyez* le Code de Procédure, articles 252 à 294.

PAGE 186.

(1) *Qu'il doit être passé acte.* Remarquez que la loi n'est pas seulement prohibitive, mais qu'elle est encore impérative. Elle ne se contente pas de défendre d'admettre la preuve testimoniale au-dessus de cent cinquante francs ; car, alors, il seroit impossible de justifier les dispositions des articles 1343 et 1344.

BIU Cujas

Elle ordonne en outre qu'il soit passé acte pour toutes choses excédant cent cinquante francs. En conséquence, toutes les fois qu'il résulte de la demande, qu'on ne s'est pas conformé, dans le principe, à cette disposition, la demande doit être rejetée, quand même, par le fait et actuellement, elle n'excéderoit pas cent cinquante francs.

(2) *Pour toutes choses.* La loi ne dit pas simplement, *pour toutes conventions*, mais *pour toutes choses.* Ainsi un payement de plus de cent cinquante francs ne peut être prouvé par témoins.

(3) *D'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs.* Quand il n'existe point d'acte, et que la somme n'excède pas cent cinquante francs, l'on peut penser que les parties ont regardé l'objet comme trop modique pour en passer acte; mais lorsqu'elles se sont décidées à en faire un, l'on doit présumer, quelque modique que soit la somme, qu'elles y ont inséré toutes leurs conventions.

Ainsi, celui qui a un billet de cent francs, ne peut être admis à prouver que la somme prêtée étoit de cent vingt francs.

De même, celui qui a donné une ferme à bail, par acte écrit, à raison de 400 francs, ne peut prouver par témoins qu'il lui a été promis, en outre, six paires de poulets.

Quid, si celui qui doit 150 francs, par billet, prétend ne les pas devoir? Il faut distinguer : S'il prétend qu'on ne les lui a pas prêtés, c'est aller contre le contenu en l'acte; la preuve testimoniale n'est pas admissible. S'il avoue qu'ils lui ont été prêtés, mais qu'il soutienne les avoir rendus, la preuve pourra être admise. L'allégation du payement vient à l'appui du prêt, bien loin d'aller contre le contenu en l'acte.

Quid, s'il est allégué des faits de dol ou de violence? La preuve par témoins est toujours admissible. Il n'est pas ordinairement possible au créancier de se procurer une preuve écrite de ces faits.

Nota. L'on juge constamment à la Cour de Cassation que, même en matière criminelle, si le délit suppose un fait qui, d'après la loi civile, n'est pas susceptible de la preuve testimoniale, l'accusation ne peut être admise, qu'autant qu'il existe une preuve écrite, ou au moins un commencement de preuve par écrit de ce fait. (Voyez *le Bulletin criminel*, 1815, n°. 30; et 1817, n°. 29.)

Quid, dans l'espèce suivante? Le créancier d'une rente de cent francs, au principal de deux mille francs, demande le payement de l'arrérages qu'il prétend lui être dus. Le débiteur lui oppose la prescription triennale. Le créancier prétend qu'elle a été interrompue par le payement d'une année d'arrérages, fait il y a dix ans. Pourroit-il prouver par témoins ce payement, qui n'est que d'une somme de 100 francs? L'affirmative a été jugée par la Cour de Bruxelles, le 10 décembre 1812. (Sirey, 1813, 2e. partie, page 370.) Je ne suis pas de

BIU Cujas

cet avis. Dès-lors que la preuve de ce payement emportoit celle de la non-libération du débiteur, et le constituoit conséquemment redevable d'une rente de 100 francs, au principal de 2000 francs, objet bien supérieur à 150 francs, la preuve testimoniale ne devoit pas être admise.

(4) *Echus au moment de la demande.* Il est bien entendu qu'il n'en seroit pas de même, s'il s'agissoit d'intérêts échus depuis la demande; autrement, il seroit au pouvoir du débiteur, en retardant le jugement par des chicanes, de priver le créancier de la faculté d'employer la preuve testimoniale.

(3) *De différentes causes.* Les témoins ne méritent pas plus de foi sur la diversité des causes, que sur les dettes en elles-mêmes.

(6) *Et se sont formées en différens temps.* Lorsque la première obligation a été contractée, le créancier a bien pu ne pas exiger d'acte; mais, dès qu'il en a existé une seconde qui, jointe à la première, excédoit 150 francs, il a dû en exiger.

(7) *Ne seront point reçues.* Quand même on allégueroit qu'elles ont été formées depuis la demande. On peut bien prêter une première fois une somme modique à une personne, sans billet; mais quand cette personne a nié le prêt, et qu'on a été obligé de le lui prouver par témoins, il n'est pas présumable qu'on lui prête une seconde fois sur parole. Par la même raison, je penserois volontiers que les demandes postérieures doivent être prouvées entièrement par écrit, et que, par conséquent, ce ne seroit pas le cas d'appliquer l'exception de l'article 1347.

(8) *Dont elle seroit susceptible.* On ne peut, dans ce cas, appliquer au créancier les raisons alléguées dans les deux précédentes notes.

Page 187.

(1) *D'une somme moindre.* Il suffit que la loi qui ordonne de passer un acte, ait été violée dans le principe. Le créancier ne peut se faire un titre de cette violation, pour demander à être admis à la preuve testimoniale.

(2) *La rend cependant vraisemblable.* Voir des exemples dans Pothier, nos. 767, 768, 770, 771, etc.

(3) *De quasi-contrats.* Cependant cela doit être admis avec quelque distinction, et en se référant à ce qui est dit au commencement de l'article 1348, que l'exception ne doit avoir lieu que dans les cas où il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve par écrit. Ainsi, celui qui réclameroit une chose de valeur de plus de cent cinquante francs, comme l'ayant payée indûment, ne pourroit être admis à prouver le payement par témoins; il pouvoit se procurer une preuve écrite du payement, en se faisant donner quittance. D'ailleurs, il faudroit également admettre celui qui a reçu, à prouver par témoins, que la chose étoit due; ce qui est contre les principes. *Secùs*, dans

BIU Cujas

la gestion d'affaires. Il n'a pas été possible à celui dont on a géré les affaires pendant son absence, de se procurer une preuve par écrit.

(4) *Tels que les dépôts nécessaires.* Les dépôts nécessaires sont ceux qui ont lieu en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, ainsi que celui des effets apportés par le voyageur dans l'hôtellerie où il loge. Il est à-peu-près impossible de se procurer des preuves écrites de ces sortes de dépôts.

(6) *Et aux circonstances du fait*, c'est-à-dire, que l'on n'admettra, même dans ce cas, la preuve testimoniale, qu'avec connoissance de cause. Si, par exemple, il a été volé à un individu le porte-manteau qu'il avoit apporté dans une auberge, et qu'il demande à prouver qu'il y avoit dans ce porte-manteau une somme de six mille francs; les juges examineront si, d'après la qualité, les relations de cette personne, et les affaires qui occasionnoient son voyage, il est possible que cela soit vrai.

(6) *D'un fait connu à un fait inconnu.* Ainsi, lorsqu'il s'agit de la légitimité des enfans, le fait connu, c'est le mariage de la mère; le fait inconnu, c'est la paternité; et de ce que la mère est mariée, et de ce qu'on ne doit pas présumer le crime, on en conclut que le mari est le père de l'enfant.

PAGE 188.

(1) *Telle est la présomption résultant de la chose jugée.* Les jugemens passés en force de chose jugée, sont ceux contre lesquels il ne reste aucun moyen ordinaire de se pourvoir. Les moyens ordinaires sont l'opposition et l'appel; les moyens extraordinaires sont la tierce-opposition, la requête civile, la cassation. Ces derniers n'ôtent pas au jugement, tant qu'il subsiste, l'autorité de la chose jugée. Mais tout jugement qui peut être attaqué par la voie de l'opposition ou de l'appel, ne peut être dit passé en force de chose jugée.

L'autorité de la chose jugée est telle, que, lors même que la partie condamnée retrouveroit, après le jugement, les titres les plus clairs et les plus décisifs en sa faveur, elle n'en seroit pas moins tenue d'exécuter le jugement, à moins qu'elle ne pût prouver que ces titres étoient retenus par la partie adverse; auquel cas, elle pourroit attaquer le jugement par la voie de la requête civile.

(2) *Sur la même cause.* Ainsi, je vous ai demandé douze cents francs, pour argent prêté; j'ai perdu mon procès: je puis vous demander la même somme, comme ayant été touchée par vous, par suite de la gestion de mes affaires. De même, c'est avec raison qu'on a jugé en Cassation, le 1er. mai 1815, que celui qui a contesté l'existence d'une hypothèque, et qui a perdu son procès, peut ensuite en contester le rang. (SIREY, 1815; 1re. partie, page 277.)

(3) *Qu'elle ait lieu entre les mêmes parties.* J'ai été assigné en revendication d'une maison par Pierre; j'ai été renvoyé de la demande: je puis être assigné par Paul en revendication de la même maison. De ce que Pierre n'étoit pas propriétaire, il ne s'ensuit pas que Paul ne le soit pas.

BIU Cujas

(4) *En la même qualité.* J'ai poursuivi Paul en mon nom pour une somme de 1200 fr., et j'ai perdu : je puis l'assigner pour la même somme et pour la même cause, du chef de Pierre dont je suis héritier.

(5) *Lorsqu'elle annulle certains actes*, comme frauduleux ; tellement que l'on ne peut même prouver qu'ils ne le sont pas. Telles sont les donations faites par le moyen des personnes que la loi répute de droit interposées, (article 911), les donations faites par un failli dans les dix jours qui précèdent la faillite (*Code de Comm.* art. 444), etc.

(6) *Qu'elle dénie l'action :* comme dans le cas de gageures, de dettes de jeu, qui ne produisent point d'action, quand même la dette seroit constante. (Art. 1965) et sauf l'exception contenue dans l'article suivant.

(7) *Ou qu'elle fait résulter la propriété*, comme dans la prescription.

(8) *Ou la libération.* Voyez l'article 1282.

(9) *Graves, précises, et concordantes. Graves*, c'est-à-dire, susceptibles de faire impression sur une personne raisonnable. *Précises*, c'est-à-dire qu'elles ne soient pas du nombre de ces présomptions vagues dont on peut tirer toutes les inductions qu'on voudra ; il faut qu'elles aient un trait direct à l'effet qu'on veut prouver. *Concordantes*, c'est-à-dire, que les unes ne détruisent pas l'effet des autres.

PAGE 189.

(1) *Celui qui est fait en justice.* C'est-à-dire, dans des écritures, ou par suite d'un interrogatoire. L'aveu fait en conciliation, est-il judiciaire ? Oui, puisqu'il est fait devant le juge. *Sic* jugé à Turin, le 6 décembre 1808. (*Journ. de la Jurisp. du Code Civil*, tome XIV, page 215.)

(2) *Ou par son fondé de pouvoir spécial.* Observez que, lorsque l'aveu est fait dans un acte de procédure, l'avoué est censé avoir eu pouvoir suffisant, tant qu'il n'est pas désavoué ; mais aussi le désaveu peut être fondé sur le seul défaut de pouvoir spécial. (*Code de Procéd.*, art. 352.)

L'on a jugé en Cassation, le 16 mars 1814 (SIREY, 1814; 1re. partie, page 296), que l'aveu fait à l'audience, par l'avocat assisté de l'avoué, étoit réputé fait par la partie, tant qu'il n'y avoit pas désaveu.

(3) *Capable d'ester en jugement.* Il faut, de plus, que celui qui fait l'aveu ait la capacité de disposer de la chose dont il s'agit ; et en outre, que celui au profit de qui l'aveu est fait, soit capable de recevoir de celui qui l'a fait, d'après la maxime, *qui non potest donare, non potest confiteri.* Autrement on éluderoit par là les règles relatives aux avantages indirects et aux prohibitions de disposer. Si cependant il existoit, indépendamment de l'aveu, des indices considérables tendant à prouver la vérité de la dette, l'aveu pourroit compléter la preuve.

BIU Cujas

Quid, si l'aveu est fait dans un testament, au profit d'une personne capable, la disposition vaudra-t-elle comme legs, ou comme reconnoissance d'une dette? Cela est important. Car, si c'est un legs, il ne doit être payé qu'après tous les créanciers; il sera sujet au retranchement pour la légitime; il sera révocable par un simple acte de la volonté du testateur; et enfin la nullité du testament emporteroit la révocation du legs, tandis qu'il pourroit n'en être pas de même de la reconnoissance, si l'acte, nul comme le testament, étoit encore suffisant pour prouver une obligation quelconque. Je pense que ce seroit une question de fait, qui devroit être décidée d'après les circonstances, en observant cependant que, le testament étant toujours fait dans la vue de la mort, la fraude ne doit pas être légèrement présumée. L'on doit supposer que celui qui réfléchit à ses derniers momens, ne se porte pas volontiers à commettre une action frauduleuse. Dans tous les cas où la disposition sembleroit devoir être regardée comme un legs, je pense que, s'il y avoit lieu à réduction, elle devroit être réduite la dernière. La précaution prise par le testateur d'assimiler le légataire à un créancier, doit faire présumer que son intention a été que ce legs fût acquitté de préférence à tous les autres. (*Voir* Ricard, *des Donations*, partie 3e, nos. 106 et suivans; *voir* aussi un arrêt de la Cour d'Aix, du 8 juin 1813, rapporté dans Sirey, 1813; 2e. partie, page 362.)

(5) *D'une erreur de fait. Secùs*, s'il est la suite d'une erreur de droit, parce que l'erreur de droit n'excuse pas. (*Voyez* ci-dessus la note (7) de la page 169.) Ainsi, j'avoue que je suis votre débiteur d'une somme de trois mille francs, comme héritier de mon père. Je viens à découvrir que mon père vous avoit payé: ce payement est un fait que je pouvois ignorer; et par conséquent, je puis révoquer mon aveu. Mais si j'ai avoué que je vous devois trois cents francs pour prix d'un corps certain que j'avois promis de vous livrer, et que je savois être péri par cas fortuit; et que j'aie fait cet aveu, parce que je ne savois pas que le débiteur étoit libéré par la perte de la chose arrivée sans sa faute, je ne pourrai révoquer mon aveu, et je serai obligé de payer. (*Voyez* au 3e volume, la note (4) de la page 216.)

(8) *Sans pouvoir le diviser.* Ainsi, je suis assigné en payement d'une dette pour laquelle il n'existe point de titre: j'avoue que la dette a existé; mais je prétends qu'elle a été soldée. L'on ne pourra pas faire usage de ma déclaration, en tant qu'elle constate la dette; et la rejeter, en tant qu'elle constate le payement. Il en est autrement en matière criminelle.

(7) *Civil et religieux.* De ce que le serment est un acte religieux, il faut en conclure: 1°. qu'il doit être prêté d'après le mode, et avec les rits que la religion de celui qui le prête, exige pour qu'il soit obligatoire; autrement, le but du serment seroit manqué; et 2°. que l'on ne peut obliger un individu de prêter un serment que sa religion réprouve. (*Voyez* deux arrêts de Cassation, des 28 mars et 12 juillet 1810, Sirey, 1810; partie 1re., page 226 et 329; et une

BIU Cujas

circulaire du Grand-Juge, du 26 novembre 1806, rapportée dans SIREY, 1814; 2°. partie, page 18.)

Pour les formalités à suivre, relativement à la prestation du serment, voyez le *Code de Procéd.*, art. 120 et 121.

PAGE 190.

(1) *Sur toute espèce de contestation.* Il faut donc qu'il y ait contestation. Donc, s'il y a chose jugée, le serment ne peut pas être déféré; il n'y a plus de contestation.

Le serment pourroit-il être déféré à celui qui a en sa faveur un acte authentique? Je crois qu'il faudroit distinguer: Si le fait sur lequel le serment est déféré, est contraire aux faits certifiés dans l'acte, il me semble que le serment ne pourroit être déféré, qu'autant que le défendeur se seroit inscrit en faux. En effet, l'article 1360 dit, que le serment peut être déféré, quand même il n'existeroit aucun commencement de preuve de l'exception. Mais il faut au moins qu'il ait été proposé une exception; or, on ne peut proposer d'exception contraire aux faits attestés dans un acte authentique, qu'en s'inscrivant en faux. Mais si le fait sur lequel le serment est déféré, ne contrarie pas ceux qui sont attestés dans l'acte, il n'y a pas de doute que la délation ne soit valable.

Ainsi, il est dit dans une obligation de prêt, que les espèces ont été réellement comptées à la vue des notaires; le serment ne pourra être déféré sur le fait de la numération. Mais si c'est un simple acte par lequel l'une des parties s'est reconnue débitrice envers l'autre d'une somme de.... à titre de prêt, le serment pourra être déféré sur le fait que la somme a, ou n'a pas, été prêtée. Car ici, les notaires ne font qu'attester que les parties ont fait telle déclaration en leur présence; mais ils n'ont pu attester la vérité de cette déclaration. De même, s'il est allégué que les espèces nombrées à la vue des notaires, appartenoient à l'emprunteur, ou ont été remis postérieurement par lui au prêteur, le serment pourra être déféré sur ces faits; car les notaires ont bien pu attester la numération, mais non la propriété des espèces, comme ils n'ont pu certifier que la remise n'a pas eu lieu postérieurement.

(2) *D'un fait personnel à la partie à laquelle il est déféré ou référé.* Si donc il est déféré au débiteur apparent lui-même, il faut qu'il affirme qu'il ne doit pas. Mais si c'est à son héritier, il suffit qu'il affirme qu'il n'est pas à sa connoissance que la chose soit due. (Argument tiré de l'article 2275.)

(3) *Et qui le refuse.* Bien entendu que le serment ne peut être référé, quand l'objet n'est pas commun aux deux parties, mais purement personnel à celui à qui on le défère. Ainsi, le débiteur par billet peut bien référer le serment au créancier sur le fait de la dette; mais il ne pourroit pas le référer à son héritier.

(4) *Et auxquelles on puisse le référer.* Ainsi, il ne peut être déféré à, ni par, un interdit; il en est de même du mineur ou de celui auquel il a été donné

BIU Cujas

un conseil, ainsi que de la femme mariée, pour les objets qui excèdent leur capacité. (*LL.* 17, §. 1; 34, §. 2; et 35, §. 1, ff. *de Jurejur.*) Le tuteur ne peut le déférer sur un objet immobilier, sans l'autorisation du conseil de famille. (Argument tiré de l'article 464.) C'est une espèce d'acquiescement. Un procureur ne peut le déférer sans un pouvoir spécial. (*L.* 17, §. 3, *eod.*) Les lois Romaines le lui permettoient, quand il étoit ce qu'elles appeloient *procurator universorum bonorum.* Il n'en seroit pas de même chez nous. (Art. 1988.) La délation du serment peut être regardée comme un acte de disposition, plutôt que de simple administration.

Remarquez, au surplus, qu'en disant qu'il est certaines personnes auxquelles on ne peut déférer le serment, l'on entend dire que, s'il leur est déféré ou référé, et qu'elles le refusent, on ne peut leur appliquer l'article 1361. Mais si elles l'ont prêté, le serment aura tout son effet contre celui qui le leur a déféré. (*L.* 26, *eod.*) En effet, celui qui défère le serment, contracte réellement une obligation conditionnelle; il est censé dire : Je m'engage à reconnoître que votre demande est fondée, ou que la mienne ne l'est pas, si vous jurez telle chose. Or, quand le serment a été prêté, la condition est accomplie; donc il existe un engagement de la part de celui qui l'a déféré. Or, d'après l'article 1125, celui qui a contracté avec un incapable, ne peut argumenter de l'incapacité de celui avec qui il a contracté, pour faire annuller son obligation. Donc le serment déféré par le capable à l'incapable, et prêté par ce dernier, doit avoir tout son effet.

C'est d'après le même principe que celui qui a une fois déféré ou référé le serment, ne peut plus se rétracter, quand l'autre partie a déclaré qu'elle consentoit à le prêter (art. 1364) : l'engagement est formé par le consentement mutuel des parties : il est, à la vérité, conditionnel; mais il n'en est pas moins irrévocable.

(5) *Doit être rejeté.* Quand même l'on présenteroit de nouvelles pièces que l'on prétendroit avoir été retenues par le fait de la partie. C'est dans ce sens que la loi 2, ff. *eod.*, dit que le serment a plus de force que la chose jugée. C'est toujours par suite du même principe. Celui qui a déféré le serment, s'est soumis à être condamné, si le serment étoit prêté. Quand il l'a été effectivement, la condition est remplie, et la condamnation doit avoir lieu, non pas tant en vertu de l'obligation sur laquelle le serment a été déféré, qu'en vertu de celle qui a été contractée par la délation même du serment. Les juges n'ont donc plus à examiner s'il existoit, ou non, une obligation précédente, mais seulement si le serment a éte déféré et prêté. *Dato jurejurando, non aliud quæritur, quàm ut juratum sit, remissâ quæstione an debeatur* (*L.* 5 §. 2, *eodem*); le tout sans préjudice de l'action criminelle, conformément à l'article 366 du Code Pénal, qui prononce la dégradation civique contre celui qui a fait un faux serment en matière civile. Mais observez que la preuve du parjure

BIU Cujas

ne peut être admise, même par la voie criminelle, qu'autant qu'il existe un commencement de preuve par écrit, de la fausseté du fait qui a été attesté par serment. *Sic* jugé en Cassation, le 5 septembre 1812 (SIREY, 1813; 1re. partie, page 158); et le 17 juin 1813. (*Bulletin criminel*, n° 129.)

(6) *Il fait preuve complète.* Mais il ne fait preuve que de ce qui a été juré. Ainsi, le possesseur d'un fonds, assigné en restitution de ce fonds, jure que le demandeur n'en est pas propriétaire : il doit être renvoyé de la demande; mais s'il vient à perdre la possession, il ne pourra pas, en vertu du serment qu'il a prêté, revendiquer le fonds, même contre celui qui lui a déféré le serment. (*L.* 11, *eod.*) En effet, quand il étoit défendeur, il n'avoit pas à prouver qu'il étoit propriétaire; il lui suffisoit que le demandeur ne prouvât pas qu'il l'étoit : mais quand il est demandeur en revendication, il est tenu de prouver qu'il est propriétaire. Or, il n'a pas juré qu'il étoit propriétaire, mais seulement que le demandeur ne l'étoit pas.

Quid, si, sur la demande en revendication formée contre lui, il a juré qu'il étoit propriétaire? Il aura la revendication, mais seulement contre celui qui lui a déféré le serment, ses héritiers ou ayant-cause. (*L.* 11, §§. 1 et 3, *eod.*) Le serment n'a d'effet qu'entre les parties, etc.

(7) *Leurs héritiers ou ayant-cause. Quid*, si l'un des héritiers seulement a déféré le serment? Il ne fera preuve que contre lui. Il en sera de même s'il n'a été prêté que par l'un d'eux : il ne fera preuve qu'en sa faveur.

PAGE 191.

(1) *Qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuves.* C'est pour cela que ce serment est nommé par les auteurs, *serment supplétoire*, parce qu'il supplée à l'insuffisance des preuves.

En matière de commerce, le refus fait par l'une des parties, de représenter ses livres, est un motif suffisant pour autoriser le juge à déférer le serment à l'autre partie. (*Code de Comm.*, art. 17.)

(2) *Ne peut être référé.* Le juge défère le serment à celle des deux parties qu'il juge convenable de désigner, et en raison de la confiance qu'elle lui paroît mériter. Or, il peut très-bien arriver qu'il n'ait pas la même confiance dans l'autre partie. D'ailleurs, comme dit POTHIER, le mot *référé* indique qu'on ne peut référer qu'à celui qui a déféré. Or, ici, le serment n'a pas été déféré par la partie; il ne peut donc lui être référé.

Il y a encore cette différence entre les deux espèces de sermens que, lorsque le serment décisoire a été prêté, tout est fini entre les parties, comme il a été dit dans le chapitre précédent, tandis qu'après le serment supplétoire, le jugement peut encore être attaqué par les voies de droit. C'est d'après cela qu'on a jugé à Montpellier le 6 février 1810 (SIREY, 1814; 2e. partie, page 351), que, si le serment a été déféré par le premier juge, et prêté par la partie, mais

BIU Cujas

sans acquiescement de la part de l'autre partie, elle peut appeler, et demander, en appel, l'interrogatoire sur faits et articles.

PAGE 192.

(1) *Opposée ou invoquée.* La prescription peut être *invoquée* par les deux parties; mais elle n'est *opposée* que par le défendeur.

(2) *Les juges ne peuvent en suppléer le moyen d'office.* DUNOD prétend cependant que, lorsqu'il y a un terme fixé par la loi, pour la durée d'une action, le juge peut et doit suppléer le moyen tiré de l'expiration du délai; *putà*, s'il s'agit d'une action rescisoire, et que les dix ans soient écoulés. On pourroit soutenir cette opinion, d'après la distinction suivante.

Dans les prescriptions ordinaires, l'action n'est pas éteinte *ipso jure*: elle subsiste toujours, quoiqu'elle puisse être rendue inutile par la prescription; mais il faut que la prescription soit opposée; et si elle ne l'est pas, les juges ne peuvent la suppléer, plus que toute autre exception. Mais, dans les actions rescisoires, l'action est éteinte, *ipso jure*, par l'expiration du délai. *L'action dure dix ans*, dit l'article 1304. Donc, après les dix ans, il n'y a plus d'action; et par conséquent, il ne peut y avoir de condamnation, par suite d'une action qui n'existe plus. Il en seroit de même de l'action en réméré. (Art. 1660, 1661 et 1662.)

Nota. On a jugé en Cassation que la disposition qui défend aux juges de suppléer le moyen tiré de la prescription, ne s'applique pas aux matières criminelles, correctionnelles, et de simple police. Arrêts des 26 février 1807, 28 janvier et 12 août 1808, rapportés dans SIREY, 1813; 1re. part., page 464.

PAGE 193.

(1) *La dette a été reconnue par le débiteur. Quid*, s'il a payé un à-compte? La prescription est couverte pour le tout, si toutefois il a payé comme à-compte: *Secùs*, s'il a déclaré, en payant, qu'il entendoit user de la prescription pour le surplus, ou si la somme payée paroît l'avoir été, comme étant la totalité de la somme due.

(2) *Passée en force de chose jugée.* Nous avons vu ci-dessus, note (1) de la page 188, ce qu'on doit entendre par ces expressions.

(3) *Même en appel.* Mais elle ne peut être invoquée ni opposée en Cassation, si elle ne l'a pas été auparavant. Et en effet, on ne peut casser un jugement, parce qu'il n'a pas statué sur un moyen qui n'a pas été opposé, et qui ne pouvoit être suppléé par le juge. *Sic* jugé en Cassation, le 9 octobre 1811. (*Journal de la Jurisp. du Code Civil*, tome XVII, pag. 219.)

(4) *Que la partie y a renoncé.* La défense au fonds emporte-t-elle renonciation à la prescription? Je pense qu'il faut distinguer: Si la défense est péremptoire, c'est-à-dire, de nature à détruire entièrement l'effet de l'action, ou

BIU Cujas

ne peut en faire résulter la renonciation à la prescription ; comme si, par exemple, l'on a opposé l'exception du dol, de la violence, etc. En effet, j'ai, ou je crois avoir, plusieurs moyens pour paralyser l'effet de l'action intentée contre moi. Je répugne à employer le moyen de la prescription ; et en conséquence je le néglige, dans l'espérance que les autres seront suffisans. Je perds mon procès en 1re. instance ; et sur l'appel, j'excipe de la prescription. Je ne pense pas que l'on puisse m'opposer de fin de non-recevoir. *Secùs* si la défense avoit été seulement dilatoire ; par exemple, si je m'étois borné à demander un délai, à prétendre que la créance n'est pas exigible. Jugé à-peu-près dans ce sens en Cassation, le 19 avril 1815. (*Bulletin*, nº. 27.)

S'il n'est écoulé qu'une partie du temps requis pour la prescription, peut-on y renoncer? La raison de douter se tire de ce que la prescription n'est pas acquise. Mais la raison de décider est que, dans ce cas, c'est moins une renonciation, qu'une interruption résultant de la reconnoissance du débiteur ou du possesseur. (Art. 2248.)

(5) *Au moins pour ce qui concerne le renonçant.* Car celui en faveur duquel on a renoncé à la prescription, n'est pas censé acquérir à titre gratuit, ni même en vertu d'un nouveau titre ; mais il est censé continuer de jouir au même titre que celui en vertu duquel il jouissoit, quand la prescription a commencé. Ainsi, une personne se marie pendant qu'on prescrivoit son héritage : le contrat de mariage contient la clause que les biens donnés aux époux pendant le mariage, meubles ou immeubles, tomberont dans la communauté. La prescription s'accomplit : néanmoins il revendique ; et, la prescription n'étant pas opposée, l'héritage lui est restitué. Tombera-t-il dans la communauté? Non. Il est censé le reprendre en vertu de son ancien titre, qui, dans l'espèce, est antérieur au mariage. De même la renonciation à la prescription ne seroit pas regardée comme un avantage, sujet à la réduction, ou aux règles d'incapacité, etc.

(6) *Elle ne préjudicie point aux créanciers du renonçant*, même chirographaires. La loi ne distingue pas ; il suffit que leur titre ait une date certaine antérieure à la renonciation.

(7) *De toute autre personne ayant intérêt*, tel qu'un usufruitier, celui qui a un droit de servitude. Mais toutes ces personnes, et même les créanciers, ne peuvent opposer la prescription que dans leur intérêt. Si donc celui en faveur de qui la renonciation a été faite, consent à payer le créancier, à laisser jouir l'usufruitier, ou celui à qui il est dû une servitude, la renonciation doit avoir son effet.

(8) *Que quand le dernier jour du terme est accompli.* Ainsi, quoique j'aie acquis, le 10 mars 1806, avant midi, la prescription de dix ans ne sera accomplie que le 10 mars 1816, à minuit ; jusqu'à cette heure, elle pourra être interrompue.

BIU Cujas

(9) *Par un certain nombre de jours.* Ces sortes de prescriptions ont lieu, sur-tout en matière de procédure.

(10) *Soit qu'il ait vingt-huit ou vingt-neuf jours.* Le Code ne dit pas cela textuellement; mais cela doit s'inférer de l'article 2261, tel qu'il se trouvoit dans la première édition du Code Civil, et qui en a été retranché, parce qu'il étoit relatif au calendrier républicain, qui n'existe plus. Jugé, en conséquence, en Cassation, le 27 décembre 1811, que les délais qui se composent de plusieurs mois, doivent se compter par l'échéance des mois, date pour date, et non par jours. (SIREY, 1812, 1re. partie, pag. 199.)

(11) *A l'époque de la promulgation de la présente loi.* La loi de la prescription est du 24 ventose an 12, promulguée le 4 germinal suivant. Nous avons vu, cependant, une exception à ce principe, au Titre *des Servitudes*, chap. III, sect. II, où il est décidé que la prescription, seulement commencée au moment de la promulgation du Code, n'a aucun effet pour l'acquisition de certaines servitudes.

(12) *Conformément aux lois anciennes.* Ceci a besoin d'explication. Ainsi l'on pensoit anciennement que les arrérages des rentes n'étoient sujets à la prescription de cinq ans, que lorsqu'elles avoient été constituées à prix d'argent. Aujourd'hui le Code n'admet aucune distinction. Doit-on en conclure que les arrérages d'une rente constituée pour prix d'un immeuble, qui auroient commencé à être dus avant le Code, ne pourroient encore maintenant être prescrits que par trente ans? Je ne le pense pas. L'art. 2281 doit être entendu dans le sens que, pour compléter une prescription établie par le Code, on ne peut compter le temps écoulé avant sa promulgation. Ainsi, soit une rente perpétuelle ou viagère, constituée par testament. Il est certain que, dans l'ancien droit, les arrérages de cette rente ne pouvoient être prescrits que par trente ans. Si donc, au moment de la promulgation du Code, il s'étoit déjà écoulé 24 ans sans demande de la part du créancier, il n'y aura pas lieu à la prescription, quoiqu'aux termes du Code, le délai de cinq ans suffise maintenant pour l'acquérir. Mais si le silence du créancier a duré encore cinq ans depuis le Code, la prescription pourra lui être opposée pour tous les arrérages échus antérieurement aux cinq ans. En deux mots, veut-on profiter du temps écoulé avant le Code, il faut alors, pour acquérir la prescription, tout le temps requis par les anciennes lois. Mais si l'on ne compte le délai que depuis le Code, alors il suffira que le délai requis par le Code soit expiré, pour que la prescription soit acquise. Il existe bien un arrêt de Cassation du 18 décembre 1813, rapporté dans SIREY, 1814; 1re. partie, page 92, qui a jugé d'une manière contraire à ces principes: mais c'est un arrêt purement bursal, et qui est lui-même contraire aux motifs sur lesquels est basé un arrêt de la même Cour du 6 juillet 1812. (*Jurisp. du Cod. Civ.*, tom. 19, pag. 233.) Telle étoit aussi l'ancienne Jurisprudence. Avant l'ordonnance de 1510, les arrérages de toutes les rentes ne

BIU Cujas

se prescrivoient que par trente ans. Cette ordonnance établit la prescription de cinq ans pour les rentes constituées à prix d'argent; et il fut décidé par des arrêts de réglement, que les arrérages échus avant l'ordonnance, étoient prescrits par cinq ans écoulés depuis l'ordonnance. (THEVENEAU, *Comment sur les Ord.*, Liv. 2, Tit. 14, art. 3.)

De même, l'ordonnance du commerce avoit établi la prescription de cinq ans pour les lettres-de-change, qui ne se prescrivoient auparavant que par trente ans: et les arrêts du Parlement de Paris, cités par Savary sur cette question, ont constamment décidé que la prescription étoit acquise par cinq ans écoulés depuis l'ordonnance.

(13) *Il falloit encore plus de trente ans.* En vertu de la loi 7, Cod. *de Præscript.* 30 *vel* 40 *annorum*, qui étoit suivie dans plusieurs provinces de droit écrit, et notamment dans celles du ressort du Parlement de Paris, l'action hypothécaire ne se prescrivoit que par quarante ans, quand elle étoit jointe à l'action personnelle, c'est-à-dire, tant que l'immeuble hypothéqué à la dette n'étoit pas sorti de la main du débiteur. C'est cette espèce de prescription que le Législateur a eu principalement en vue dans l'article 2281.

PAGE 194.

(1) *Ou qui sont susceptibles de devenir propriété privée.* (Voyez les art. 538, 539, 540 et 541.)

PAGE 195.

(1) *En faveur des mineurs et interdits.* Mais cela ne s'applique qu'à la prescription trentenaire, et à celle de dix ou vingt ans. Toutes les prescriptions plus courtes courent contre les mineurs et les interdits.

(2) *Réfléchiroient contre le mari.* On présume que, dans ce cas, la puissance maritale l'a empêchée d'agir. Et, d'ailleurs, on a voulu éviter tout ce qui pourroit troubler la tranquillité du ménage. *Quid*, dans l'espèce suivante?

Un mari, commun en biens, vend un immeuble appartenant à sa femme. Il meurt le premier. La femme accepte la communauté. Pourra-t-elle revendiquer tout l'immeuble, en tenant compte à l'acquéreur de la moitié du prix et des dommages-intérêts; ou ne pourra-t-elle revendiquer que la moitié de l'immeuble? Cette question a été controversée sous l'ancien droit. POTHIER lui-même a varié à ce sujet. On peut dire en faveur de la dernière opinion, que l'obligation de garantie, contractée par le mari vendeur, est une dette de la communauté, dont la femme qui accepte, est, en conséquence, tenue pour moitié. On peut donc lui opposer, au moins pour moitié, la règle, *eum quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

Je pense que, si le mari a vendu l'immeuble de sa femme comme appartenant à lui mari, alors, aux termes de l'article 1599, la vente est nulle; et par

conséquent la femme peut revendiquer le tout. A la vérité, le mari est tenu des dommages-intérêts ; mais s'il a vendu de mauvaise foi, c'est-à-dire, s'il savoit que l'immeuble appartenoit à sa femme, il a commis un stellionat, qui est un délit. (Art. 2059.) Or la communauté n'est point tenue des obligations résultant des délits commis par les époux. (Art. 1424.) La femme ne sera donc pas tenue, même pour moitié, de ces dommages-intérêts. Mais si le mari étoit de bonne foi, alors l'obligation de garantie est purement civile, et, comme telle, à la charge de la communauté. La femme en est donc tenue pour la moitié.

Si le mari a vendu l'immeuble comme appartenant à sa femme, et se portant fort pour elle, je pense qu'alors la femme peut encore revendiquer le tout, en tenant compte de la moitié des dommages-intérêts. Je fonde ces décisions sur ce qu'en général, le Code évite, autant que possible, de faire des propriétés indivises, et sur ce que ce seroit donner au mari le droit de disposer réellement d'une partie des immeubles de sa femme, sans le consentement de cette dernière ; puisque, si la communauté est avantageuse, elle se trouveroit dans l'alternative désagréable, ou de perdre la moitié de son immeuble, ou de renoncer à la communauté. *Voir* un arrêt d'Amiens, du 18 juin 1814. (Sirey, 1815, 2e. partie, page 40.)

(3) *Et à l'égard des biens dont son mari a l'administration.* Pourvu toutefois que son action, comme on vient de le dire, ne soit pas de nature à réfléchir contre le mari. Si donc un individu achète du mari un immeuble de la femme, la prescription ne courra à son profit, qu'à compter de la dissolution du mariage ; mais s'il l'a acquis d'une autre personne, ou s'il a commencé à le posséder sans titre, il pourra prescrire pendant le mariage ; sauf, s'il y a lieu, le recours de la femme en dommages-intérêts contre le mari, après la dissolution du mariage, s'il pouvoit interrompre la prescription, et qu'il ne l'ait pas fait. (*Voir*, à ce sujet, la loi 16, ff. *de Fundo dotali.*)

Quid, si la femme est mineure, et qu'elle ait passé, avec l'autorisation de son mari, un acte excédant les bornes de sa capacité ; les dix ans accordés pour intenter l'action en rescision, courront-ils pendant le mariage ? Oui, si le mari s'est contenté d'autoriser, parce que celui qui autorise, ne s'oblige, et ne garantit pas. *Secùs*, s'il s'est porté fort pour elle, et a promis de la faire ratifier. Car alors, comme l'action de la femme réfléchiroit contre le mari, les dix ans ne courent pas pendant le mariage.

(4) *A l'égard des créances qu'il a contre la succession.* Au moment où le Code Civil a été promulgué, cela étoit conforme aux principes, parce que l'héritier bénéficiaire, quand il étoit unique, ne pouvoit agir contre lui-même. Mais actuellement que, d'après le Code de Procédure (article 996), il est tenu, s'il a des actions à intenter contre la succession, de les diriger contre un curateur au bénéfice d'inventaire, qu'il peut faire nommer ; il sembleroit que la prescription dût courir contre lui. Mais il y a une autre raison qui s'y

BIU Cujas

oppose, c'est qu'il peut dire qu'il est nanti, puisqu'il est saisi de tous les biens de la succession. Il lui est donc inutile de poursuivre. Il est dans le cas du créancier saisi du gage, et contre lequel, tant qu'il est saisi, la prescription ne peut courir. (*L.* 7, §. 5, Cod. *de Prœscript.* 30 *vel* 40 *annorum.*) Par suite de ce raisonnement, je pense que, s'il y a plusieurs héritiers, la prescription doit courir pour la part des autres héritiers.

L'héritier débiteur de la succession peut-il prescrire contre ses cohéritiers, pour la part de ces derniers? Je pense qu'oui, et qu'il peut même achever contre eux la prescription commencée contre le défunt. *Nec obstat* que l'action en partage est imprescriptible; car il est de principe que cette action n'embrasse pas les créances actives ou passives de la succession, attendu qu'elles se divisent de plein droit entre les héritiers. (*L.* 2, §. 5, et *L.* 4, ff. *Famil. ercisc.*; et article 1220 du Code Civil.) Chacun des héritiers est donc, du moment de son acceptation, devenu réellement et effectivement créancier particulier de son cohéritier, pour la part qu'il a dans la succession. La prescription commencée contre le défunt doit donc pouvoir s'achever contre chacun d'eux en particulier, comme elle peut s'achever contre les uns, et être interrompue à l'égard des autres.

La même raison ne pouvant s'appliquer à l'héritage que l'héritier auroit commencé à prescrire contre le défunt, je pense que la prescription cesse de courir en sa faveur à compter du décès de l'auteur commun. D'ailleurs, comme il doit apporter à l'administration de la succession le même soin qu'à ses propres affaires, il doit être censé avoir interrompu la prescription contre lui-même, comme il auroit été tenu de l'interrompre contre tout autre qui auroit possédé un immeuble de la succession. (*Voir* MONTVALLON, *des Successions*, chap. 3, art. 19.)

PAGE 196.

(1) *Jusqu'à l'événement du terme. Quid*, si la dette est payable en plusieurs termes, par exemple, par quart, d'année en année? L'on peut dire qu'il y a autant de dettes différentes qu'il y a de termes, et que chacune se prescrit à compter de son échéance. (*L.* 7, §. 6, Cod. *de Prœscript.* 30 *vel* 40 *annorum.*)

(2) *Ou de la condition.* Mais observez que cette disposition de l'art. 2257 ne doit avoir d'effet qu'entre le créancier et le débiteur, conditionnels, et nullement à l'égard des tiers : ainsi, elle ne s'appliqueroit point à la prescription de l'hypothèque en faveur du tiers-détenteur. Quand même la créance à laquelle l'immeuble est affecté, seroit à terme ou conditionnelle, la prescription n'en courroit pas moins du jour de la transcription du titre d'acquisition (article 2180), ou du jour de l'entrée en possession, s'il n'y avoit pas de titre. Il en seroit de même dans le cas suivant : Pierre a vendu sa maison à Paul sous une condition suspensive, dont l'événement peut être long-temps attendu, *putà*, si Paul lui survit. Pierre vend ensuite la même maison à Jacques, comme

BIU Cujas

en étant propriétaire pur et simple, et sans parler de la première vente faite à Paul. Jacques pourra-t-il prescrire contre Paul pendant la vie de Pierre? Oui, sans doute; car il le pourroit, quand même Pierre n'auroit eu aucun droit sur la maison, puisque ce n'est même que dans le cas où l'on a acheté du non-propriétaire, que l'on a besoin de la prescription: et le droit de l'acquéreur peut-il être moindre, parce que le vendeur n'étoit pas encore dépouillé tout-à-fait de sa propriété? La convention faite entre Pierre et Paul est entièrement étrangère à l'acquéreur; c'est à son égard *res inter alios acta*. Elle ne peut donc préjudicier au droit qu'il tient de la loi, de prescrire contre tout ayant-droit, soit par dix ou vingt ans, s'il a titre et bonne foi; soit par trente ans, dans le cas contraire. D'ailleurs, le principe qui ne fait courir le délai de la prescription que de l'échéance du terme ou de l'événement de la condition, est fondé sur ce qu'auparavant le créancier n'a pu agir, et que *contrà non valentem agere non currit præscriptio*. Or, cela ne peut s'appliquer aux cas dont il s'agit. Nous avons vu au Titre précédent, que la condition, même suspensive, n'empêchoit pas le créancier de faire les actes conservatoires nécessaires, et, par conséquent, dans le premier cas, de former une demande en déclaration d'hypothèque contre les tiers-détenteurs; et dans le second, de signifier au possesseur son contrat d'acquisition.

(3) *Jusqu'à ce que l'éviction ait lieu.* De même, s'il s'agit d'une action appartenant à une femme mariée en communauté, mais qui ne puisse être exercée par elle, qu'après qu'elle aura déclaré si elle accepte la communauté, ou si elle y renonce, il est évident que, tant que la communauté existe, cette action ne peut se prescrire. (Article 2256.)

(4) *Et contre toutes personnes*; par conséquent contre les absens, pour quelque cause qu'ils le soient.

Mais court-elle en faveur de toutes personnes, *putà*, des étrangers, des morts civilement? Quant à la prescription à l'effet de se libérer, comme elle est fondée, en grande partie, sur la présomption de payement, elle doit courir en faveur de toutes personnes; sauf que, si le contrat n'a pas eu lieu en France, l'on doit suivre, pour la prescription, la loi du pays où le contrat a été passé. (Argument tiré de l'article 1159.) Quant à la prescription à l'effet d'acquérir, nous avons démontré au 1^er^. vol., note (1) de la page 5, qu'elle étoit de droit naturel; elle doit donc courir également en faveur de tous.

(5) *Par la reconnoissance. Quid*, si elle est sous seing-privé, et qu'elle ne soit opposée qu'après l'accomplissement de la prescription? Elle est valable contre le débiteur, mais non contre les tiers qui auroient intérêt à ce que la créance fût prescrite; *putà*, les cautions, les débiteurs solidaires, à l'égard desquels elle n'a d'autre date que celle du jour où elle est présentée.

Quid, si elle est verbale? Il faut distinguer: Si elle est avouée, elle a le même effet que la reconnoissance sous seing-privé. Si elle est déniée, elle est

BIU Cujas

nulle, à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre la preuve testimoniale. Mais pourroit-on, après la prescription accomplie, déférer le serment sur le fait de la reconnoissance? Oui; *nec obstat*, que le serment ne peut être déféré sur le fait du payement. La raison de différence est que la preuve du non-payement n'empêcheroit pas la prescription d'avoir lieu. Or, *frustrà probatur, quod probatum non relevat.* Au contraire, la reconnoissance prouvée anéantit la prescription.

La reconnoissance d'une dette par les créanciers du débiteur, interrompt-elle la prescription à l'égard de ce dernier? Je pense qu'il faut distinguer : Si à l'époque de la reconnoissance, le débiteur étoit en faillite, il a pu être représenté valablement par les syndics de ses créanciers; *secùs*, dans le cas contraire. (*Voir* un décret du 14 mars 1807, rapporté dans SIREY, 1814; 2e. part., page 439.)

(6) *Même devant un juge incompétent.* L'incompétence du juge n'empêche pas que l'assignation ne soit valable au fond, si elle a d'ailleurs été faite par un officier ministériel compétent, et avec toutes les formalités requises.

(7) *Par un commandement.* Il résulte de là, qu'en matière réelle même, une simple sommation de restituer n'interromproit pas la prescription. Remarquez 1°. qu'on ne peut faire de commandement, que quand le titre de la créance est exécutoire; 2°. qu'il y a cette différence entre la demande et le commandement, que la demande se périme par trois ans ou trois ans et demi (*Procédure*, 397), tandis que le commandement ne se prescrit que par trente ans.

(8) *Le tout signifié à celui qu'on veut empêcher de prescrire*, et par celui qui veut empêcher de prescrire. L'interruption ne profite qu'à celui qui l'a faite. Ainsi, je possède un fonds, *animo domini*, mais dont je ne suis pas réellement propriétaire. Pierre forme contre moi une demande en revendication. Deux ans se passent sans qu'il y ait jugement. Pendant ce temps, la prescription s'accomplit; Paul qui est véritablement propriétaire, revendique à son tour : je lui oppose la prescription; il prétend qu'elle a été interrompue par la demande de Pierre. Est-il fondé? Non; à son égard, c'est *res inter alios acta.*

(9) *Du jour de sa date. Quid*, s'il a été donné une citation en conciliation dans une affaire qui en est dispensée, la prescription est-elle interrompue du jour de la citation, s'il y a demande formée dans le mois? Je croirois volontiers qu'il faut distinguer : S'il s'agit d'une affaire dans laquelle le préliminaire de conciliation n'est pas exigé, parce qu'elle n'est pas susceptible de conciliation, telle qu'une question d'état, alors la citation est absolument nulle, et ne peut produire aucun effet. Mais s'il s'agit d'une affaire qui est en elle-même susceptible de conciliation, mais qui en est seulement dispensée par la loi, telles que celles dont il est question dans les nos. 2, 3, 4 et 6 de l'art. 49 du Code de Procédure, je penserois que, dans ce cas, la citation n'est pas nulle, puisqu'elle

BIU Cujas

peut effectivement amener une conciliation, et, par conséquent, qu'elle interrompt la prescription.

(10) *Si l'assignation est nulle par défaut de forme.* Elle est alors comme n'existant pas. Or, *quod nullum est*, ou ce qui est la même chose, *quod non est*, *nullum producere potest effectum*; et d'ailleurs, dans ce cas, le juge n'a plus la preuve légale que le défendeur a été judiciairement mis en demeure de payer ou de restituer.

(11) *Si le demandeur se désiste de sa demande.* Il est censé par là reconnoître qu'elle étoit mal fondée.

(12) *S'il laisse périmer l'instance.* Une instance est périmée, quand les poursuites ont été discontinuées pendant trois ans, ou même pendant trois ans et demi, quand il y a lieu à demande en reprise d'instance, ou constitution de nouvel avoué. (*Code de Procédure*, article 397.) Or, comme aux termes de l'article 401 du même Code, la péremption emporte extinction de la procédure, sans qu'on puisse, dans aucun cas, opposer aucuns des actes de la procédure éteinte, ni s'en prévaloir, il en résulte que l'assignation périmée ne peut produire aucun effet, ni par conséquent interrompre la prescription.

(13) *Si la demande est rejetée.* Est-il nécessaire que le rejet soit définitif? La négative a été jugée par la Cour de Cassation, qui a décidé par son arrêt du 30 mai 1814, rapporté dans SIREY, 1814; 1re. partie, page 201, que, si la demande a été rejetée, parce qu'elle n'a pas été précédée du préliminaire de conciliation, la prescription n'a pas été interrompue.

PAGE 197.

(1) *L'inconvénient qui en résulteroit.* Un débiteur auroit payé exactement les arrérages pendant trente ans : il n'y auroit donc eu aucune poursuite pendant tout ce temps. Son héritier pourroit supprimer les quittances, et prétendre que la créance est prescrite, attendu le défaut de payement des arrérages pendant trente ans; et le créancier n'auroit aucun moyen de prouver le contraire.

Il résulte bien évidemment de la disposition de l'article 2263, que les prestations annuelles, telles que rentes, etc., sont prescrites en totalité, et pour le fonds même, par trente ans écoulés sans que le payement des arrérages ait été exigé. Cela s'appliqueroit-il à une dette d'alimens? Je ne le pense pas. Il me semble qu'attendu la faveur attachée à cette sorte de créance, le fonds doit en être regardé comme imprescriptible, et que l'on doit appliquer ici la distinction établie par CUJAS sur la loi 11, ff. *de annuis legatis.* Il faut voir, dit ce Jurisconsulte, si celui qui a constitué la prestation annuelle, soit entre-vifs, soit par testament, a eu intention de pourvoir aux besoins du créancier, ou simplement de faciliter le payement à son héritier, en le divisant par année, *an vitæ consuluerit eorum quibus ea reliquerit, an heredi suo parcere voluerit.* Dans le premier cas, qui est celui d'une pension alimentaire, il y a

BIU Cujas

autant de legs que d'années; c'est-à-dire, qu'à chaque année, il est censé y avoir un nouveau legs, qui ne peut être prescrit que du jour où il a été exigible : dans le second, il n'y a qu'une seule disposition, qu'une seule prestation dont le payement est divisé, et dont le fonds doit, en conséquence, se prescrire du moment que le premier terme a été exigible. La loi 18, §. 1, ff. *de Alim. legat.*, décide même que le créancier pour alimens, peut demander tous les arrérages échus : mais il faut observer, d'abord, que la prescription, à l'effet de se libérer, n'est pas connue dans le Digeste; et, en second lieu, que, dans tous les cas, cette décision ne pourroit s'appliquer à notre droit. L'article 2177 est formel sur ce point. La faveur des alimens ne doit être comptée ici pour rien; en effet, elle est fondée uniquement sur ce que l'on suppose qu'ils sont absolument nécessaires pour la subsistance de celui à qui ils sont dus. Or, cette présomption ne peut avoir lieu dans l'espèce, puisque l'on suppose que le créancier a laissé passer cinq ans sans les demander.

(2) *Les arrérages des rentes, etc.* Autrefois cette prescription n'étoit admise que pour les arrérages des rentes perpétuelles constituées à prix d'argent.

(3) *Même alimentaires.* (*Voyez* la note (8) ci-dessus, *in fine.*

(4) *Sont assujetties également à cette prescription.* Il en est de même des intérêts dus par la Caisse d'Amortissement. (*Avis du Conseil-d'Etat*, approuvé le 24 mars 1809, *Bulletin*, n°. 4208.)

Mais observez qu'en général, cette prescription ne peut être invoquée que par les débiteurs des rentes ou intérêts, et non par ceux qui auroient touché les arrérages au nom du créancier, à quelque titre que ce soit, comme séquestres, mandataires, etc. (*Décision du ministre des finances, contre la Régie des Domaines,* en date du 14 décembre 1810. (Sirey, 1812; 2e. partie, page 143.) Et en effet, il s'agit alors de l'action du mandat, qui, comme toutes les actions ordinaires, ne se prescrit que par trente ans.

(5) *Le prix des baux à loyer et à ferme.* Anciennement les loyers et fermages étoient bien prescrits par cinq ans, mais à compter de l'expiration des baux. (*Ordonnance de janvier* 1649, article 142.)

(6) *Ou à des termes périodiques plus courts.* Il y a aussi des prescriptions de cinq ans, établies par les articles 64, 189, et 432 du Code de Commerce; il y a aussi une prescription de trois ans, établie par les articles 151, 152, et 155 du même Code. (Voyez mes *Institutes de Droit Commercial.)*

Page 198.

(1) *Ou de la la révocation de l'avoué*, ou du jour qu'il a cessé ses fonctions, par suite de la suppression de son office. *Sic* jugé en Cassation, le 19 août 1816. (Sirey, 1817; 1re. partie, page 378.)

(2) *Se prescrivent par un an.* Voyez encore des prescriptions d'un an, dans les articles 108 et 433 du Code de Commerce.

BIU Cujas

(3) *Celle des marchands.* Cela est fondé sur ce qu'on ne retire que rarement des quittances des payemens que l'on fait aux marchands. *Quid*, à l'égard des bourgeois qui vendent des denrées de leur crû? Je crois qu'il faudroit distinguer: S'ils les vendent en gros, je ne pense pas que la disposition de l'article 2272 leur soit applicable. *Secùs*, s'ils les vendent en détail; car il y a même raison de décider: et d'ailleurs ils ne peuvent vendre en détail qu'en prenant une patente; et alors ils sont censés marchands.

(4) *Aux particuliers non marchands. Secùs*, entre marchands. Ils ont des moyens de prouver que n'ont pas les bourgeois. D'abord, ils ont leurs livres; et, en outre, les tribunaux de commerce ont une bien plus grande latitude que les tribunaux civils, pour l'admission des preuves.

(5) *Livraisons, services, ou travaux.* Ainsi, chaque fourniture, livraison, etc., est regardée comme une créance distincte, qui se prescrit séparément, par un an ou par six mois, à compter du jour où elle a été faite. Cela est facile à appliquer pour les fournitures des marchands; quant aux autres créances, cela nécessite quelque explication. Voici, à cet égard, mon opinion.

Pour les maîtres et instituteurs, le délai court de chaque mois;

Pour les hôteliers ou traiteurs, cela dépend du terme pris pour le payement; si le débiteur paye par quinzaine ou par mois, le délai ne doit courir que de l'expiration de chaque mois ou de chaque quinzaine. S'il paye par jour ou par repas, le délai court à compter de chaque jour.

Il en est de même à l'égard des ouvriers et gens de travail.

Quant aux médecins et chirurgiens, comme on est dans l'usage de ne les payer qu'à la fin de la maladie, je pense, avec POTHIER, n°. 681, que le délai ne doit courir que du jour de la dernière visite faite pour chaque maladie. Si cependant la maladie étoit chronique, et avoit duré plusieurs années, je pense que l'on pourroit appliquer la même disposition qu'aux marchands, et faire courir la prescription de chaque visite. Dans ces sortes de maladies, les officiers de santé n'ont pas coutume d'attendre la fin, pour obtenir des à-comptes.

Quant aux apothicaires, ils doivent être traités, pour leurs fournitures, comme les marchands. Dans les endroits où le médecin, ou le chirurgien, fournit les drogues, je crois qu'il doit être traité pour ses fournitures, comme pour ses visites.

Pour les maîtres de pension, le délai court du moment de l'échéance de chaque terme;

Pour les maîtres d'apprentissage, de chaque terme pris pour le payement;

Idem, à l'égard des domestiques.

Je pense qu'on doit faire, pour les huissiers, la même distinction que pour les médecins, et que, si la même affaire a exigé plusieurs actes successifs de leur ministère, la prescription ne doit courir que du dernier acte.

(6) *Compte arrêté, cédule, obligation.* On entend ici par *cédule*, un acte

BIU Cujas

sous seing-privé (*Cout. de Paris*, art. 127); par *obligation*, un acte devant notaires; et par *arrêté de compte*, une reconnoissance de la dette au bas du mémoire des fournitures. Dans tous ces cas, l'action ne se prescriroit que par trente ans, sauf l'exécution des lois relatives à la prescription en matière de commerce.

(7) *Ou interpellation judiciaire non périmée.* Dans ce cas, s'il n'y a pas eu de jugement, la prescription sera interrompue, tant que l'instance ne sera pas périmée. Si la péremption a lieu, la prescription sera censée n'avoir jamais été interrompue; s'il y a jugement, il naît du jugement une nouvelle action, dite *judicati*, qui ne se prescrit que par trente ans.

Mais par quel délai pourra s'acquérir la péremption? Le délai ordinaire est de trois ans, ou de trois ans et demi, suivant les circonstances. (*Voyez* ci-dessus, note (12) de la page 196.) Mais quelques auteurs pensoient anciennement, qu'à l'égard des actions qui se prescrivent par un délai plus court, telles que la plupart de celles dont il s'agit dans cette section, la péremption devoit s'acquérir par le même délai qui étoit exigé pour éteindre l'action. Ils donnoient pour raison de cette opinion, qu'il paroissoit contradictoire de n'exiger que six mois, par exemple, pour éteindre l'action même, et d'exiger trois ans, et même trois ans et demi, pour éteindre la demande, qui n'est que l'exercice de l'action. Mais c'étoit une erreur: il est de principe que la demande perpétue l'action: *Actio quæ tempore perit, litis contestatione perpetuatur.* (Argument tiré des art. 330 et 957.) Si donc la péremption n'existoit pas, il seroit très-vrai de dire qu'une fois la demande formée, l'action seroit perpétuelle. Le Code de Procédure a consacré la péremption, et n'a déterminé qu'une seule espèce de délai pour toutes demandes, quelles qu'elles soient. *Toute instance*, dit l'art. 397 dudit Code, etc. Il faut donc tenir qu'il n'y a, quant à la péremption, nulle distinction à faire entre les diverses espèces d'actions, et que le même délai est exigé pour toutes, sauf que, si la péremption est acquise, comme la demande est alors censée n'avoir jamais existé, la prescription de l'action se trouve acquise en même temps.

PAGE 199.

(1) *Même mineures ou interdites.* Remarquez qu'en général, dans la prescription au-dessus de cinq ans, la faveur est pour le créancier contre lequel on prescrit; au lieu que, dans celles de cinq ans et au-dessous, qui sont fondées sur la présomption de payement, la faveur est pour celui qui prescrit. Cette distinction peut être utile pour la solution des questions qui peuvent s'élever à ce sujet.

(2) *S'ils ont connoissance que la chose soit encore due. Quid*, si les héritiers offrent d'affirmer, et que la veuve refuse, ou *vice versâ*? L'action sera prescrite à l'égard de ceux qui offrent, et pour leur part seulement. Il en est

BIU Cujas

de même entre les héritiers, si les uns offrent d'affirmer, et que les autres refusent.

Quid, si l'obligation est indivisible? Je pense qu'elle ne peut être exécutée en aucune manière; mais que l'on estimera le préjudice que l'inexécution cause au créancier; et que ceux qui refuseront d'affirmer, devront en payer leurs parts. (Argument tiré de l'art. 1232.)

(3) *En punition de la négligence du créancier.* Et d'ailleurs, pour ce qui concerne la prescription des arrérages, on a pensé que ce seroit souvent mettre le débiteur dans un grand embarras, que de venir lui demander, tout-à-la-fois, des arrérages accumulés, qu'il eût pu acquitter bien plus facilement chaque année.

(4) *En fait de meubles, etc., la simple possession vaut titre.* Cela ne veut pas dire seulement que celui qui possède un meuble, en est réputé propriétaire, jusqu'à preuve contraire; car cela est vrai, même à l'égard des immeubles, au moins, quand il y a possession d'an et jour. Mais cela signifie que celui qui possède un meuble, en est réputé tellement propriétaire, qu'à l'exception des deux cas dont il va être parlé, ceux de perte ou de vol, personne ne peut agir en revendication contre lui. C'est une disposition particulière, fondée sur la circulation rapide des biens meubles, et sur les entraves que le commerce éprouveroit, si, quand on achète un meuble, il falloit absolument, sous peine de courir le risque d'être évincé, s'assurer que le vendeur est propriétaire.

L'ancien propriétaire seroit-il admis à prouver que le possesseur étoit de mauvaise foi, quand il a acquis la possession? Oui; l'article 1241 paroît le décider.

Sous le nom de meubles, faut-il comprendre les rentes qui sont actuellement meubles? Je ne le pense pas. D'ailleurs, que pourroit-on entendre par ces mots, *simple possession*, appliqués aux rentes? Celui à qui on a payé un quartier d'une rente, peut dire qu'il est en possession. En conclura-t-on qu'il a droit de s'en faire payer à perpétuité, et sans être obligé de justifier d'aucun titre? Cela seroit absurde. Nous examinerons plus amplement la question, au Titre *du Prêt*. (*Voyez* au 3e. vol., note (2) de la page 194.)

Quid, s'il s'agit d'une universalité de meubles, *putà* d'une succession mobilière? Il s'agit alors, non de la prescription à l'effet d'acquérir, mais de celle à l'effet de se libérer de l'action dite *pétition d'hérédité*, prescription qui ne s'acquiert que par trente ans. D'ailleurs, il s'agit moins alors de la prescription des choses qui composent la succession, que de la prescription du droit même de succession. Or, il nous paroît démontré que l'article 2279 n'est point applicable aux choses incorporelles, même mobilières. Appliquez ce que nous venons de dire des rentes.

Au surplus, l'on conclut, avec assez de raison, de la disposition de cet article 2279, que l'action possessoire n'a pas lieu en fait de meubles. Car, puisque, dans le cas le plus favorable aux demandeurs, celui de la perte ou du vol, la

BIU Cujas

loi n'accorde que la revendication, ou ce qui est la même chose, l'action pétitoire, il faut en conclure que, dans aucun cas, le possessoire ne peut avoir lieu.

Observez que l'action en revendication d'une chose mobilière, dont la valeur est fixée par la demande à une somme qui n'excède pas cent francs, se porte devant le juge de paix, qui prononce même en dernier ressort, quand cette valeur n'excède pas 50 francs. (Loi du 24 août 1790, Tit. 3, art. 9.) *Secùs*, s'il s'agissoit d'une action immobilière, quel qu'en fût le montant.

(5) *Cependant, s'il s'agit d'une chose perdue ou volée.* Quels sont les cas, autres que ceux de perte ou de vol, auxquels soit applicable la règle, qu'*en fait de meubles la possession vaut titre?* C'est, par exemple, si l'on a acheté, de bonne foi, une chose déposée ou prêtée, du dépositaire ou du commodataire, et autres cas semblables. (*Voir* au 3e. vol., la note (2) de la p. 217; *Voir* aussi l'art. 1241.)

(6) *A compter du jour de la perte ou du vol.* Remarquez que ceci ne s'applique pas au voleur, qui ne peut invoquer que la prescription établie par les lois criminelles. (*Voyez* au 1er. vol., la note (11) de la page 25.)

(7) *Sans indemnité pour le possesseur, même de bonne foi*, et sauf le recours de ce dernier contre celui de qui il la tient.

PAGE 200.

(1) *Ou d'un marchand vendant des choses pareilles.* Ces exceptions ont été introduites en faveur du Commerce. Autrement, qui voudroit acheter? Au surplus, la disposition de l'article 2279 prouve qu'il n'est pas sûr d'acheter des objets mobiliers, de personnes qu'on ne connoît pas, et qui ne font pas commerce de choses semblables. Car si ces objets se trouvoient perdus ou volés, on se trouveroit obligé de les restituer sans indemnité.

(2) *La détention d'une chose, ou l'exercice d'un droit:* soit que l'on détienne ou que l'on exerce par soi-même, ou par un autre qui détient ou qui exerce en notre nom.

(3) *Précairement.* On entendoit par *précaire*, chez les Romains, un contrat qui ne différoit du prêt à usage, qu'en ce que, dans le précaire, il n'y avoit point de terme fixé pour la restitution de la chose, qui devoit être rendue à la première réquisition du prêteur. Dans notre droit, on entend, en général, par *possession précaire*, toute possession qui n'est pas à titre de propriétaire, *animo domini.*

(4) *Par quelque laps de temps que ce soit.* Il en est de même du dépositaire, du commodataire, etc. C'est par la même raison que le capitaine d'un navire ne peut en acquérir la propriété, par la prescription, parce qu'il possède toujours au nom de l'armateur. (*Cod. de Comm.*, art. 430.)

Mais, pourra-t-on dire, les actions de dépôt, de commodat, ne sont-elles pas prescriptibles par trente ans, comme les autres actions? Et alors, si le dé-

BIU Cujas

positaire, ou le commodataire n'acquièrent pas directement la propriété par la prescription à l'effet d'acquérir, ne l'acquerront-ils pas du moins indirectement par la prescription à l'effet de se libérer, puisqu'il n'existera plus d'action efficace pour les obliger à restituer ?

Je réponds qu'ils peuvent être effectivement libérés par trente ans, de l'action personnelle du commodat; mais qu'ils ne le sont pas de l'action réelle ou en revendication, parce que le vice de leur titre les empêche de pouvoir opposer la prescription à l'effet d'acquérir, Ils sont donc libérés de toutes les prestations personnelles qui ne pourroient être exigées d'eux que par l'action du dépôt ou du commodat. Ils le sont même du prix de la chose, si elle a péri par leur faute. Mais si la chose est entre leurs mains, elle peut être revendiquée par le propriétaire. *Quid*, s'ils l'ont vendue, donnée, etc. ? Alors, ils ont commis un vol, punissable correctionnellement, ainsi qu'il est dit au Code Pénal, article 408; et il y a lieu d'appliquer la prescription établie en matière correctionnelle. (*Code Pén.*, art. 637 et 638.)

(5) *Et qu'ils sont tenus de leurs faits.* Quelques auteurs avoient prétendu que les héritiers de l'usufruitier pouvoient prescrire, attendu qu'on ne peut pas dire d'eux, qu'ils possèdent au même titre que le défunt, puisque l'usufruit finit par la mort de l'usufruitier. Cependant l'opinion contraire avoit prévalu; et elle est confirmée par l'article 2237 du Code.

(6) *Ceux-là peuvent prescrire. Nec obstat* la règle : *nemo plus juris in alium transferre potest quàm ipse habet.* Car ici, celui qui prescrit, ne tient pas le droit de prescrire, du fermier, du dépositaire; il le tient directement de la loi, qui a dit, que celui qui possède une chose à titre de propriétaire, peut en acquérir la propriété par la prescription.

Quid, si l'acquéreur connoît le vice de la possession de son vendeur ? Il faut distinguer : S'il s'agit d'un immeuble, il en résultera seulement cette différence dans le for extérieur, que la prescription ne se complétera que par trente ans, tandis que dix ou vingt ans auroient suffi, si l'acquéreur avoit été de bonne foi.

S'il s'agit d'un meuble, comme celui qui aliène la chose dont il n'a qu'une possession précaire, commet un vol, ainsi que nous l'avons dit plus haut, celui qui l'acquiert sciemment, est complice du délit, passible conséquemment des mêmes peines, et peut invoquer les mêmes prescriptions. S'il n'est pas prouvé qu'il ait eu connoissance du vice de la possession de son vendeur, l'on appliquera à son égard la disposition des articles 2279 et 2280.

PAGE 201.

(1) *A l'effet de prescrire.* J'ai ajouté ces mots, parce qu'il y a des cas où la possession peut être acquise *ignoranti.* (*L.* 1. Cod. *De acquir. vel retin. possess.*) Ainsi, j'ai chargé quelqu'un d'acheter en mon nom un héritage : mon mandataire a fait l'achat, et a pris livraison également en mon nom. La posses-

BIU Cujas

sion m'en est acquise, aussitôt qu'elle lui a été livrée, et quoique j'ignore encore la livraison : mais la prescription ne pourra commencer que du moment où j'en aurai eu connoissance. (*Dictâ L.* 1.) Mais, à cet égard, il faut observer :

1°. Que, pour que je puisse acquérir, *etiam ignorans*, la possession d'une chose reçue par un autre, il faut premièrement, que cette personne ait été chargée par moi de recevoir cette chose. Autrement, quand même elle l'auroit reçue en mon nom, je n'en acquerrai la possession que du moment que j'aurai ratifié l'acquisition. (*L.* 42, §. 1, ff. *Eod.*) En effet, en donnant le mandat d'acquérir la chose, j'avois l'intention d'en acquérir la possession ; intention qu'on ne peut supposer dans le second cas. Il faut 2°., que celui que j'ai chargé d'acquérir, ait acquis pour moi ; car s'il a reçu la chose en son propre nom, je n'en acquiers la possession que du moment qu'il me l'aura effectivement livrée. (*L.* 1. §. 20, ff. *Eod.*)

2°. Que le principe d'après lequel on ne peut prescrire la chose que l'on possède *ignorans*, que du moment où l'on a connoissance qu'elle a été livrée à celui que l'on a chargé de l'acquérir, ne doit s'appliquer qu'à la prescription de dix ou vingt ans, qui exige titre et bonne foi. En effet, ce principe est fondé sur ce que la bonne foi est l'opinion où l'on est que l'on est propriétaire. Or, on ne peut avoir cette opinion, avant de savoir que la chose a été acquise par celui que l'on en a chargé. Mais cela ne peut s'appliquer à la prescription trentenaire, qui n'exige ni titre ni bonne foi, et qui est plutôt une exclusion de l'action du propriétaire, qu'une acquisition de la propriété.

(2) *Qu'il ne connoît pas ;* et quand même il le connoîtroit, il ne commencera à le posséder que du moment qu'il l'aura appréhendé, parce que *possessio solo animo non adquiritur.* (*L.* 3., §. 3., ff. *De adquir. vel amitt. posses.*)

(3) *Les actes de violence.* Soit que la violence ait été exercée contre le propriétaire ou contre tout autre possesseur ; si, en un mot, la possession a été acquise par violence. (*L.* 8, ff. *de Vi et de vi armatâ.*)

Quid, si la possession acquise paisiblement dans le principe, a été retenue par violence ? il faut distinguer : Si c'est contre le véritable propriétaire que la possession a été retenue, elle est censée violente : *Vi intelligitur possidere*, dit la loi 6, §. 1, ff. *de Adquir. vel amitt. possess. Secùs*, si c'est contre un tiers qui ne tenoit pas son droit du propriétaire. (*L.* 1, §. 28, ff. *de Vi et de vi armatâ*, qui doit être entendue de ce cas.)

(4) *Mais elle peut commencer, lorsque la violence a cessé.* Que veulent dire ces mots, *lorsque la violence a cessé ?* Chez les Romains, non-seulement le spoliateur, mais encore celui qui avoit acquis de lui, même de bonne foi, ne pouvoit prescrire. La violence imprimoit à la chose enlevée un vice qui empêchoit la prescription à l'égard de qui que ce fût, jusqu'à ce que le vice eût été purgé, c'est-à-dire, jusqu'à ce que la chose fût revenue dans les mains du propriétaire. Dans le droit actuel, comment doit-on entendre la cessation de

BIU Cujas

la violence ? D'abord, s'il s'agit d'une chose mobilière, il y a vol, et même vol punissable criminellement (*Code Pénal*, art. 385) : on appliquera donc au spoliateur la prescription établie en matière criminelle. S'il s'agit d'un immeuble, quand peut-on dire que la violence a cessé ? Comme c'est le principe de la possession qu'il faut considérer, pour déterminer son caractère, *illud sciendum est, non omnibus momentis vim esse faciendam, sed semel inter initia facta perseverat* (*L.* 3, §. 1, ff. *Quod vi aut clàm*) : de là il suit que la possession, une fois acquise par violence, continue d'avoir le même caractère, quand même elle deviendroit paisible et tranquille par la suite. Ce principe est consacré d'abord par les art. 2230 et 2231, qui prouvent qu'en matière de possession, c'est toujours le commencement qu'il faut considérer ; et en second lieu, par l'article même 2233 du Code, portant que les actes de violence ne peuvent *fonder* une possession capable d'opérer la prescription. Il suffit donc que la possession soit *fondée* sur un acte de violence, pour qu'elle ne puisse servir de base à la prescription : *Semel inter initia facta perseverat.* Il me semble, d'après cela, qu'il faut entendre la cessation de la violence, du cas où celui qui a acquis la possession par violence, a acquis une nouvelle possession du même objet, à un nouveau titre. *Nec obstat* le premier alinéa de l'article 2233, qui porte que, *la possession utile commence, lorsque la violence a cessé ;* car il y est dit, *la possession utile.* Or, il résulte des lois précitées, et de l'article même 2233, *in principio*, que la possession *fondée* sur un acte de violence, c'est-à-dire, qui a commencé par la violence, ne peut être *utile* pour la prescription. Donc il faut entendre le premier alinéa, du cas où celui qui prescrit l'objet, en a acquis la possession à un nouveau titre ; ou plutôt je pense que cet alinéa n'a eu d'autre motif que d'abroger le principe du droit Romain, d'après lequel, comme nous venons de le dire, le vice de la violence ne pouvoit être purgé que par le retour de la chose dans la main du propriétaire : tandis que, dans le droit actuel, il suffit que le titre de la possession primitive ait été interverti, soit par le propriétaire, soit par un tiers, pour que la chose devienne prescriptible. A la vérité, les *motifs* paroissent dire le contraire. Mais encore une fois, comment déterminer autrement l'époque à laquelle la possession cesse d'être fondée sur la violence ?

(5) *Par les présomptions suivantes*, qui sont seulement des présomptions *juris*, puisqu'elles n'excluent pas la preuve contraire.

PAGE 202.

(1) *Les actes de pure faculté, et ceux de simple tolérance*, parce que celui au profit de qui ces actes ont eu lieu, ne peut dire qu'il a possédé pour lui-même, et à titre de propriétaire. Au surplus, pour bien déterminer ce que l'on doit entendre par actes de faculté ou de tolérance, et pour concilier le

BIU Cujas

principe contenu dans l'art. 2232, avec le droit d'acquérir les servitudes par prescription, consacré par l'article 690, il faut entrer dans quelques détail.

D'abord, qu'entend-on par acte de pure faculté, distingué de l'acte de tolérance? Voici, du moins à mon avis, la règle que l'on peut suivre à cet égard.

Il faut supposer un instant que l'on peut acquérir un droit quelconque en vertu de ces actes, et voir, dans cette hypothèse, si le droit que l'on acquerroit, seroit une servitude affirmative ou une servitude négative. Dans le premier cas, l'acte est de tolérance; dans le second, il est de faculté. Des espèces éclairciront mieux la question.

J'ai été cent ans sans bâtir sur mon terrain, quoique j'eusse le droit de le faire. S'il étoit possible que, de ce fait de non-construction, il résultât un droit en faveur du propriétaire voisin, ce seroit une servitude négative: donc l'acte est de ma part un acte de faculté.

J'ai laissé cent ans paître des bestiaux sur une terre en friche. Si les propriétaires de ces bestiaux pouvoient acquérir un droit en vertu de cette permission, ce seroit une servitude affirmative. L'acte est donc de ma part un acte de tolérance.

Il est clair que, dans ces deux espèces, la prescription ne peut avoir lieu, et que, par conséquent, il est vrai de dire que, dans tous les cas pareils, les actes de faculté ou de tolérance ne peuvent donner lieu à la prescription. Mais, cependant, dira-t-on, puisqu'il y a des servitudes qui peuvent s'acquérir sans titre, et par la prescription, et que, dans ce cas, la possession ne peut être fondée que sur un acte de faculté ou de tolérance, de la part du propriétaire du fonds servant, le principe consacré dans l'article 2232, n'est donc pas généralement vrai: et alors, comment reconnoître les cas d'exception?

La réponse à cette question se trouve dans l'article 690, d'où il résulte qu'il n'y a que les servitudes apparentes qui puissent s'acquérir par la prescription; c'est-à-dire, celles qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs. « Or, dans « ce cas, dit l'Orateur du Conseil-d'Etat (*Discours de présentation de la loi « sur les servitudes*), quand il existe des travaux apparens, il en résulte une « possession qui, lorsqu'elle est accompagnée d'actes patens et spéciaux, « répétés pendant trente ans, peut être considérée comme la suite d'arrange- « mens passés entre les deux propriétaires ou leurs auteurs. »

Et ailleurs: « Des actes journaliers et patens, exercés pendant si long- « temps, sans aucune réclamation, ont un caractère propre à faire présumer « le consentement du propriétaire voisin: le titre même a pu se perdre; mais « la possession reste, et ses effets ne sauroient être écartés sans injustice. »

Donc, lorsqu'il y a des ouvrages existans depuis trente ans, on doit présumer qu'il y a eu, non pas seulement une simple tolérance, mais encore des arrangemens particuliers, dont la trace s'est perdue.

Remarquez, au surplus, que la disposition de l'article 2232 ne peut s'ap-

BIU Cujas

pliquer qu'à la prescription à l'effet d'acquérir. La prescription à l'effet de se libérer est, en effet, toujours fondée sur un acte de faculté de la part du créancier. Certainement rien n'est plus facultatif que les poursuites à exercer par lui contre son débiteur.

(2) *Soit par une cause venant d'un tiers.* J'ai pris un fonds à bail de Paul. Tant que les choses restent dans cet état, je ne puis prescrire, eussé-je été cinquante ans sans payer de loyers. Mais Jacques se présente comme étant propriétaire de ce même fonds, n'importe à quel titre. Il me le vend : je puis prescrire contre Paul, à dater du jour de la vente qui m'a été faite par Jacques.

Mais *quid*, s'il étoit prouvé que le fermier savoit que Jacques n'étoit point propriétaire ? Je pense que, dans ce cas particulier, la prescription ne peut avoir lieu, même par trente ans. Il est évident, en effet, qu'on regarderoit Jacques comme un homme de paille aposté par le fermier ; et le principe de la possession seroit censé alors interverti par le fermier seul ; ce qui rentreroit dans le cas de l'article 2240.

(3) *Soit par la contradiction.* Il faut qu'il y ait eu contradiction. Ainsi, comme nous venons de le dire, un fermier, eût-il été cinquante ans sans payer de fermages, n'a point interverti son titre, s'il n'a pas été poursuivi. Seulement l'action en payement est prescrite pour toutes les années antérieures aux cinq dernières. (Art. 2277.) Mais si, assigné en payement des fermages, il a refusé, se prétendant propriétaire, il a interverti, et peut, dès-lors, prescrire, si le propriétaire ne fait aucunes poursuites ultérieures. On ne peut dire qu'il s'est changé à lui seul le titre de sa possession ; le propriétaire est censé y avoir concouru par la cessation de poursuites : *Qui non prohibet, cùm prohibere possit, consentire videtur.*

Remarquez cette différence entre ces deux cas d'interversion, que, dans le premier, celui de la note précédente, comme il faut, ainsi que nous l'avons dit, que le fermier soit dans la bonne foi, il pourra alors prescrire par dix ou vingt ans, au lieu que, dans l'espèce de la présente note, comme au contraire le fermier est de mauvaise foi, il ne pourra prescrire que par trente ans.

(4) *Ne s'applique point à la prescription à l'effet de se libérer :* parce qu'en effet, dans cette espèce de prescription, on prescrit toujours contre son titre.

(5) *Et qui prouve.* C'est donc à celui qui allègue la possession, à la prouver. Mais comment se fera cette preuve ? 1°. Par des actes de possession ; tels que des baux, les rôles d'impositions ; et 2°. par la preuve testimoniale. La possession est un fait, dont on ne peut pas toujours se procurer la preuve écrite. Dunod, *des Prescript.*, chap. IV, pense même, et avec fondement, que celui qui possède, et qui a un titre, doit, jusqu'à preuve contraire, être présumé avoir possédé depuis la date du titre.

(6) *Sauf la preuve contraire.* Quel devra être l'objet de cette preuve ?

BIU Cujas

Suffira-t-il de prouver que celui qui invoque la prescription, n'a pas possédé corporellement pendant tout le temps intermédiaire ? Non. La possession s'acquiert, à la vérité, *corpore et animo*, mais *solo animo retinetur*, tant qu'un autre ne possède pas. Il faudra donc prouver que l'objet a été possédé par une autre personne, pendant plus d'un an (art. 2243); ou au moins, que la prescription a été interrompue, soit civilement, de la manière indiquée par l'art. 2244, soit naturellement, par la reconnoissance du possesseur. (Art. 2248.)

(7) *Pendant plus d'un an.* Il faut plus d'un an pour avoir acquis la possession à l'effet d'intenter l'action possessoire. (*Cod. de Proc.*, art. 23.) Il faut donc le même temps pour la perdre.

Quid, si celui qui prescrivoit, a été dépouillé par violence ? S'il a cessé de posséder pendant plus d'un an, la prescription n'en est pas moins interrompue. (*L.* 5, ff. *de Usurpat.*) C'étoit à lui à intenter la réintégrande ; et alors il seroit censé n'avoir pas cessé de posséder. (*L.* 17, ff. *de adquir. vel amitt. possess.*)

(8) *A été reconnu par le possesseur.* Si, par exemple, il est prouvé que le fermier qui avoit interverti le titre de sa possession, a, depuis, payé le loyer ou fermage.

PAGE 203.

(1) *Mais qu'il est nul par défaut de forme.* Ainsi, il faut bien distinguer le titre nul, du titre vicieux. Le titre nul ne peut servir pour la prescription ; mais il ne l'empêche pas. Le titre vicieux l'empêche. On entend par titre vicieux celui qui ne donne qu'une possession précaire de l'objet, comme un bail, une concession d'usufruit.

Il faut bien prendre garde, au surplus, qu'il ne s'agit pas, dans l'article 2267, du cas où l'on a acquis par un titre nul, du véritable propriétaire; car alors l'on n'a pas besoin de la prescription à l'effet d'acquérir. Il suffit que la nullité ne soit pas demandée dans le délai prescrit par la loi. Il s'agit du cas où l'on a acquis par un titre nul, d'une personne qui n'étoit pas propriétaire. Le véritable propriétaire revendique, quelle prescription pourra lui être opposée ? Sera-ce celle de dix ou vingt ans ? L'article décide que non, parce que, le titre étant nul, c'est comme s'il n'y en avoit pas. Or, pour cette prescription, il faut absolument un titre.

Mais, dira-t-on, l'action en nullité ne durant que dix ans, il en résulte qu'après ces dix ans, le titre ne peut plus être attaqué ; il devient donc valable, et la prescription doit commencer à courir. Donc, au moins après dix ans, le titre qui étoit nul, dans le principe, par défaut de forme, peut servir de base à la prescription de dix ou vingt ans.

Je réponds qu'un titre nul par défaut de forme, est toujours nul, et à l'égard de tous, même après l'expiration du délai établi par l'article 1304. A la

BIU Cujas

vérité, la nullité ne peut plus en être demandée par celui qui y a été partie, ses successeurs ou ayant-cause ; mais il n'en est pas moins vrai que, même alors, celui qui n'a qu'un semblable titre en sa faveur, retient la chose, moins en vertu de son titre, que parce que celui qui la réclame, est non-recevable à l'attaquer ; *non propriojure, sed defectu juris alieni.* Ainsi, un immeuble a été donné par acte sous seing-privé. Le donateur est mort, et dix ans se sont écoulés depuis son décès. Ses héritiers réclament l'immeuble. Le donataire leur opposera avec raison l'exception tirée de ce qu'ils ont laissé écouler le délai accordé par la loi pour intenter leur action. Il sera donc renvoyé de la demande, non qu'il soit réellement propriétaire de l'objet réclamé, mais parce que ses adversaires sont non-recevables à contester son droit. Il est rangé à-peu-près sur la même ligne que le possesseur qui retient la chose, sans avoir besoin de prouver qu'il est propriétaire, toutes les fois qu'un autre ne prouve pas que la propriété lui appartient. Mais il est clair que la fin de non-recevoir, résultant de l'expiration du délai fixé par l'article 1304, ne peut être opposée qu'à ceux qui, ayant été parties dans l'acte, soit par eux-mêmes, soit par ceux qu'ils représentent, sont obligés, pour en paralyser l'effet, d'en faire prononcer la nullité, et qui n'ont pas d'autre moyen de se faire restituer la chose dont il s'agit. Mais ici, le propriétaire n'a pas été partie dans l'acte, qui par conséquent lui est absolument étranger. Il n'a donc pas besoin de l'action en nullité. Il agit par l'action en revendication : si on lui oppose la prescription de dix ou vingt ans, il répliquera par le défaut du titre, dans lequel il n'a été partie, ni par lui-même, ni par ceux qu'il représente, et dont il est d'ailleurs toujours à temps d'opposer la nullité : *Perpetua ad excipiendum.* D'ailleurs il faut tenir, comme on tenoit anciennement, que le délai de la demande en rescision ne commenceroit, dans tous les cas, à courir contre ceux qui n'ont pas été parties dans l'acte, que du jour qu'ils en ont eu connoissance, c'est-à-dire, qu'il leur a été opposé. (*Voir* Rousseaud de La Combe, *verbo* restitution en entier, section 1re., nº. 5.) Jusques-là en effet, l'on est censé ignorer en vertu de quel titre le possesseur de l'objet en a acquis la possession.

Quid, si le titre est nul au fond? Je pense qu'il faut distinguer : Si la nullité étoit d'ordre public; *putà*, s'il a une cause illicite, ou si c'est un pacte sur une succession future ; comme un pareil titre ne peut être opposé, et que, d'ailleurs, la nullité peut en être demandée par tous ceux qui ont intérêt, c'est comme s'il n'y avoit pas de titre; et par conséquent la prescription de dix ou vingt ans, ne pourra avoir lieu. Mais si la nullité n'étoit que relative, comme elle n'existe réellement qu'à l'égard de ceux dans l'intérêt desquels elle est établie, il est évident qu'à l'égard de tous autres, le titre est présumé valable, et peut servir en conséquence de base à la prescription.

BIU Cujas

(2) *Il est prouvé*, parce que la bonne foi se présume toujours, comme nous allons voir.

(3) *Le legs*, à titre particulier, mais non le legs universel, ou à titre universel. Ces deux derniers légataires sont successeurs à titre universel, puisqu'ils sont tenus des dettes : *Succedunt in jus et vitia defuncti.* Il faut donc leur appliquer ce que nous dirons plus bas de l'héritier. (*Voir* POTHIER, *de la Prescription*, n°. 118.)

Le partage seroit-il un juste titre? A l'égard des héritiers, non; parce que, comme nous l'avons vu au Titre *des Successions*, chaque copartageant n'acquiert rien de ses cohéritiers. Il est censé tenir le tout immédiatement du défunt. Il ne peut donc prescrire qu'autant, et comme le défunt pouvoit prescrire.

Quid, à l'égard des associés? Pour résoudre cette question, il faut entrer dans quelques détails.

Nous verrons au Titre *de la Société*, que toutes les règles du partage entre cohéritiers, s'appliquent au partage entre associés. Il faut donc tenir que ce dernier partage est, comme le premier, seulement déclaratif de propriété. Delà il suit que l'associé copartageant n'est censé rien tenir de ses co-associés; que, si les choses qui lui tombent en partage, sont celles qu'il a mises dans la société, il est censé les posséder au même titre qu'il les possédoit au moment de l'apport; que, si ce sont d'autres choses, il est présumé en avoir été propriétaire, du moment qu'elles ont été mises daus la société. Il faut remarquer, d'un autre côté, que la société est un être moral, dans la personne duquel la possession est censée continuer.

Cela posé, nous allons parcourir les divers cas qui peuvent se rencontrer. Voyons d'abord celui où l'immeuble a été apporté par un des associés.

Si celui qui a apporté l'immeuble pouvoit prescrire, c'est-à-dire, s'il ne possédoit pas à titre précaire, la prescription commencée dans sa personne, continuera au profit de la société; si elle se complète pendant que dure la société, la société est devenue propriétaire; et au moment de la dissolution, le partage se fait, comme si l'immeuble avoit appartenu de tout temps à la société. Si la prescription n'est pas accomplie avant la dissolution de la société, elle continue de courir au profit de l'associé auquel l'objet échoit par le partage.

Quant au temps requis pour la prescription, il faut distinguer : Si l'associé qui a apporté l'immeuble étoit de bonne foi, alors il suffira de la prescription de dix ou vingt ans. Si cependant, par l'effet du partage, l'immeuble tomboit dans le lot d'un associé de mauvaise foi, celui-ci ne pourroit prescrire que par trente ans, à compter du jour que celui qui a apporté l'immeuble, a commencé à posséder.

Si l'associé qui a apporté, étoit de mauvaise foi, il faut encore distinguer : Si l'immeuble lui tombe par l'effet du partage, comme il est toujours censé le

BIU Cujas

posséder au même titre, il aura besoin de la prescription trentenaire pour en acquérir la propriété. Il en est de même s'il tombe à un autre associé, qui soit également de mauvaise foi ; mais si cet autre associé est de bonne foi, il pourra prescrire par dix ou vingt ans, mais à compter du partage seulement. Ce n'est pas que son titre d'acquisition ne soit censé remonter au moment où l'objet a été mis dans la société par son co-associé, et qu'il ne soit même censé posséder, à compter de cette époque ; mais c'est que, pour la prescription de dix ou vingt ans, il ne suffit pas d'avoir acquis et de posséder ; il faut encore savoir que l'on a acquis, et que l'on possède (*L.* 47, ff. *de Usurpat.*) ; car, pour cette prescription, il faut la bonne foi, qui est *justa opinio quœsiti dominii.* Or, pour avoir une opinion juste, il faut commencer par avoir l'opinion : *Oportet priùs esse, quàm esse talis.* On ne peut donc avoir la bonne foi, c'est-à-dire, l'opinion juste que l'on est propriétaire, que du moment que l'on sait que l'immeuble nous est acquis. Or, dans l'espèce, l'associé n'a cette connoissance que du moment du partage : la prescription ne peut donc courir que de ce même moment. Il peut, au surplus, s'il y trouve quelqu'avantage, renoncer à cette prescription, pour s'en tenir à celle de trente ans ; et alors il pourra compter, non-seulement le temps de la possession de celui qui a apporté la chose à la société, mais encore le temps de la possession de la société même, et de la sienne propre.

Si l'associé qui a apporté, possédoit à titre précaire, on appliquera les mêmes dispositions ; sauf que la prescription trentenaire ne commencera à courir que du jours que l'immeuble aura été apporté à la société ; et que, s'il tombe à l'associé qui l'a apporté, il ne pourra jamais opposer la prescription.

Si l'objet a été acquis par la société pendant sa durée, comment décidera-t-on s'il a été acquis de bonne ou de mauvaise foi ? Je pense qu'il faudra considérer la bonne ou la mauvaise foi de celui qui étoit chargé de faire les achats pour le compte de la société, et appliquer les principes en conséquence. (Argument tiré de la loi 2, §. 10, ff. *pro Emptore.*)

Quid, entre époux mariés sous le régime de la communauté ? Il faut apporter à-peu-près les mêmes distinctions, sauf les modifications suivantes :

Si l'immeuble a été apporté par le mari, et qu'il l'ait acquis de bonne foi, comme c'est lui qui possède tant que dure la communauté, la prescription de dix ou vingt ans continue de courir pendant la communauté, et après sa dissolution, au profit de celui des époux dans le lot duquel tombera l'immeuble.

Si le mari étoit de mauvaise foi, mais que néanmoins son titre ne fût pas vicieux, la prescription trentenaire commencée dans sa personne, continuera pendant le mariage, et même après le mariage, soit que l'immeuble tombe dans son lot, ou dans celui de sa femme. Dans ce dernier cas cependant, si la femme est de bonne foi, elle pourra prescrire par dix ou vingt ans, mais à compter du

BIU Cujas

partage seulement. Si le titre du mari étoit vicieux, la prescription ne pourra courir tant que durera la communauté.

Si l'immeuble a été apporté par la femme de bonne foi, on appliquera ce qui vient d'être dit pour le cas où il a été apporté par le mari de bonne foi. Si cependant le mari étoit de mauvaise foi, je pense qu'il ne peut y avoir lieu qu'à la prescription de trente ans. Je fonde cette opinion sur ce que la possession de la femme mariée sous le régime de la communauté, cesse du moment du mariage pour passer à la communauté, représentée par le mari. Il faut donc, dans ce cas, considérer la communauté, c'est-à-dire, le mari, comme un acquéreur à titre singulier. Or, un semblable acquéreur, s'il est de mauvaise foi, ne peut, nonobstant la bonne foi de son auteur, prescrire par dix ou vingt ans. Donc, dans l'espèce, la communauté, ou le mari, ne pourra prescrire que par trente ans; mais alors il pourra joindre au temps de sa possession, celle que sa femme avoit au moment du mariage.

Quid, si, par l'effet du partage, l'immeuble tombe à la femme? Si elle est encore de bonne foi à cette époque, elle pourra prescrire par dix ou vingt ans, mais à compter du partage seulement. Sa possession antérieure au mariage ne pourra lui profiter, puisqu'elle a été interrompue par la possession du mari, qui étoit de mauvaise foi. Si cependant le mariage avoit duré moins d'une année, la prescription ne seroit pas censée avoir été interrompue. Si la femme étoit de mauvaise foi à l'époque du partage, elle ne pourra faire valoir que la prescription de trente ans; mais alors elle pourra joindre à sa possession actuelle, celle qu'elle a eue antérieurement au mariage, et celle qui a eu lieu pendant le mariage même. Il en est de même, si, quoiqu'étant de bonne foi, elle trouve plus d'avantage à invoquer la prescription trentenaire.

Si la femme qui a apporté l'immeuble, étoit de mauvaise foi, mais que le mari fût de bonne foi, alors la prescription de dix ou vingt ans courra pendant la communauté; et si l'immeuble tombe au mari, il en demeurera propriétaire, si la prescription s'est accomplie pendant la communauté; sinon, elle continuera de courir à son profit.

Si l'immeuble tombe à la femme, elle ne pourra prescrire qu'autant qu'il se sera écoulé trente ans depuis qu'elle a commencé à posséder avant le mariage, et cela quand même la prescription de dix ou vingt ans se seroit accomplie pendant la communauté. Car dans ce cas, quoique la femme eût cessé de posséder, elle étoit toujours néanmoins passible de l'action réelle, *quia dolo desierat possidere*. Cette action qui étoit née du moment qu'elle avoit commencé à posséder, ne pouvoit être prescrite que par trente ans. Donc, etc.

(4) *De la chose qu'il possède*. Et comme on ne peut dire que celui qui ignore qu'il a acquis, croit être propriétaire, il s'ensuit, comme nous l'avons dit, que, si mon procureur a acheté un héritage en mon nom, sans que je le sache, quoique je possède, par lui, l'héritage du moment qu'il lui a été livré, néanmoins

BIU Cujas

la prescription de dix ou vingt ans ne commencera à courir à mon profit, que du jour où j'aurai été informé de l'acquisition. (*L.* 47, ff. *de Usurpat.*) *Secùs*, s'il s'agissoit de la prescription de trente ans.

L'erreur de droit peut-elle servir de base à la prescription de dix ou vingt ans? Non. (*L.* 31, ff. *de Usurpat.*, et argument tiré de l'art. 2267.) Ce n'est pas qu'on doive être regardé comme étant de mauvaise foi, parce qu'on erre sur le droit (*L.* 25, §. 6, ff. *de Heredit. petit.*); mais c'est parce qu'en général, l'ignorance de droit *non prodest adquirere volentibus.* (*L.* 7, ff. *de Juris et facti ignor.*)

(5) *Au moment de l'acquisition.* On a admis le principe du droit Romain, d'après lequel, *mala fides superveniens non interrumpit usucapionem.* Avant le Code, on suivoit le droit canonique, qui exigeoit la bonne foi pendant tout le temps de la possession.

Mais que doit-on entendre par *le moment de l'acquisition?* Dans le droit Romain, et dans l'ancien droit Français, il n'y avoit pas de difficulté, parce que la propriété ne s'acquéroit que par la tradition. Or, la tradition étoit la mise en possession. L'on acquéroit donc en même temps et la propriété, et la possession; il falloit donc que la bonne foi existât, non-seulement au moment du contrat, mais encore au moment de la tradition. Actuellement que la propriété s'acquiert au moment du contrat, et par le contrat même, suffit-il que la bonne foi existe au moment du contrat, ou faut-il qu'elle continue jusqu'à la tradition? Et en second lieu, la prescription courra-t-elle au profit de l'acquéreur, du moment du contrat, ou seulement du moment de la tradition? Je pense, sur le premier point, que, même d'après les principes du droit Romain, il suffit actuellement que la bonne foi existe au moment du contrat, puisque c'est de ce moment que l'acquéreur est censé devenir propriétaire, comme il le devenoit anciennement par la tradition. Quant à la seconde question, elle paroît plus difficile; car, pour pouvoir prescrire, il faut posséder. Or, si la propriété peut s'acquérir *animo solo*, il n'en est pas de même de la possession, qui ne peut s'acquérir que *corpore et animo.* (L. 3, §. 1, ff. *de Adquir. vel amitt. posses.*) *La possession est la détention d'une chose*, dit l'article 2228; mais d'un autre côté, la possession ne peut s'acquérir *corpore*, que par la tradition. Il paroît donc plus conforme aux principes, de décider, que même encore actuellement, la prescription ne peut courir que du jour de la tradition.

(6) *Lorsqu'il habite.* Il paroît que ce n'est que la résidence, et non le domicile, que l'on considère. Et effectivement cela est plus conséquent. On veut que le propriétaire ait été à portée de voir que son immeuble étoit possédé par un autre. Or, cela lui est bien plus facile, quand l'immeuble est dans le lieu de sa résidence ou dans un lieu voisin.

(7) *Est situé l'immeuble que l'on prescrit.* C'est encore un changement à l'ancien droit, et fondé en raison. Anciennement, on ne considéroit la présence

BIU Cujas

ou la non présence du propriétaire, que relativement à la personne qui prescrivoit. Quand ils demeuroient tous deux dans le ressort du même bailliage, il y avoit présence; sinon, il y avoit absence. On a bien mieux fait de ne considérer la présence, que relativement à l'immeuble même. Que me serviroit de demeurer dans le même ressort, ou dans la même ville que Pierre? En serois-je mieux instruit qu'il a acquis et qu'il possède, par un fermier, un de mes immeubles situés à cent lieues de là? Certainement, j'en serai bien plus facilement informé, si je demeure dans le voisinage de l'immeuble même. De là il résulte que, si l'on prescrit contre l'Etat, il ne faut, dans tous les cas, que dix ans. L'Etat est toujours censé présent par l'organe de ses agens.

(8) *Pour une de présence.* Si donc le propriétaire a, par exemple, demeuré six ans dans le ressort, et le surplus du temps hors du ressort, il faudra quatorze ans pour prescrire l'immeuble.

Il est évident qu'il y a une erreur de rédaction dans l'article 2266; car dans l'espèce que nous venons de poser, si l'on suivoit l'article à la lettre, il faudroit ajouter à ce qui manque aux dix ans de présence, c'est-à-dire, à quatre ans, un nombre d'années double de ce qui manque, c'est-à-dire huit, ce qui feroit douze ans, et ce qui n'auroit aucun sens. Mais il est clair qu'on a voulu dire ce que nous avons dit dans le texte.

(9) *Universel ou particulier.* Ceci a besoin d'explication. En effet, il est constant d'abord, que, si le titre de l'auteur étoit vicieux, c'est-à-dire précaire, le successeur à titre universel, même de bonne foi, ne pourra prescrire: *Succedit enim in vitia defuncti.* (*L.* 2, Cod. *de Fructibus.*) Et si l'auteur, sans avoir de titre vicieux, a cependant acquis de mauvaise foi, le successeur universel, même de bonne foi, ne pourra prescrire que par trente ans; en un mot, il n'a point d'autre titre, d'autre possession, que ceux de son auteur; et il ne peut prescrire, qu'autant, et de la même manière que son auteur pouvoit prescrire lui-même.

Quant au successeur à titre singulier, il a une cause de possession qui lui est propre; il ne succède pas aux vices de son auteur. En conséquence, la mauvaise foi de celui-ci ne peut lui préjudicier; il pourra donc toujours, s'il est de bonne foi, prescrire par dix ou vingt ans, à compter du moment où il a commencé de posséder, *potest à semetipso incipere usucapionem.* Mais cela est, à son égard, de pure faculté; il peut donc joindre à sa possession celle de son auteur, s'il y trouve plus d'avantage. Dans le principe, en droit Romain, cette jonction de possession n'avoit lieu pour l'usucapion, qu'à l'égard du successeur universel. Un rescrit des empereurs Sévère et Antonin avoit étendu cette faveur au vendeur et à l'acheteur (§. 8, *Instit. de Usucap.*); et les jurisconsultes l'ont appliqué ensuite à tous les successeurs à titre singulier. Mais il faut remarquer que la possession de l'auteur et celle du successeur, quoique réunies, n'en font pas moins deux possessions distinctes. C'est en

BIU Cujas

quoi cette jonction de possessions diffère de celle qui a lieu du défunt à l'héritier. Dans ce dernier cas, les deux possessions se confondent *ipso jure* : c'est toujours la possesssion du défunt qui, comme nous l'avons dit, continue dans la personne de l'héritier. C'est donc le principe de cette possession seule qu'il faut considérer, sans aucun égard à la bonne ou à la mauvaise foi de l'héritier.

Il n'en est pas de même à l'égard du successeur à titre singulier. Il peut, à la vérité, joindre à sa possession celle de son auteur; mais ces deux possessions n'en sont pas moins séparées; et il n'en faut pas moins considérer le principe de la possession du successeur, pour déterminer la nature de la prescription qu'il pourra opposer.

De là il suit que, nonobstant la bonne foi de l'auteur, le successeur de mauvaise foi aura toujours besoin de la prescription trentenaire. (*L.* 2, §. 17, *pro Empt.*), pour le complément de laquelle il pourra, à la vérité, joindre à sa possession celle de son auteur.

Et réciproquement, si l'auteur est de mauvaise foi, le successeur de bonne foi, comme nous venons de le voir, n'en pourra pas moins prescrire par dix ou vingt ans; mais alors la prescription ne courra que du moment qu'il a commencé à posséder : comme aussi, dans le cas où l'auteur de mauvaise foi auroit déjà une longue possession, de vingt-cinq ans par exemple, le successeur, même de bonne foi, pourra négliger la prescription de dix ou vingt ans, et compléter de préférence la prescription trentenaire, qui, dans l'espèce, n'exigera, de sa part, que cinq ans de possession.

Remarquons, enfin, que, quel que soit le temps requis pour la prescription, lorsqu'elle est une foi accomplie, elle a un effet rétroactif au moment où elle a commencé. Ainsi, celui qui a acquis un immeuble par prescription, est censé en avoir été propriétaire du moment qu'il a commencé à le posséder. Cette observation est importante en plusieurs circonstances, et notamment pour le cas de communauté, comme nous le verrons ci-après.

Si celui qui prescrit, vient à perdre la possession de la chose, avant l'accomplissement du temps requis pour la prescription, pourra-t-il la revendiquer ? Je pense qu'oui. C'est l'objet de l'action que les Romains nommoient *Publicienne*, dont le Code ne parle pas à la vérité, mais qui, étant fondée sur les principes de l'équité, comme presque toutes les actions Prétoriennes, doit être certainement maintenue.

L'action Publicienne étoit donc celle par laquelle celui qui avoit perdu la possession d'un objet qu'il possédoit en vertu d'un juste titre, mais émané *à non domino*, pouvoit, quoiqu'il n'en fût pas encore devenu propriétaire par la prescription, le revendiquer contre tout possesseur, autre que le véritable propriétaire.

Nous disons *en vertu d'un juste titre*, c'est-à-dire, d'un titre translatif de

BIU Cujas

propriété. En effet, ou celui qui réclame possédoit sans titre, et alors il ne peut intenter la Publicienne, qui est fondée uniquement sur ce qu'il est juste de préférer celui qui a un titre, à celui qui n'en a pas : ou il avoit un titre précaire, et alors il ne peut intenter que l'action qui résulte de son titre.

Contre tout possesseur, etc. Si cependant le possesseur actuel a également un juste titre, il faut distinguer : Si les deux titres émanent *ab eodem non domino*, celui qui a le plus ancien titre, doit être préféré. Si *à diversis non dominis, melior est causa possidentis.* (*L.* 9, §. 4, ff. *de Publicianâ.*)

Remarquez au surplus, 1°. que la Publicienne, qui est une véritable action pétitoire, ne peut être nécessaire qu'à défaut de l'action possessoire. Si donc celui qui a perdu la possession, est encore dans le délai utile pour agir au possessoire, il ne doit pas balancer à prendre cette dernière voie, puisqu'alors il n'a besoin de justifier d'aucun titre.

2°. Que le véritable propriétaire même peut, quelquefois, avoir intérêt d'agir par la Publicienne, parce que, si elle ne le dispense pas de représenter un titre, au moins le dispense-t-elle de prouver que celui dont ce titre émane, étoit lui-même propriétaire.

(10) *A l'exception de quelques cas qui sont très-rares.* Ces cas sont, par exemple :

1°. Ceux où l'action est dirigée contre l'héritier du débiteur, et où celui-ci a des raisons probables de croire que la dette a été acquittée par le défunt ;

Et 2°. Quand il se trouve que, par le fait du créancier, le débiteur ne tire aucun avantage du non-payement de la dette. Par exemple, une femme qui avoit des dettes, s'est mariée sous le régime de la communauté légale. Un de ses créanciers, qui auroit pu se faire payer pendant le mariage, a laissé prescrire sa créance. La communauté se dissout ; la femme y renonce : elle pourra, en sûreté de conscience, opposer la prescription au créancier, en lui objectant que, s'il eût fait valoir son action pendant la communauté, il eût pu être payé ; qu'elle ne tire aucun avantage de ce qu'il ne l'a pas été, puisqu'elle est obligée de renoncer à la communauté ; qu'elle souffriroit, au contraire, du préjudice de ce qu'il a tardé si long-temps à poursuivre ; de sorte que l'indemnité qu'il lui doit, à raison de ce préjudice, se compense avec le montant de la dette, que, dans le for intérieur, il a droit de répéter contre elle.

Il en est de même du mineur qui a des répétitions à exercer contre son tuteur, et qui peut, si ce dernier est devenu insolvable, opposer la prescription au créancier qui n'a pas fait de poursuites pendant la durée de la tutelle.

FIN DU SECOND VOLUME.

BIU Cujas

TABLE

DES LIVRES, TITRES, CHAPITRES, SECTIONS ET PARAGRAPHES

CONTENUS DANS CE SECOND VOLUME.

LIVRE III.

Des différentes Manières d'acquérir la propriété.

Division générale . . . . . *page* 1

TITRE PREMIER.

De l'Occupation. . . . . *ibid.*

TITRE II.

De l'Accession 3
CHAP. Ier. Du Droit d'accession, relativement à ce qui est produit par la chose . . . *ibid.*
CHAP. II. Du Droit d'accession, relativement à ce qui est uni ou incorporé à la chose . 4
Sect. Ire. De l'Accession par union ou incorporation, relativement aux choses mobilières . . . . . *ibid.*
§. Ier. Union de deux choses appartenant à divers propriétaires 5
§. II. Formation d'une nouvelle espèce avec une matière appartenant à autrui . *ibid.*
§. III. Formation d'une chose par le mélange de plusieurs matières appartenantes à divers propriétaires 6
§. IV. Dispositions applicables aux trois cas ci-dessus. 7
Sect. II. De l'Accession par union ou incorporation, relativement aux choses immobilières. . . . . *ibid.*
§. Ier. Des Constructions, Plantations, etc. 8
§. II. De l'Alluvion 9
§. III. Des Isles formées dans les rivières. 10

TITRE III.

Des Successions 11
CHAP. Ier. De l'Ouverture des successions. 12
CHAP. II. Des divers Ordres de succéder. . 13
Sect. Ire. De la Représentation 14
Sect. II. Des Successions régulières. . . . 16
§. Ier. Ligne directe ascendante. 17
Succession des père et mère . . . . . *ibid.*
Succession des ascendans, autres que les père et mère . . . . . *ibid.*
Succession des ascendans aux choses par eux données 18
§. II. Ligne collatérale. 19
Sect. III. Des Successions irrégulières . . 20
§. Ier. De la Succession des hospices . *ibid.*
§. II. De la Succession des enfans naturels. 21
§. III. De la Succession du conjoint survivant, et de celle du domaine 24
CHAP. III. Des Qualités requises pour succéder . . . . . *ibid.*
CHAP. IV. De l'Acceptation et de la Répudiation des successions 25
Sect. Ire. De l'Acceptation des successions. 27
§. Ier. De l'Acceptation pure et simple. *ibid.*
§. II. De l'Acceptation sous bénéfice d'inventaire 31
Sect. II. De la Répudiation des successions. 33
Sect. III. Des Successions vacantes 35
CHAP. V. Des Obligations de l'héritier qui a

BIU Cujas

accepté, tant à l'égard de ses cohéritiers, qu'envers les créanciers de la succession. 35
Sect. Ire. Des Obligations respectives des cohéritiers 36
§. Ier. Des Rapports . . . . . *ibid.*
Par qui est dû le rapport ? 37
A qui est dû le rapport ? 39
De quoi est dû le rapport ? . . . . . *ibid.*
Comment le rapport doit-il être effectué ? 40
§. II. Du Partage et de la manière d'y procéder 43
De la Forme du partage 45
§. III. De la Garantie respective des lots. 49
§. IV. De la Rescision en matière de partage 50
§. V. De l'Effet du partage 51
Sect. II. Des Obligations des héritiers envers les créanciers de la succession 53

TITRE IV.

Des Donations entre-vifs et testamentaires. 57
CHAP. Ier. Dispositions générales . . . . *ibid.*
Sect. Ire. Du Mode de disposer . . . . . *ibid.*
Sect. II. De la Capacité de donner ou de recevoir 58
Sect. III. De la Portion disponible 60
§. Ier. De la Quotité disponible 61
§. II. De la Réduction des donations excédant la quotité disponible. 63
Par qui peut être demandée la réduction ? *ib.*
Quand et comment la réduction doit-elle être opérée, et quels en sont les effets ? . *ibid.*
CHAP. II. Des Donations entre-vifs proprement dites. 67
Sect. Ire. De l'Acceptation des donations . 68
Sect. II. Il faut que le donateur se dépouille actuellement. 70
Sect. III. Il faut que le donateur se dépouille gratuitement 72
Sect. IV. Il faut que le donateur se dépouille irrévocablement. 73
§. Ier. Du Droit de retour 74
§. II. De l'Inexécution des conditions. . 75
§. III. De l'Ingratitude du donataire . *ibid.*
§. IV. De la Survenance d'enfans. . . . 76
CHAP. III. Des Dispositions testamentaires. 78
Sect. Ire. Des Règles relatives à la forme des testamens, et du Testament olographe . 80
§. Ier. Des Formalités ordinaires des testamens, autres que l'olographe . . . *ibid.*
Du Testament par acte public 81
Du Testament mystique. . . . . *ibid.*
§. II. Des Formalités des testamens dans les cas d'exception 83
1er. cas. Testament militaire . . . . . *ibid.*
2e. cas. Voyage maritime. 85
3e. cas. Maladie contagieuse. 86
4e. cas. Testament fait dans l'étranger . 87
Sect. II. Des Différentes dispositions qui peuvent avoir lieu par testament, et de leurs effets . . . . . *ibid.*
§. Ier. Des Legs en général . . . . . *ibid.*
§. II. Du Legs universel 90
§. III. Du Legs à titre universel 91
§. IV. Du Legs particulier 93
§. V. De l'Exécution testamentaire. . . 95
Sect. III. De la Révocation des dispositions testamentaires. 96
Sect. IV. Des Formalités prescrites pour constater l'existence, et assurer la conservation des testamens 97
CHAP. IV. Des Dispositions à charge de restituer, ou substitutions fidéicommissaires. 98
Sect. Ire. Des Conditions nécessaires pour la validité des substitutions 99
Sect. II. Des Obligations du grévé, et du droit des appelés. 100
§. Ier. Des Formalités prescrites dans l'intérêt des appelés 101
§. II. Des Formalités prescrites dans l'intérêt des tiers 104
CHAP. V. Des Donations faites aux époux par contrat de mariage . . . . . *ibid.*
CHAP. VI. Des Donations entre époux. . 107
Sect. Ire. Des Donations entre époux par contrat de mariage 108
Sect. II. Des Donations entre époux pendant le mariage 109

TITRE V.

Des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général. 111

BIU Cujas

CHAP. Ier. Du Contrat, et de ses diverses espèces 113
CHAP. II. Des Conditions nécessaires pour la validité des obligations conventionnelles. 116
Sect. Ire. De la Capacité des parties contractantes 117
Sect. II. Des Différentes causes qui peuvent vicier le consentement . . . . . *ibid.*
§. Ier. De l'Erreur 118
§. II. De la Violence . . . . . *ibid.*
§. III. Du Dol 119
§. IV. De la Lésion . . . . . *ibid.*
Sect. III. De l'Objet des contrats. 120
Sect. IV. De la Cause 122
CHAP. III. Des diverses Modifications de l'obligation conventionnelle. 123
Sect. Ire. De l'Obligation conditionnelle. *ibid.*
§. Ier. Des Conditions en général, et de leur accomplissement 124
§. II. Des différentes Manières dont une obligation peut être contractée sous condition 126
De la Condition suspensive . . . . . *ibid.*
De la Condition résolutoire 127
Sect. II. De l'Obligation à terme. 128
Sect. III. De l'Obligation alternative . . 129
Sect. IV. Des Obligations facultatives . . 131
Sect. V. Des Obligations indéterminées. *ibid.*
Sect. VI. Des Obligations solidaires. . . 133
§. Ier. De la Solidarité entre créanciers. 134
§. II. De la Solidarité entre débiteurs. 135
Sect. VII. Des Obligations divisibles et indivisibles 138
§. Ier. Des effets de l'Obligation divisible. 140
§. II. Des effets de l'Obligation indivisible. 142
Sect. VIII. Des Obligations avec clause pénale 144
§. Ier. Quand y a-t-il lieu à l'application de la clause pénale ? . . . . . *ibid.*
§. II. Comment la clause pénale doit-elle être appliquée ? 145
CHAP. IV. De l'Effet des obligations conventionnelles 146
Sect. Ire. Des effets de l'Obligation de donner 147
Sect. II. Des effets de l'Obligation de faire ou de ne pas faire. 149
Sect. III. De l'Interprétation des conventions. . . . . *ibid.*
Sect. IV. Des Dommages-intérêts résultant de l'inexécution ou du retard dans l'exécution des conventions 151
CHAP. V. De l'Extinction des obligations. 153
Sect. Ire. Du Payement. 154
§. Ier. Par qui le payement doit-il être fait ? . . . . . *ibid.*
§. II. A qui le payement doit-il être fait ? 155
§. III. Quand le payement doit-il être fait ? 158
§. IV. Où le payement doit-il être fait ? . 159
§. V. Comment le payement doit-il être fait ? . . . . . *ibid.*
§. VI. De l'Imputation des payemens. 160
§. VII. De l'Effet du payement, et de la subrogation. 161
Sect. II. De la Novation 163
Sect. III. De la Remise de la dette . . . 166
Sect. IV. De la Compensation 167
Sect. V. De la Confusion. 170
Sect. VI. De la Perte de la chose due. . 171
Sect. VII. De l'Action en nullité ou en rescision des conventions. 172
§. Ier. Des diverses Causes de nullité ou de rescision. 173
§. II. Du Délai pour intenter l'action en nullité ou en rescision. 176
§. III. De l'Effet du jugement qui a admis la demande en nullité ou en rescision. . . . . *ibid.*
§. IV. De la Ratification des actes sujets à nullité ou à rescision. . . . . *ibid.*
CHAP. VI. De la Preuve de l'existence et de l'extinction des obligations 177
Sect. Ire. De la Preuve par écrit. 178
§. Ier. Des Titres authentiques, sous seing-privé, ou sans signature. . . . . *ibid.*
Du Titre authentique. . . . . *ibid.*
Des Actes sous seing-privé 179
Des Écrits non signés 181
§. II. Des Titres originaux et des Copies 183

BIU Cujas

§. III. Des Titres primordiaux et récognitifs 185
Sect. II. De la Preuve testimoniale . . . *ibid.*
Sect. III. Des Présomptions 187
§. Ier. Des Présomptions légales. . . . 188
§. II. Des Présomptions qui ne sont pas établies par la loi . . . . . *ibid.*
Sect. IV. De l'Aveu de la partie 189
Sect. V. Du Serment . . . . . *ibid.*
§. Ier. Du Serment décisoire. 190
§. II. Du Serment déféré par le juge . 191

TITRE VI.

De la Prescription 192
CHAP. Ier. Dispositions générales. . . . *ibid.*
CHAP. II. De la Prescription comme moyen de se libérer. 194
Sect. Ire. De la Prescription trentenaire. *ibid.*
Sect. II. Des Prescriptions, autres que la prescription trentenaire 197
CHAP. III. De la Prescription comme moyen d'acquérir 199

BIU Cujas